



L'Océanie dans tous ses États

Mélanges à la mémoire de
Guy Agniel



L'Océanie dans tous ses États
Mélanges à la mémoire de
Guy Agniel

Préface

« Ti »

Par Florian Bonnerot Agniel

La question de la légitimité de mon intervention dans ces mélanges m'a interrogé quelques temps. Guy avait la fâcheuse manie de cloisonner univers professionnel et vie privée. Ses deux mondes se croisaient parfois pour évoquer sa fierté de l'un, la réussite de l'autre. Et inversement. Il aimait être fier. Non pas de lui, mais de ceux qui l'entouraient, amis, famille, étudiants.

La bienveillance presque paternelle dont il faisait preuve à l'égard de ces derniers était devenue indissociable de son enseignement. Les témoignages de ces mélanges en seront un bel exemple. Il voulait donner à ceux qui faisaient montre d'une volonté de réussir, la chance de pouvoir le faire, et ce peu importe leurs origines, leurs facultés ou leurs difficultés. Le petit coup de pouce, la recommandation, le suivi, l'aide, de cet enfant de Waa wi Luu, parti de pas grand-chose, mais animé d'une irrésistible volonté de réussir.

Il incarnait ce que la Nouvelle-Calédonie peut avoir de plus beau. Une mixité, qui se retrouvait dans ses origines ; un respect et une connaissance des traditions tournés vers une évolution de la société calédonienne ; un partage, une main tendue ; et une fierté. Il aimait son pays et mettait ses compétences à son service. Comme un juste retour des choses.

J'aimerais également profiter de cet hommage pour mettre en avant l'affection de Guy pour la communauté Vietnamiennne et Bouddhiste à qui il a beaucoup donné et qui le lui a rendu au centuple jusqu'à ses derniers instants, et au-delà.

Son sarcasme bienveillant et son second degré, légendaires, n'étaient autre que l'expression timide de son affection. Une moue comme approbation, un soupir comme bénédiction, il fallait certes savoir le déchiffrer. Un homme brillant resté simple, attaché à des valeurs humaines, préférant la transmission à la démonstration. À titre personnel, il a toujours été une source de motivation, un soutien indéfectible, une oreille attentive, une pression positive. Un vide qui ne peut, ne pourra, être comblé.

Ti, il aurait été de coutume que je t'envoie ce petit texte pour que tu me corriges syntaxe et tournure de phrase. Je fais dorénavant sans, mais avec tout ce que tu m'as donné.

Ton bonhomme.

À Guy, un homme vraiment pas ordinaire...

Par Carine David

*Professeur de droit public, Université des Antilles
Laboratoire Caribéen en Sciences Sociales (LC2S)*

Le Professeur Guy Agniel a été ma première rencontre à l'Université de la Nouvelle-Calédonie il y a 20 ans lorsqu'il a accepté de diriger ma thèse.

Lors de celle-ci, il m'a fallu passer « le test », celui d'un accueil sarcastique sous un regard jaugeur, la 1^{ère} rencontre et les réactions à son accueil inattendu et chahuteur étant généralement pour Guy le marqueur de la relation ultérieure... A cet égard, je reste convaincue que la plupart des gens qui l'on connu se rappelle leur 1^{ère} rencontre avec Guy Agniel.

Je me rappellerai pour ma part toujours son ton sarcastique et son air goguenard à chaque fois que j'entrais dans son bureau alors que j'étais doctorante : « Ma chère, mais vous êtes encore là ? Nous savons très bien vous et moi que vous ne soutiendrez jamais cette thèse ? », non pas qu'il n'ait pas eu confiance en l'achèvement de mon travail mais simplement parce qu'il avait compris mon esprit compétiteur.

Les nombreux mots qui me viennent à l'esprit pour parler de Guy sont tous empreints d'un profond respect et d'une grande tendresse. Il était généreux, bienveillant, altruiste, érudit, têtu, fier, discret, modeste, drôle, sarcastique, amoureux de son métier et de ses étudiants, tendre, déconcertant, pudique et ronchon. Il était notre poteau central, notre sage et notre sachant vers qui nous nous retournions toujours pour éprouver nos théories et les soumettre à son appréciation et à sa sagacité. Il était proche, tout en maintenant une certaine distance, dictée par une grande pudeur.

Plus de trois ans après son départ, je me rends compte comment Guy, toujours très discrètement, a été pour beaucoup d'entre nous un protecteur, un conseiller avisé. Il l'a indéniablement été pour moi au sein de cette université qu'il chérissait, de ce département DEG dont il était l'enseignant-chercheur emblématique, fier d'être devenu le premier professeur de droit calédonien !

Guy n'était pas un homme ordinaire et les Mélanges rédigés pour honorer sa mémoire ne le sont pas non plus.

Ils ne le sont pas parce que certains ont préféré privilégier une contribution très personnelle, pour dire au revoir à celui qui a été un professeur ou un collègue, mais toujours une référence humaine, plutôt que de se plier à un exercice plus académique.

Ils ne le sont pas parce que, contrairement à l'usage, ils ne contiendront pas une liste exhaustive des publications de Guy Agniel, celui-ci ayant toujours refusé de fournir une telle liste.

Ils ne le sont pas tout simplement parce que s'ils l'étaient, ils ne seraient pas fidèles à la personnalité complexe et attachante de Guy Agniel.

La finalisation de ces Mélanges a été rendue compliquée par un certain nombre de circonstances de différents ordres et leur gestation a été plus longue que prévue. Mais je suis heureuse aujourd'hui d'arriver au bout du chemin de cet hommage qui constituera cet au revoir que je n'ai, avec beaucoup de regrets, pas pu lui exprimer de vive voix, par pudeur, par respect et pour avoir cru une fois de trop que son inaltérable foi en la vie et son amour de l'autre lui permettrait une nouvelle fois de se relever. Et je dois remercier ici Isabelle Dauriac pour avoir eu l'idée de cet hommage alors que Guy était encore parmi nous. Je me rappellerai toujours ce regard feignant le dédain dont il avait le secret pour railler ce projet, dont il n'aurait selon lui pas été digne... Puis, quelques semaines plus tard, ces plaintes parce que celui-ci n'avancait pas !

Alors, oui Guy, et vous le saviez, vous méritez cet hommage adressé à l'homme, à l'enseignant, au collègue, au chercheur que vous étiez. Et oui, le résultat n'est pas parfait, mais il se veut humble et empreint d'un grand respect à l'égard de l'homme, de l'enseignant, du chercheur, du collègue et surtout... il s'assume comme n'étant ni ordinaire, ni respectueux des convenances, comme vous Guy...

Carine David

INTRODUCTION :
MESSAGES À GUY AGNIEL

Lettre à Guy Agniel, à l'issue du chemin coutumier

Par Sandrine Sana-Chaillé de Néré
Professeur à l'Université de Bordeaux

Monsieur le Professeur,

Cher Guy,

Parmi tant d'autres choses dont je resterai, à votre sujet, ignorante, il y a la question de la croyance. A quoi croyiez-vous, cher Guy ? Il ne fait aucun doute que si j'avais osé vous poser cette question, intime s'il en est, vous m'auriez, au mieux, répondu par un sourire silencieux. Plus probablement, vous m'auriez demandé si mon prochain cours n'allait pas bientôt commencer et vous m'auriez aimablement raccompagné à la porte de votre bureau... Et sans doute, comme aujourd'hui, je resterais sans savoir sur quoi portaient vos croyances, votre spiritualité profonde, votre représentation de l'au-delà. Je ne sais donc pas si, comme moi, vous pensiez que les forces de l'esprit rendent perméables les frontières de la vie et de la mort et si, de ce fait, le témoignage collectif qui vous est ici adressé a un sens plus fort encore que celui, déjà immense, d'honorer votre mémoire. Mais, au fond, cela n'a sûrement que peu d'importance car, comme la bouteille jetée à la mer trouve son sens dans l'espoir qu'elle exprime, les lettres adressées à ceux qui ne répondront plus ne sont pas vaines si elles puisent à l'encre de la sincérité, ou, mieux encore, à l'encre de l'affection.

Or, ce sont la sincérité et l'affection qui, précisément, me poussent aujourd'hui à ne pas rester sur le terrain scientifique qui est normalement de mise dans ce genre d'ouvrage. Il est certain, pourtant, que le temps passé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, bien que relativement court¹, aura été pour moi d'une densité hors-normes en termes de découvertes intellectuelles, d'étonnements juridiques à l'observation d'un système sans pareil², de construction d'une image nouvelle et sans doute plus juste de l'ordre juridique français dans toute sa vérité, c'est-à-dire paré de pluralisme là où l'imaginaire collectif se rassure d'une unité de façade. Ce temps d'enseignement et de recherche, à l'occasion duquel je suis devenue votre collègue, m'a en effet conduit sur le chemin d'un droit calédonien en construction à l'heure du transfert de la compétence normative en droit civil et en droit commercial³. Il m'a menée sur les sentiers mystérieux de la

¹ Le contrat de délégation qui m'a permis d'exercer à l'UNC a porté sur les années universitaires 2010, 2011 et 2012.

² Le fameux « laboratoire calédonien », comme il est souvent dit.

³ Transfert de compétence opéré par la loi du pays n°2012-2 du 20 janvier 2012 et entrant en application le 1^{er} juillet 2013. Voir *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du Colloque Nouméa 29 septembre 2011, dir. S. Sana-Chaillé de Néré, consultable en livre électronique sur http://larje.univnc.nc/images/stories/Actes_Colloque_LARJE_2011.pdf

Coutume où l'on avance en tâtonnant, avec le doute comme seul compagnon, tyrannique et permanent. Il m'a fallu comprendre ce qu'étaient, et ce que n'étaient pas, les juridictions coutumières. Quelle place elles parvenaient, ou ne parvenaient pas, à s'arroger dans le paysage juridictionnel français et, surtout, dans la société civile calédonienne pour laquelle ces juridictions si particulières conservent encore une ambiguïté indépassable. Il a fallu décrypter l'organisation politique et les structures du pouvoir de cette société ultra-marine qui se moule si difficilement dans les cases habituelles de la Constitution française. Comprendre ce que sont ces assemblées locales qui ne sont pas simplement l'expression de la décentralisation⁴. Découvrir des organes singuliers chargés de faire vivre institutionnellement l'identité autochtone et de rappeler à l'État que le respect de cette identité est la condition *sine qua none* de la paix civile⁵. Il a fallu, aussi, mesurer chaque jour, en tant que Professeur de droit et en tant que simple citoyen, la difficulté, pour un État unitaire, de trouver la juste mesure entre l'autonomie nécessaire aux contrées lointaines et le penchant spontané de la puissance publique pour l'uniformité. La difficulté, aussi, pour l'État d'imposer son ordre et ses principes tout en sachant que le temps n'est plus où l'on pouvait ignorer que d'autres modes de vie peuvent légitimement s'épanouir. L'apprentissage de la Nouvelle-Calédonie, c'est aussi constater les déstructurations irréversibles d'une société autochtone, au moment même où, enfin, on parle de destin commun, et les difficultés qui en découlent, pour chacun, d'y prendre sa juste part.

L'observation, l'apprentissage et la réflexion que suscitent, pour l'enseignant-chercheur, de telles spécificités, m'ont menée, pas à pas, vers de nouvelles façons de voir notre système juridique. Elles m'ont convaincue que l'on pouvait essayer de construire des modalités nouvelles d'articulation des diverses normes applicables⁶ et que l'on devait travailler à la reconnaissance de leur égale dignité à être mises en œuvre, fidèlement et fermement, par le juge de l'État⁷.

Voir également S. Sana-Chaillé de Néré : *L'avènement d'un droit civil calédonien*, in 15

⁴ Voir M. Chauchat : *Les institutions en Nouvelle-Calédonie*, ed. CDPNC, 2011.

⁵ Le Sénat coutumier en est l'illustration emblématique avec la proclamation, en 2014, de la Charte du peuple kanak, énonçant un Socle commun des valeurs et principes fondamentaux de la civilisation kanak. Sur cette question. S. Sana-Chaillé de Néré : *Les espaces lointains de la République*, in Des liens et des droits, Mél. J. P. Laborde, Dalloz, 2015, p.203

⁶ Voir, par exemple, S. Sana-Chaillé de Néré : *Un droit civil calédonien pour qui ? Le périmètre spatial du droit civil calédonien*. Actes du Colloque Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial, ISBN : 979-10-91032-00-1, publication électronique, 2011 ; *Les conflits de normes internes issus du transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil* : Clunet, 2014, p. 33 ; *La méthode conflictuelle, méthode d'intégration de la coutume kanak dans le corpus juridique calédonien* : en coll. avec V. Parisot, Publication GIP Justice, décembre 2016.

⁷ S. Sana-Chaillé de Néré : *Les conflits internes de normes, ou les quêtes d'appartenances*, Trav. Com. Français de droit international privé, 2016-2018, à paraître.

De ce point de vue, mes recherches et mes écrits ne se sont pas inscrits dans la même ligne que les vôtres. Vous avez travaillé, cher Guy, sur les institutions de votre pays⁸ quand j'ai écrit sur les relations juridiques de droit privé. Vous avez imaginé d'autres structures constitutionnelles pour la Nouvelle-Calédonie lorsque je réfléchissais à la résolution des conflits de normes qui affectent son système juridique interne. Mais la Nouvelle-Calédonie est un tout. Elle ne peut pas se comprendre de manière morcelée, parcellaire, uniquement sous l'angle du droit public ou sous l'angle du droit privé. On ne peut pas comprendre la compétence singulière dont elle dispose en droit civil si l'on ne s'intéresse pas à son statut constitutionnel spécifique. On ne peut pas s'ouvrir à l'idée d'une normativité juridique autochtone si l'on n'étudie pas les institutions représentatives de la vie démocratique locale.

Et c'est précisément pour cela que mon apprentissage calédonien a eu tant besoin de vous. Car, comme d'autres collègues, vous m'avez ouvert la porte, vous avez été tolérant à l'endroit de mon ignorance initiale et vous m'avez guidée dans cet apprentissage. Mais vous l'avez fait avec une indiscutable singularité. Et à l'heure de vous rendre hommage, ce n'est pas de droit, pas même de droit calédonien, dont je me sens capable de parler, car de bien meilleurs spécialistes sauront analyser votre héritage scientifique et poursuivre la réflexion sur le système juridique calédonien à laquelle vous avez contribué. Ce dont je voudrais rendre témoignage, c'est précisément de votre *singularité* qui, je le redis, a été pour moi, et *par elle-même*, un chemin de compréhension de la Nouvelle-Calédonie. Car, au fond, tout en vous était à l'image de votre pays : la pudeur et la générosité, la complexité et le caractère attachant, la rugosité et l'intransigeance, la susceptibilité et l'aptitude à la colère, la tendresse bien réelle mais si consciencieusement camouflée. La diversité du pays elle-même était inscrite dans votre personne.

On y voyait la France avec une élégance très assumée et la cravate, si rare pourtant en Calédonie, que vous portiez de manière systématique pour aller donner vos cours. Vous marquiez là, à l'attention de vos étudiants, mais sans doute aussi de vos collègues, l'importance que revêtait pour vous ce temps de l'enseignement qui était, sans nul doute, le sens premier que vous donniez à votre métier. Cet attribut vestimentaire, si peu prisé localement, était votre façon de nous dire ce que représentait, pour vous, l'Université. Vous aviez aussi, des habitudes françaises, ce vouvoiement qui perdurait, malgré des années de proximité, avec vos collègues plus jeunes ou avec le personnel de l'administration universitaire. A l'heure où la Nouvelle-Calédonie m'apprenait le tutoiement généralisé (dont j'ai eu du mal à me défaire en retournant en métropole !), vous usiez

⁸ Voir la bibliographie présentée dans cet ouvrage.

du vouvoiement comme il se pratique traditionnellement en France. Votre langage châtier était lui aussi un modèle que vous entendiez offrir à vos étudiants. Et ils savaient tous que si, en votre présence, l'effort d'une expression correcte était un minimum, l'usage d'une langue française soutenue était, lui, apprécié. Pourtant, cher Guy, l'honnêteté m'oblige à ne pas cacher que ce langage recherché pouvait aussi laisser place aux locutions les plus fleuries et, disons-le, les moins élégantes, que recèle aussi la langue française ! Car lorsque la colère, l'indignation, le mépris ou la déception vous envahissaient, mieux valait ne pas être la source de ces sentiments mauvais ! Car chacun, alors, en prenait pour son grade, et il fallait vous connaître vraiment pour ne pas vivre ces moments comme de véritables séismes. Mais vous étiez ainsi fait, et je sais que vous souriez en me lisant car vous ne détestiez pas observer l'effet produit sur votre entourage dans de tels moments !...

Il y avait donc en vous la France, mais aussi l'Asie, bien sûr : une part de votre ascendance et des liens conservés avec le Vietnam. Je n'ai observé, formellement, que les liens universitaires, mais les liens personnels étaient manifestes. Les spécialités culinaires dont vous gratifiez vos collègues en étaient la preuve, que ce soit à l'occasion de quelque cérémonie universitaire, ou plus souvent encore sans raison particulière... Et à l'heure du déjeuner, nous délaissions volontiers notre gamelle pour nous régaler de ce que vous aviez apporté. C'est alors que, par cette discrétion toute asiatique, vous quittiez la salle commune avant même que nul n'ait eu le temps de vous remercier de votre délicatesse. Car, en effet, Guy... qu'il était difficile de vous remercier...

Toute la Calédonie était en vous, disais-je... quid, alors, de sa part mélanésienne ? J'aurais sans doute dû commencer par elle, mais elle était pour moi la plus mystérieuse. La plus complexe. La plus difficile à mesurer, si tant est qu'il soit question de mesure. Je n'en connais pas vraiment la source, mais je la savais puissante. De cette part mélanésienne, il résultait, je crois, des sentiments très divers et toujours très forts. On percevait chez vous, Guy, une sensibilité discrète mais très claire à l'identité kanak. Cette identité devait être respectée, valorisée, institutionnalisée⁹, mais elle ne devait en aucun cas devenir un carcan. Vous craigniez parfois, pourtant, qu'elle ne le fût. Vous affirmiez le respect dû aux traditions coutumières, vous connaissiez les structures du pouvoir en tribu, vous saviez qui détenait véritablement l'autorité. Mais, dans le même temps, vous étiez intransigeant à l'endroit des égarements d'une partie de la jeunesse kanak privée de repères. Vous exprimiez des critiques parfois acerbes sur des règles coutumières que vous jugiez, à juste titre, rétrogrades. Et vous acceptiez mal que des magistrats venus de France se mêlent d'en faire application dans le

⁹ Chacun connaît votre soutien à l'idée du Sénat coutumier.

cadre des relations coutumières. Nous étions d'ailleurs, sur ces questions, parfois en désaccord. Vous classiez certaines croyances kanak dans l'ordre du folklore, mais vous n'omettiez jamais de rappeler la richesse des savoirs traditionnels. Et lorsque la médecine allopathique se montrait incapable de guérir certaines affections contractées sur le Caillou, vous aviez les relais nécessaires pour accéder aux antidotes et aux remèdes que seuls connaissent les Mélanésiens. L'essence mélanésienne de la Nouvelle-Calédonie était donc profondément inscrite en vous, même si on ne la percevait pas au premier abord. Pour la deviner, puis la constater et peut-être *in fine* la comprendre, il fallait suivre comme un chemin coutumier. La voie n'était pas directe, elle n'était pas dépourvue d'embuches, elle était sujette à mésinterprétations, elle exigeait du temps. Elle a semblé à certains être sans issue. Elle méritait pourtant, ô combien, d'être suivie. Car à tous ceux qui vous ont accepté tel que vous étiez, avec votre générosité, votre caractère parfois ombrageux et votre part de mystère, vous avez beaucoup appris. A vos étudiants, d'abord, qui témoignaient toujours de l'attrait de vos cours. Vous leur imposiez une forte autorité, mais vous suscitiez le respect et vous saviez passionner votre auditoire. A vos collègues, ensuite, qui, sur les questions calédoniennes, savaient trouver chez vous une vision particulière, venaient chercher la confirmation ou l'infirmité d'une intuition ou encore l'explication à ce qui pouvait paraître comme des curiosités locales. A moi, enfin, qui ai bénéficié de votre amitié discrète mais certaine. A cet égard encore, vous avez été pour moi à l'image de la Nouvelle-Calédonie. Vous n'étiez pas d'un abord commode, vous étiez pétri de complexité, vous n'étiez pas toujours facile à vivre, comme votre pays. Comme votre pays aussi, « le pays du non-dit », vous ne vous livriez pas aisément : il fallait véritablement gagner votre confiance. Mais lorsque ce chemin était parcouru, lorsque vous aviez ouvert votre porte, la relation était solide, respectueuse, riche, et durable. En ce qui me concerne, elle n'a pas été altérée par mon retour en métropole.

Quelques mois avant votre décès, votre santé ayant brutalement déclinée, je vous avais écrit mon inquiétude. Vous m'aviez répondu : « *La pirogue n'a pas encore atteint la passe* ». La poésie mythologique de cette phrase m'émeut encore aujourd'hui.

La pirogue vogue désormais sur le Grand Océan. Puisse-t-elle recevoir, si ce ne sont les mots de cette lettre, du moins l'affection qu'elle vous porte.

Bordeaux, le 21 juin 2018.

Comment oublier ?

Par Anthony Tyaou Tutugoro,
Doctorant en science politique

Il est, dans le cercle très prisé des « professeurs des universités », une espèce que l'on ne rencontre que rarement dans cette nomenclature si particulière, à savoir celle que nous appellerons ici la catégorie des « professeurs *sui generis* ». Ce lignage si spécifique, relevant plus de l'exception que du principe, vous marque à vie. Comment en effet oublier un personnage aussi brillant, à l'humour aussi particulier qu'incomparable, et autant controversé que Guy Agniel ?

LE RÂLEUR

Si le « droit à la bouderie¹ » qu'il a lui-même conceptualisé devait se matérialiser, ce serait peut-être l'image, à notre connaissance la plus parlante, de l'attitude qu'il a eu lors des propos introductifs de sa communication au cours du colloque sur « Le droit constitutionnel calédonien » organisé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie en 2010 :

« Je remercie les organisateurs de m'avoir autorisé à m'immiscer dans ce cénacle des grands constitutionnalistes français moi qui ne suis qu'un iconoclaste voire même à la limite presque un 'bouche trou'. Mais j'essaierai cependant de ne pas être trop long car je sais que la dégustation des petits fours est en général suivie par une douce léthargie² ».

S'il existe donc un « droit à la bouderie » pour les membres du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, alors un « droit à la râlerie » devrait obtenir sa pleine reconnaissance doctrinale par l'exemplarité de son incarnation en la personne de Guy Agniel et de ses différentes prises de paroles dans divers de ses hémicycles favoris : salle de cours, amphithéâtre, ect ...

¹ Agniel G., « Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie : du « droit à la bouderie »... à la délégation de souveraineté ? », Revue française de droit constitutionnel, vol. 90, no. 2, 2012, pp. 227-238.

² Agniel G., *Les expériences étrangères en matière d'États complexes dans le pacifique*. Communication présentée au colloque « Le droit constitutionnel calédonien » organisé à l'Université de la Nouvelle Calédonie les 11 et 12 juillet 2010 par Christophe Chabrot.
URL : <http://tv.univ-nc.nc/a400/20100712114019/>

L'ENSEIGNANT

Comment oublier les anecdotes florissantes de ce Professeur venant étoffer chaque *a.* de chaque *A/* de chaque *I.* des *sous-sections I* des *sections I* de ses propres cours ? Les pics d'humour d'un tel enseignant-chercheur devait allumer les alertes cérébrales dès que s'entendait dans sa salle de cours le fameux : « *pour la petite histoire ...* ». Lorsqu'il évoquait, pour n'en citer qu'un parmi les dizaines d'exemples que nous avons encore en mémoire, le cas du financement de la construction du Parlement du Vanuatu par le Gouvernement de la Chine ; comment oublier ses boutades sur les « statues de Vanuatais » ornant l'entrée de l'édifice « *aux yeux étrangement tirés*³ » selon lui ? Cet humour laissait toujours transparaître en filigrane une forme d'ironie et d'autodérision. Dans ce cas d'espèce, le Professeur ne ratait jamais une occasion de rire de ses origines asiatiques.

LE MÖRUA⁴

Comment oublier un professeur qui vous aide dans vos projets périphériques à ceux liés à l'Université ? Lorsque vous lui présentiez, un projet d'album de musique que vous souhaitiez réaliser en fin de licence, il vous donnait les contacts des personnes vers qui effectuer des demandes de sponsoring, s'engageant personnellement à vous recommander. Comment oublier, lorsque vous lui annoncez la sortie proche de l'album⁵ en question, ses petits pas de danse, le majeur et l'annulaire de la main droite levés vers le ciel, et ceux de la main gauche placés entre les lèvres pour feindre un sifflement bien connu de tout bon fêtard en Nouvelle-Calédonie en posant cette question légendaire : « *quand est-ce qu'on écoute ça sur une scène de Nouméa pour danser et un bon coup ?* ». Lorsque vous lui envoyiez un mail, justement pour l'informer d'une tournée et des dates qui auront lieu sur Nouméa, vous pouviez lire, sur votre boîte mail, le type de réponse suivante : « *Ah mais je comprends enfin pourquoi le ciel ne cesse de pleurer depuis plus d'une semaine. A bientôt donc !* ».

Comment oublier un professeur qui acceptait volontiers, lorsque la porte de son bureau était ouverte, d'entendre de la part de ses étudiants : « *Monsieur Agniel, c'est bientôt la retraite, il faudra penser à libérer les lieux pour nous laisser la place !* ». Témoignage de sa proximité avec ses « disciples », il n'hésitait pas à rester une trentaine de minutes si ce n'est une heure à converser avec eux en fin de cours, ce qui relèverait, en règle générale, du miracle dans n'importe quel amphithéâtre en France. Et lorsque vous aviez besoin de conseils en exposant par mail une hésitation entre deux

³ Anecdote donnée lors de son cours d' « Organisation politique du Pacifique » donné en licence 2 de droit en 2010.

⁴ Le terme *mörua* en langue *a'jië* désigne le grand-père.

⁵ Inotux., *Eveil de Conscience.*, autoproduction., décembre 2011.

options radicalement opposées concernant votre avenir étudiantin, comment oublier sa manière légendaire de répondre :

« Il y aurait deux possibilités :

- la première
- la seconde

Guy Agniel »

Cette proximité exemplaire avec les siens se confirmait même, le dimanche matin lorsque vous le croisie par le meilleur des hasards dans une épicerie de quartier de Dumbéa où le *mōrua* proposait même d'offrir, ce que bien évidemment nous refusions, un petit breuvage au teint jaune écarlate, permettant d'honorer les traditions de toute famille calédonienne qui se respecte, des dimanche midis.

Comment oublier un professeur parlant le *mêrê a'jië*⁶ à qui vous pouviez répondre un simple « *na e'* » lorsqu'il vous posait la question : « *âriké*⁸ » ? Le « vieux »⁹ avait l'aura d'un *mōrua* avec qui l'on se sentait à la fois si proche mais aussi si respectueux comme l'on pourrait l'être avec son propre grand-père. Un professeur d'université française vous parlant dans la langue de vos aînés ne s'oublie pas.

LE CHERCHEUR

Comment enfin oublier sa force prospective dans les pistes de réflexion à entrevoir lorsque, en simples étudiants de licence, nous écoutions ses analyses ? Nous retiendrons ici une des plus célèbres d'entre elles, redéveloppée lors du fameux colloque précédemment cité qui continue, encore aujourd'hui, de nourrir les différentes réflexions :

« Permettez-moi de vous faire part de mes propres réflexions qui n'engagent que moi. Compte tenu du contexte politique, la solution de l'État associé susciterait une levée de bouclier de la part des non-indépendantistes qui considèrent comme non négociable le passage par le stade préalable à l'association, par le stade de l'indépendance, donc de la souveraineté internationale. Or les considérations objectives, tendent à conclure qu'il seront toujours majoritaires, et là je parle des non-indépendantistes, lors des scrutins à l'indépendance. En revanche, le concept de territoire ou de pays associé pourrait offrir une opportunité intéressante si le constituant français acceptait le mécanisme de ce que nous avons appelé il y a un peu plus de deux ans, la délégation de souveraineté. Expression qui n'est sûrement pas la plus heureuse (...) mais qui pourrait donner lieu à une

⁶ Langue Kanak parlée dans les régions de Houaïlou, de Ponérihouen, de Kouaoua et de Poya.

⁷ *Na e* signifiant « ça va bien » en langue *a'jië*.

⁸ Questionnement pour demander comment l'on se porte en langue *a'jië*.

⁹ Marque de respect des anciens en Nouvelle-Calédonie et nullement péjoratif.

refondation des liens entre la République Française et la Nouvelle-Calédonie et qui pourrait surtout constituer un compromis acceptable entre les tenants d'une Nouvelle-Calédonie Française et la revendication d'une indépendance radicale à condition, bien sûr, de s'inspirer du mécanisme tel qu'il existe entre les Cook et la Nouvelle-Zélande. Cette délégation de souveraineté, elle résulterait de la rencontre des expressions de volontés exprimées simultanément par l'« organe législatif de la Nouvelle-Calédonie » et le Parlement français et porterait sur les trois points suivants. La reconnaissance que tant sur le plan du droit international que sur le plan du droit interne la Nouvelle Calédonie est en mesure, si sa population y consent, d'accéder à l'indépendance. Le deuxième point serait la constatation que l'exercice des compétences de la souveraineté constituerait une charge trop lourde pour les finances actuelles de la Nouvelle-Calédonie. Le troisième point serait donc que la Nouvelle-Calédonie déciderait de confier à la République Française l'exercice sous contrôle, ou contrôlé, de ses compétences de souveraineté. La République Française s'engageant à consulter préalablement les autorités néo-calédoniennes pour toute décision concernant cette dernière. Cet accord s'il était validé serait ensuite, selon le schéma que je vous exposais précédemment, soumis à la population de la Nouvelle-Calédonie en lieu et place du referendum sur le transfert des compétences de la souveraineté prévu par l'accord de Nouméa. Certes je vois, et surtout au premier rang, des esprits chagrins qui m'objecteront que un tel procédé reviendrait à nier le droit à la pleine-souveraineté de la Nouvelle Calédonie, le droit d'accession à l'indépendance. Il est aisé de répondre que cet accord prévoit qu'il cessera de plein droit dès lors que la population néo-calédonienne consultée par voie référendaire en déciderait ainsi ».

Les jalons juridiques qu'a pu poser Guy Agniel continuent d'être discuté encore aujourd'hui et permettent indéniablement de nourrir la réflexion générale quant à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie.

L'IRREMPLAÇABLE ?

Ces quelques lignes n'ont qu'un seul sens : celui de rappeler la mémoire d'un homme qui nous aura marqué et donné la motivation de poursuivre nos études supérieures en nous répétant pourtant sans cesse le contraire. Ce maître de l'ironie et de la psychologie inversée nous aura permis de découvrir une capacité qui se trouve en chacun de nous : la résilience. Ce, tout simplement par la preuve irréfutable qu'il incarnait lui-même à savoir démontrer qu'il était possible de sortir de la province Nord, d'une région où l'or rouge supplante parfois l'or vert¹⁰ ; dans une époque où

¹⁰ L'or rouge représente ici le litchi, dont le professeur Agniel nous confiait entre deux cours que les premiers pieds de la région de Houailou résidaient sur ses terres. La commune

le rééquilibrage relevait de l'utopie ; de devenir docteur, puis maître de conférence, et enfin professeur des universités et ainsi, former des générations entières de futurs diplômés de l'Université de la Nouvelle-Calédonie ou encore de fonctionnaires du même archipel. Pour démontrer ces derniers éléments, puisse le lecteur se familiariser avec la rhétorique d'un tel spécimen de l'enseignement supérieur qui révèle toutes les facettes de ce personnage atypique. Quoi de plus juste que de citer Guy Agniel lui-même pour conclure un papier sur l'héritage d'un Guy Agniel ? Voici en effet comment le Professeur concluait sa communication lors du colloque¹¹ précédemment évoqué en proposant à l'auditoire la théorie de la délégation de souveraineté :

« Voilà la proposition qui pourrait être étudiée mais je laisse aux grands et fins connaisseurs de la réalité néocalédonienne, qui vont me succéder à cette tribune, le soin de vilipender cette solution, de lancer l'anathème. Mais je vous rappelle que je ne suis, moi, qu'un simple profane en matière de droit constitutionnel. Je vous remercie. ».

En espérant que le lignage de cette catégorie des « professeurs *sui generis* », tant insolents qu'indispensables, perdura et que le cas Agniel fera jurisprudence à l'Université de la Nouvelle-Calédonie.

Comment vous oublier ? Reposez en paix *mörua* ...

de Houaïlou ayant sur son territoire un certain nombre de mines exploitant le nickel, ses populations vivent entre autre de l'or vert. Le fait que l'or rouge supplante parfois l'or vert fait référence aux affluences de fin d'année où l'ensemble de la population calédonienne tend à se procurer des « pochons » de litchis ce qui engendre, pour les populations de Houaïlou, une rentrée pécuniaire non négligeable.

¹¹ Agniel G., Les expériences étrangères en matière d'États complexes dans le pacifique., Communication présentée au colloque « Le droit constitutionnel calédonien » organisé à l'Université de la Nouvelle Calédonie les 11 et 12 juillet 2010 par Christophe Chabrot.

URL : <http://tv.univ-nc.nc/a400/20100712114019/>

Hommage au Professeur Guy Agniel

Par Cyprien Elia[†],

Doctorant en droit public, Chef de service de l'état civil coutumier

Avant de prendre la parole écrite pour contribuer à cette initiative de Mme Carine DAVID en votre honneur Monsieur le Professeur Guy AGNIEL, je m'abaisse, je me fais petit comme quand on rentre dans une case, à Carine merci de ce temps d'arrêt de nos existences pour accompagner en reconnaissance, en remerciements, en félicitations, en hommages à son travail de promotion du droit coutumier kanak, au pays, à vos collègues, à vos amis et adversaires politiques, à vos admirateurs et admiratrices, à votre famille, à vos étudiants, enfin à vos doctorants dont moi.

Je n'ose prendre le ton du tutoiement pour marquer ma proximité avec vous mon directeur de thèse, cette collaboration est un choix de cœur par fierté pour un enfant du pays, premier professeur de droit calédonien et de raison pour le travail sur le droit coutumier. Dans ce domaine vous avez mis en évidence les textes sur le droit coutumier et expliqué le statut personnel en Nouvelle-Calédonie et surtout la particularité du statut civil particulier de la population mélanésienne.

A l'instar de Maurice LEHNARD sur la société kanak, ce travail de connaissance sur le droit coutumier a permis la reconnaissance de l'identité kanak. On ne peut que vous remercier pour l'exemple, car vous avez enraciné votre science universitaire dans votre quête de l'identité calédonienne, par l'analyse de ce droit local mélanésien et de l'actualité politique calédonienne.

De vos propres termes, «la bouche de la coutume» pour personnifier l'ordonnance de 1982 sur la juridiction coutumière, et encore, le «YOYO» pour caractériser l'instabilité institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, vous usez de l'image, de la métaphore comme dans les contes kanak, pour vulgariser cette science juridique et technique. Ce langage révèle l'enfant du pays qui a grandi aux côtés de personnalités du pays.

De notre collaboration, je retiens de vous une grande ouverture d'esprit, un sens de l'écoute, le respect et la disponibilité. Vous avez écrit pour le droit communal, le droit coutumier, le droit médical, le droit calédonien en général, également analyste des élections politiques locales.

Vous restez pour les étudiants du pays un précurseur et en cela un modèle à suivre.

Si la Calédonie a perdu un grand homme, l'esprit du pays s'est enrichi de votre science.

Et à votre contact.

Vous êtes comme dit un dicton africain « un vieillard qui meurt, c'est une bibliothèque qui brûle ».

LECTURES :

Guy Agniel s'est éteint vendredi soir à l'âge de 66 ans. Professeur de droit public à l'Université de Nouvelle-Calédonie (UNC), il dirigeait le département de formation continue. Il était également responsable de la délégation du centre national d'enseignement à distance (CNED) en Calédonie. Auteur de nombreux ouvrages juridiques, il faisait partie du laboratoire de recherches juridique et économique de l'université. Originaire de Houaïlou, il avait été le premier professeur d'université calédonien. Il fut l'un des fondateurs de l'université française du Pacifique, ancêtre de l'UNC, en 1987. Il y a d'ailleurs enseigné jusqu'à la fin de sa vie. Guy Agniel, particulièrement pointu dans le domaine de l'avenir institutionnel, a dirigé de nombreuses thèses. Il a également fait partie du conseil de gouvernement Caillard, de septembre 1977 à novembre 1978, sous l'étiquette RPC. Sa disparition est une très grande perte pour l'université et plus généralement pour la Calédonie. Les Nouvelles Calédoniennes présentent leurs plus sincères condoléances à sa famille et à ses proches.

QUESTIONS À... GUY AGNIEL, PROFESSEUR DES UNIVERSITÉS DE DROIT PUBLIC – « LES CALÉDONIENS ONT PERDU CONFIANCE »

Les Nouvelles calédoniennes : La crise gouvernementale était-elle prévisible ?

Guy Agniel : Cette crise était probablement prévisible compte tenu, d'une part, de la répartition des sièges et, d'autre part, des inimitiés entre les principaux responsables des partis non-indépendantistes. Par conséquent, je ne la considère pas comme véritablement exceptionnelle. Et elle ne me paraît pas plus grave que celle de 2011 qui a vu le renversement du gouvernement Gomès et des nominations à répétition jusqu'à ce que l'État institue un moratoire de stabilité institutionnelle. En fait, je crois même qu'il fallait s'y attendre.

Selon vous, le fonctionnement des institutions est-il très dégradé ?

Le fait que le gouvernement en soit réduit à l'expédition des affaires courantes entraîne évidemment une dégradation des institutions. Malgré tout, ça fonctionne. Le Congrès peut être saisi de propositions de délibérations ou de lois de la part de ses élus. Nous ne sommes donc pas dans une situation de blocage. Il n'y a pas péril en la demeure.

A-t-on atteint les limites du supportable ? La situation peut-elle perdurer vaille que vaille ?

Je crois que tout finit par se banaliser. Il y a certes des problèmes de prise de décision sur certains grands projets, qui vont notamment impacter le BTP. Mais globalement la machine continue de fonctionner.

Et d'un point de vue social ?

Les décisions ont été prises pour assurer le financement des régimes sociaux. Je ne vois donc pas de crise majeure se profiler à court terme.

Quelle est selon vous la conséquence la plus néfaste pour la Nouvelle-Calédonie ?

A mes yeux, c'est clairement la perte de confiance des Calédoniens envers leurs institutions et le personnel politique. Tout ça ressemble beaucoup trop à des jeux politiques et non pas à une argumentation de doctrine à doctrine. Je pense que si la population devait être rappelée aux urnes dans les prochains mois, nous assisterions à une forte abstention. Les gens se diraient « Retourner voter, mais pourquoi faire ? Ce sont les mêmes querelles qui reprendront le dessus. ».

Est-il possible de rattraper le retard pris dans la mise en œuvre des engagements politiques et dans les négociations sur l'avenir institutionnel ?

A mon avis, c'est rattrapable. Je me demande d'ailleurs si certains partis politiques ne sont pas soulagés de ne pas avoir à se positionner tout de suite sur l'avenir institutionnel.

Quel enseignement tirez-vous des crises à répétition que l'on traverse depuis 2011 ?

Je pense que l'accord de Nouméa a atteint ses limites institutionnelles. Ça démontre que bâtir un projet en pariant sur l'intelligence et la bonne foi des partis politiques est quelque peu naïf.

Propos recueillis par Philippe Frédière

CHRONOLOGIE

11 mai 2014. Les provinciales débouchent sur un rapport de force de 29 élus loyalistes face à 25 élus indépendantistes au Congrès.

15 mai. Les trois formations non-indépendantistes signent un Contrat de gouvernance solidaire (CGS) qui leur permet de se répartir les responsabilités.

21 août. Un « agenda partagé » est signé. Il prévoit à brève échéance la création d'une contribution calédonienne de solidarité.

15 décembre. Les élus FPU refusent de voter les impôts nouveaux préparés par le gouvernement Ligeard. Calédonie ensemble démissionne en bloc. C'est la chute.

31 décembre. Un nouvel exécutif est élu avec les mêmes membres que dans le précédent. Mais les candidatures de Cynthia Ligeard (FPU) et de Philippe Germain (CE) à la présidence se neutralisent. C'est donc l'ancien gouvernement qui continue à expédier les affaires courantes. Philippe Gomès prône un retour aux urnes et un scrutin majoritaire. En vain.

23 mars. L'UC essaie de trancher entre Cynthia Ligeard et Philippe Germain. Mais plusieurs tendances s'affrontent.

Hommages d'étudiants à la mémoire de Guy Agniel

Par Ruben Boume et Nikholas Deligny

Etudiants de M. Guy Agniel à l'université de la Nouvelle-Calédonie

Cet hommage a été rédigé sous forme d'un dialogue car nous ne voulions pas produire un écrit purement juridique, car celui-ci n'aurait pas rendu hommage à une personnalité d'exception de la société calédonienne. Ce dialogue rédigé à plusieurs mains manifeste notre volonté de mettre en avant un autre aspect du Professeur Guy Agniel, un aspect plus humain.

Deux étudiants discutant dans une chambre étudiante, un mardi après-midi se remémorent les souvenirs de l'année qui venait de s'écouler :

- *Dis-moi tu as vu que l'amphi 200 a été rebaptisé « Amphithéâtre Guy Agniel » ?*
- *Oui j'ai vu ça, c'est bien, ça récompense son travail ici à l'UNC !*
- *Tu vois ce Monsieur là, de son vivant quand il nous faisait cours, tu avais l'impression qu'il n'y avait pas de barrière mais énormément de respect entre nous. Il avait l'habitude de nous raconter des blagues un peu morbide. Du coup, il avait des étudiants qui ne l'aimaient pas pour ça, alors que nous ça nous donnait envie d'apprendre mais surtout d'écouter.*

Il y a beaucoup de petites anecdotes sur lui qui circulent comme des bruits de couloir : comme le jour où il a remis à sa place un étudiant qui avait franchit la barrière de respect dont je te parlais tout à l'heure, ou encore le jour où il nous raconter des « tours de c.. » du vieux Rébass.

- *Moi, Guy Agniel je l'ai connu en première année, mais sans avoir cours avec lui. On va dire que je l'ai connu visuellement parce que à chaque fois que je le croisais au DEG, il sentait le parfum mais c'était le seul professeur qui nous disait "bonjour" alors qu'on n'avait pas cours avec lui. J'en ai déduit qu'il était professeur et non vacataire à force de le voir à l'UNC. Je crois que ce qui m'a mis sur la piste c'est de le voir tout le temps fourré dans les salles à l'étage de notre département.*

Tu sais, la première fois que je l'ai vu, je pensais que c'était un débarqué du Vanuatu, alors je te raconte pas, le jour où j'ai su que c'était un frère de Houaïlou métisse asiatique !

- *C'est pas vrai ???*
- *Pourquoi toi tu ne le savais pas ?*
- *Non, moi je l'ai connu plus tard, je crois. C'était quand il nous faisait le cours d'évolution constitutionnelle de l'Outre-Mer. C'était en deuxième année. Mais tu vois, je ne sais pas pour toi, mais j'avais*

l'impression qu'on le sous estimait un peu... C'est qui ça AGNIEL ?

Et là ! Tu te retrouve en cours avec lui et tu comprends très vite que c'est lui le patron, pas parce qu'il était méchant ou autoritaire mais justement parce qu'il inspirait le Respect.

Par exemple, un jour il est venu en cours avec sa canne et un hématome sur le visage, on l'avait tous en travers de la gorge mais personne n'osait lui demander ce qui lui était arrivé. Jusqu'à ce que pour rigoler on lui dise : "Monsieur, vous vous êtes battu avec qui ?". Et là, il te répond qu'il a fait un malaise et qu'il est tombé dans la douche...

- Pour moi, le plus marrant quand on était en cours avec lui et qu'on arrivait en retard, tu avais droit à sa petite phrase fétiche : " C'est comme ça que tu veux construire un pays ?". Le message était clair, si tu veux être indépendant, soit au moins à l'heure !*
- C'était quelqu'un qui disait ce qu'il pensait et inversement mais surtout, il était très proche de ses élèves. Un jour je lui avais demandé ce que c'était les besoins du pays, pour m'orienter vers ce qu'il me dirait. Il m'avait répondu qu'il fallait aller le plus loin possible, tant qu'on en avait la force. Je pense que ça fait partie des choses qui m'ont le plus marqué.*
- Et dire que le petit vieux à la bande est décédé le 22 avril 2016 à l'âge de 66 ans, tu te rends compte qu'il fait partie des premières personnes à avoir mis en place l'Université de la Nouvelle-Calédonie, à l'époque ça s'appelait encore l'Université française du Pacifique et c'était même le fondateur du Département de Droit.*
- Oui, mais en plus de ça faut pas oublier que c'est le premier professeur de droit calédonien, qui va être directeur du Département de Droit jusqu'en 2000. C'est malheureux qu'on en ait pas d'autre professeur comme ça.*
- Et dire que ce vieux là, il continuait à venir en cours même quand le docteur lui interdisait, il était bien malade pourtant. Je me souviens de Madame Dauriac qui ne voulait pas ouvrir la porte pour qu'il rentre se reposer et qui au final avait été obligée de le laisser entrer dans sa salle de cours. C'est pour te dire à quel point il était têtu et coquin ! Il a continué à faire cours alors qu'on était 4 en cours.*
- Au final, ce qu'il faut retenir, c'est que chacun d'entre nous, nous avons une idée précise de l'héritage qu'il nous aura laissé. Il y a énormément d'adjectifs pour le définir, mais ce que l'on retiendra c'est que c'est un vieux du pays avec un fort caractère, un humour particulier mais surtout avec un grand cœur.*
- Sinon, tu fais quoi au législateur colonial ?!*
- C'est vrai, il nous a jamais dit qui était le législateur colonial, ça fait*

partie des choses qu'on ne pourra plus lui demander...

- *Tu te rends compte de la perte pour les autres générations qui vont arriver à l'UNC ? Bon, après personne n'est éternel, il y en aura d'autres qui arriveront et qui agiront dans la continuité de ce qu'il avait entrepris lui-même.*

Ah lala vous nous manquez énormément Monsieur Agniel...

I – DIGRESSIONS SUR LA COUTUME

Quand la loi du pays oublie qu'elle est faite pour les vivants...

Par Isabelle Dauriac

Professeur à l'Université de Paris

« Les lois ne sont pas de purs actes de puissance ; ce sont des actes de sagesse, de justice et de raison. Le législateur exerce moins une autorité qu'un sacerdoce. Il ne doit point perdre de vue que les lois sont faites pour les hommes, et non les hommes pour les lois ; (...) »

*J-E.-M. Portalis Discours
préliminaire sur le projet de Code
civil*

La loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 « relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier Kanak » est entrée en vigueur¹.

L'évènement est considérable. D'abord parce que les lois du pays en matière coutumière sont (trop ?²) rares. Plus d'une décennie s'est écoulée depuis l'adoption de la loi du pays relative aux actes coutumiers le 15 janvier 2007. Ensuite parce qu'une loi était nécessaire sur la matière sensible des successions relevant de la coutume à raison du statut coutumier du *de cujus*.

Une nécessité substantielle – La mort est aveugle au statut personnel. La personne s'éteint : son décès est une fracture affective, spirituelle, et encore patrimoniale. Qu'advient-il des droits du défunt, de ses obligations, de ses biens, en un mot, de son patrimoine ? Sauf à admettre qu'ils le suivent dans la tombe, orchestrer leur transmission aux vivants se meut en exigence normative. Pour y répondre, le Code civil de la Nouvelle-Calédonie abrite les lois du 3 décembre 2001 et 23 juin 2006. Cependant, dans cet archipel qui se refuse à l'unité du droit civil, les suites du décès d'un kanak de statut coutumier sont affaires de coutumes³. Les successions sont coutumières, ainsi en décide la loi organique⁴ opérant répartition

¹ Art. 40 Lp n° 2018-4 du 28 mai 2018, relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak.

² La parenthèse et le point d'interrogation s'imposent à la lecture de cette loi du pays du 28 mai 2018.

³ I. Dauriac, Questionner la trajectoire du pluralisme juridique calédonien, in Dossier Le « jour d'après ». Quel droit, quelles institutions après l'Accord de Nouméa ? Sous dir. sc. de C. David, RJPENC, 2017-2, n° 30 p. 96 et s.

⁴ Art. 7 de la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

matérielle de la compétence normative. Réglées dans et par la coutume, les successions n'en sont pas moins affaires d'héritage et par là de transmission à cause de mort. Qu'importe sa source, le droit successoral est le droit de la vie qui continue.

Droit de la protection des veuves et des orphelins⁵, garant de la paix des familles et des clans endeuillés, il doit être formulé pour les vivants. Dire les solidarités familiales (et claniques) d'ordre patrimonial devant s'exprimer à l'occasion d'un décès est la fonction première – sans être unique - de la règle successorale. Assurer la sécurité qu'implique la vitalité du commerce juridique dont les kanak de statut coutumier ne peuvent pas être exclus doit être une de ses vertus majeures. Exclure les citoyens de la coutume du crédit et de la propriété privée qui le soutien, ce serait faire obstacle au rééquilibrage économique et social et trahir le projet de destin commun⁶. La transmission universelle du patrimoine assure la pérennité des créances et du gage générale des créanciers. Elle permet une confiance qui ne craint plus la mort du débiteur. La solidarité passive des hommes ne doit pas s'arrêter aux frontières de la vie sans pour cela risquer que l'héritage ne mène l'héritier à la ruine. Les richesses et les patrimoines constitués doivent être préservés de la condition de simple mortel qui est celle de leur auteur. Ils doivent lui survivre et bénéficier aux générations suivantes. La bonne administration de l'héritage dans l'attente de sa répartition est l'ultime défi sans lequel la transmission à cause de mort se voit priver d'efficience économique.

Le lien à la terre est une problématique centrale de la succession coutumière, elle n'en est plus le centre de gravité exclusif. Pour être de statut coutumier, les kanak sont aussi, hors de l'espace coutumier, des propriétaires privés, des épargnants et des emprunteurs, des salariés ou des employeurs, des entrepreneurs, des créanciers et des débiteurs. Le monde coutumier n'est pas immobile. Il est perméable aux évolutions des patrimoines privés, à la diversification des avoirs - actifs immobiliers hors terre coutumières, actifs professionnels, actifs bancaires et financiers, entreprises... - et à l'expansion des passifs. Les problématiques patrimoniales des successions régies par la coutume s'enrichissent de complexités dont les traditions culturelles kanak ne sont pas coutumières. Les enjeux de ces complexités patrimoniales n'engagent pas uniquement le peuple autochtone, ils concernent tous les peuples de la Nouvelle-Calédonie. Les occulter serait faire preuve d'une cécité dangereuse, quand elles

⁵ La prise en charge matérielle des orphelins mineurs au décès d'un de leur parent a été timidement évoquée par Mme Tieoué, pour être immédiatement écartée lors des débats au Congrès, Compte rendu intégral des débats, session administrative de juin juillet et août 2017 4e séance du jeudi 10 août 2017 *JONC* 2017 n° 311-C (CR), p. 125.

⁶ I. Dauriac, Pluralisme juridique et développement économique in *Droit économique en Nouvelle-Calédonie*, dir. sc. de N. Tagliarino-Vignal, PUAM 2018, p. 101 et s.

impactent les perspectives d'un développement économique inclusif du territoire.

Contraste – Sur ces questions, les acteurs économiques, les professionnels du droit, les institutions politiques - pour la plupart au moins - demeureraient impassibles, presque apathiques. La délibération n° 148 du 8 septembre 1980⁷ faisait régulièrement la preuve de son utilité⁸ comme de son obsolescence⁹, sans que la révision de ce corpus juridique dédié paraisse devoir venir à l'ordre du jour. Jusque dans le « débat » au congrès, le détachement silencieux assourdi¹⁰ ; la loi du pays adoptée en porte les stigmates.

Alors que régnait un climat général d'ignorance, la prise de conscience des problématiques successorales modernes progressait en monde coutumier kanak. Le Sénat coutumier était à la manœuvre. Affirmer l'identité coutumière du peuple autochtone n'exclut pas d'éprouver les pratiques et les valeurs coutumières à l'aune de la modernité. Le Sénat engageait des travaux ambitieux sur la dévolution successorale en milieu coutumier. Il orchestrait une longue phase de consultations coutumières. Il sollicitait des expertises savantes. A maintes reprises¹¹, l'ouvrage fut remis sur le métier ; et à chaque étape la technicité de la transmission du patrimoine à cause de mort et les subtilités de la légistique ont été davantage apprivoisées. L'entreprise était ambitieuse. Sur la méthode normative à adopter pour formuler, par la loi, des valeurs coutumières comme sur le fond des dispositions techniques suggérées au législateur, l'entreprise porta des fruits. Définitions, option successorale, option de lois, créance contre la succession, gestion de l'hérédité, compétence du palabre coutumier en matière de dévolution, utilité de l'acte coutumier de succession, rôle de l'officier public coutumier et le cas échéant du notaire : autant de propositions coordonnées par une « offre de loi¹² » très complète et

⁷ Délibération de l'Assemblée Territoriale de Nouvelle-Calédonie et Dépendances 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.

⁸ Pour une illustration de son instrumentalisation, en vue de régler au-delà de son champ d'application la question de l'obligation passive conjugale : CA. Nouméa, 12 décembre 2013, RG /12/00486, rejet du pourvoi Civ. 1e 10 juin 2015, 14-14599.

⁹ L'obsolescence est acquise s'agissant du domaine d'application du texte. Il est strictement limité aux immeubles alors que les meubles corporels et incorporels ne sont plus *res vilis* dans le patrimoine des kanak. La désignation des héritiers confirme la péremption de ce texte : elle n'a jamais traduit l'identité Kanak et ne correspond à l'évolution sociologique et juridique d'aucune famille successorale, française ou calédonienne.

¹⁰ Compte rendu intégral des débats, session administrative de juin juillet et août 2017 4e séance du jeudi 10 août 2017 JONC 2017 n° 311-C (CR).

¹¹ 2011, 2013, 2015.

¹² Par comparaison, rappelons que la réforme successorale opérée par la loi du 23 juin 2006 fut précédée d'une offre de loi émanant d'un collectif d'éminents juristes : J. Carbonnier, P. Catala, J. de Saint-Affrique, G. Morin « Des libéralités. Une offre de loi », éd. Defrénois 2003. Différents groupes de travail ont également élaboré des projets de réforme du droit

particulièrement foisonnante. La délibération sénatoriale du 2 juillet 2015 « portant proposition de lois du pays relatives aux successions coutumières Kanak » est très documentée¹³ et heureusement publiée¹⁴. Le débat technique et démocratique que cette « offre de loi » semblait devoir susciter à raison des implications utiles et perspectives pratiques qu'elle ouvrait, n'aura pas eu lieu.

Effets secondaires d'une concurrence d'ambition normative – L'article 77 de la loi organique énonce : « L'initiative des lois du pays (...) appartient concurremment au gouvernement et aux membres du congrès ». Intervenu dans le cadre d'une « auto-saisine » du Sénat coutumier, la proposition de loi formulée trahissait aussi une audace institutionnelle : s'imposer comme interlocuteur incontournable de la production normative des lois du pays relatives au statut coutumier et aux intérêts autochtones¹⁵. Le projet politique sénatorial était clair : exercer, par la loi, la reprise en main des questions coutumières. Une riposte du gouvernement était par conséquent prévisible. Dans l'antichambre du référendum d'autodétermination, la paternité de la loi du pays successorale est en soi un enjeu de taille, quand la production de la loi en matière coutumière devient un objet de concurrence entre les institutions politiques et coutumières de la Nouvelle-Calédonie.

Rien n'a donc été oublié, dans la mise en œuvre de la procédure législative. L'initiative de la loi du pays est une initiative gouvernementale : le projet de loi du 25 octobre 2016¹⁶. La navette entre le Congrès et le Sénat prévue par l'article 142 de la loi organique et la formulation de 59 amendements déposés et discutés ont servi à démanteler la proposition sénatoriale¹⁷, pour « un retour au projet de loi gouvernemental »¹⁸. Rien n'a

des obligations ayant concouru à éclairer l'entreprise de réforme finalement réalisée par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

¹³ Le préambule de la loi et plus encore le « Rapport de présentation de la proposition de loi du pays transmise au congrès de la Nouvelle-Calédonie sur la base de l'article 145 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie » (*JONC* du 4 août 2015 p. 6861 et s) contraste, par sa richesse et la qualité formelle de l'exposé, avec l'indigence de la présentation au Congrès du rapport spécial consacré au « Projet de loi du pays relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier ». Compte rendu intégral des débats, session administrative de juin juillet et août 2017 4e séance du jeudi 10 août 2017 *JONC* 2017 n° 311-C (CR), p. 91 à 146.

¹⁴ 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 et s.

¹⁵ I. Dauriac, Questionner la trajectoire du pluralisme juridique calédonien, in Dossier Le « jour d'après ». Quel droit, quelles institutions après l'Accord de Nouméa ? dir. sc. C. David, *RJPENC*, 2017-2 n° 30 p. 96 et spéc. n° 8 à 15.

¹⁶ Projet de loi du pays n° 110/GNC du 25 octobre 2016.

¹⁷ Sur le cheminement du texte cf l'intervention de M. Washétine Compte rendu intégral des débats, session administrative de juin juillet et août 2017 4e séance du jeudi 10 août 2017 *JONC* 2017 n° 311-C (CR), p.103 et 104.

été oublié, sauf, peut-être, de légiférer pour répondre aux problématiques patrimoniales qu'engendre le décès d'un kanak de statut coutumier...

« *À vaincre sans péril on triomphe sans gloire*¹⁹ » - La loi du pays est en vigueur. Aucun doute n'entache sa paternité. Le centre de gravité du pouvoir législatif reste ancré au cœur du couple institutionnel Congrès / Gouvernement, conformément à la loi organique. La nouvelle loi du pays ne signe aucune émancipation institutionnelle pour le Sénat coutumier. Consultatives ses délibérations, sollicitées au titre de l'article 142, n'ont pas eu d'influence considérable sur le fond des dispositions entrées en vigueur. La procédure législative a englouti l'essentiel de l'expertise successorale et légistique acquise par la proposition sénatoriale.

De la loi en vigueur, les effets sortiront avec le temps. Soyons simplement attentifs à ses mots comme à ses silences²⁰. S'astreignant à une sorte d'ascèse respectueuse de l'identité coutumière, la loi du pays assigne les règlements successoraux coutumiers au dénuement normatif (I). Marginales, les innovations législatives transpirent un paternalisme²¹ toujours vivace à l'égard des kanak de statut coutumier (II). Par le silence, règne l'incertitude sur la liberté testamentaire des kanak de statut coutumier (III).

I. LES RÉGLEMENTS SUCCESSORAUX COUTUMIERS ABANDONNÉS AU DÉNUEMENT NORMATIF.

8 chapitres, 41 articles, tant de silences – Formellement, la loi du pays consacre 41 articles ordonnés en 8 chapitres à « *la succession des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak* ». Cette richesse quantitative est pourtant qualitativement très décevante à l'aune des problématiques successorales sur lesquelles cette loi fait simplement l'impasse. Un déficit d'ambition normative conjugué à des malfaçons rédactionnelles nombreuses fait craindre que le législateur calédonien soit passé à côté de l'essentiel : sécuriser, pour tous, la transmission universelle des patrimoines privés des kanak de statut coutumier.

¹⁸ Sylvain Pabouty, rapporteur spécial « Cette philosophie étant celle du projet de loi du pays du gouvernement, votre rapporteur a donc présenté aux commissions, le 3 mai 2017, 59 amendements permettant un retour au projet de loi du pays du gouvernement » Compte rendu intégral des débats, session administrative de juin juillet et août 2017 4e séance du jeudi 10 août 2017 JONC 2017 n° 311-C (CR), p. 102.

¹⁹ P. Corneille, *Le Cid* (1636), II, 2.

²⁰ C. Bidaud-Garon, *Eclairage juridique – Aperçu 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*, Cahier du Larje n° 2018-6.

²¹ Paternalisme : « Par analogie ; Attitude d'une autorité, d'un gouvernement, qui, sous couvert d'assistance et de protection, entend imposer sa tutelle, sa domination. » Dictionnaire de l'Académie française, 9ème. éd.

Sauf à trahir la loi organique et l'accord de Nouméa constitutionnalisés, il n'appartenait évidemment pas à la loi du pays de dire, en lieu et place des coutumes, le sort des terres coutumières et des biens du *de cuius* qui s'y trouvent²². En revanche, la loi du pays ne devait pas faire l'économie d'une révision ambitieuse de la délibération de 1980. Cette dévolution légale sur option avait vieilli. Dédiée aux seuls immeubles situés hors terres coutumières, elle ne suffisait plus pour régler la transmission de patrimoines privés comprenant des richesses mobilières et grevés d'éventuels passifs. La famille du défunt, son clan, mais aussi ses créanciers et ses éventuels partenaires - associés ou cocontractants -, tous, à son décès, sont directement concernés par le sort réservé à ses biens et droits, à ses obligations et dettes. Pourtant, sur la transmission universelle de patrimoine la loi du pays se tait.

La succession à la personne réfutée – C'est sous un intitulé bien mystérieux que la loi du pays s'ouvre : « ***La succession des biens appartenant aux personnes de statut coutumier Kanak*** ». Maladresse grammaticale ? Véritable choix de technique juridique ? Le mystère est épais ; vouloir le dissiper est une gageure.

Il apparaît d'abord, qu'aucune des dispositions légales en vigueur n'autorise à lire cette loi du pays selon le paradigme de la succession à la personne. La rupture avec le modèle successoral des Codes civils calédonien et français est consommée. La succession s'ouvre sur demande écrite adressée au Président du gouvernement (article 5 Lp) et non par la mort (article 720 du Code civil de la Nouvelle Calédonie). La désignation des héritiers est l'objet du palabre (article 2 Lp) et non de la loi²³. Dans ces conditions, la transmission par le seul effet du décès et surtout la saisine de plein droit des héritiers sur les biens, droits et actions du défunt²⁴ ne sont ni prévues ni envisagées par la loi du pays.

La durée du deuil coutumier explique, au contraire, qu'un délai légal d'une année soit accordé à la famille pour introduire la demande d'ouverture de succession (art. 4 L.p). Il se meut en délai de carence imposé à l'autorité coutumière - chef de clan, chef de tribu, grand chef, et en dernier lieu président du conseil des chefs de clans (art. 6 Lp) – qui, le cas échéant devra palier l'inertie des familles mais se voit interdire de solliciter l'ouverture de la succession avant son échéance. Cette autorité est en outre la seule légalement habilitée à formuler la demande écrite d'ouverture du palabre successoral auprès de l'officier coutumier (art. 10 Lp) Sans elle, la famille

²² Art. 12 Lp n° 2018-4 du 28 mai 2018.

²³ Art. 731 du Code civil de la Nouvelle-Calédonie « La succession est dévolue par la loi aux parents et au conjoint successibles du défunt dans les conditions définies ci-après », voir également l'article 721.

²⁴ Art. 724 du Code civil de la Nouvelle-Calédonie.

est impuissante à déclencher le palabre indispensable au règlement d'une succession dont l'ouverture serait pourtant déclarée. Par ces dispositions la loi du pays ignore tout de la tradition civiliste successorale. Aucune de ses dispositions techniques ne donne corps à la fiction de continuation de la personne. Ceux qui sont appelés par le palabre à hériter des biens du *de cuius* de statut coutumier ne continuent pas sa personne. De sorte qu'aucune confusion des patrimoines ne peut prospérer : le patrimoine des héritiers n'a pas vocation à absorber, dans son intégrité active et passive, le patrimoine du *de cuius*. Les mots de la loi du pays ont exclu la fiction issue d'une tradition empruntée à l'autre culture, pour tenter de traduire l'identité du peuple autochtone dans la conception qui est la sienne de la famille, du deuil, du palabre et du rôle des autorités coutumières. Faut-il s'émouvoir de cette rupture conceptuelle qui sépare les deux législations successorales dans l'archipel du pluralisme culturel et normatif ? C'est peu probable quand, présent dans la tradition civiliste, le modèle de la succession à la personne n'a rien d'universel. Aubry et Rau sont évidemment étrangers aux généalogies kanak. Le choix opéré ne prête donc pas en soi à la critique, encore nécessitait-il que le législateur en assume les conséquences au plan de la technique juridique.

C'est à d'autres ancrage qu'il lui appartenait d'arrimer les fondements d'une transmission universelle du patrimoine opérante et autrement organisée pour la sécurité de tous, successeurs, créanciers et cocontractants du *de cuius*.

Un choix législatif manqué : la succession aux biens – La loi du pays aurait pu organiser une véritable « succession aux biens ». Encore aurait-il fallu pour y parvenir prendre des dispositions législatives décidant la transmission des actifs successoraux une fois les passifs et charges de la succession liquidés et réglés. Ce faisant, ceux en charge de liquider et d'administrer l'hérédité dans l'attente de la désignation des successeurs appelés par le palabre à en recevoir le *boni* de liquidation auraient mérité d'être désignés par la loi. Or, la loi du pays n'en a rien fait. De la transmission active et passive du patrimoine envisagé comme universalité de droit, de la liquidation de l'héritage et du règlement des passifs, de la gestion de l'hérédité, elle ne dit rien. Ses articles 1, 2, 11 et 13, relatifs ensemble à la dévolution successorale, au palabre et à l'acte coutumier de succession ignorent résolument l'intégralité de ces problématiques. L'ignorance est si profonde que la loi va jusqu'à mobiliser un nominalisme exclusif de toute idée d'universalité, en qualifiant le palabre de succession, de « *palabre de succession des biens mobiliers et immobiliers situés* », selon les hypothèses, « *sur terre coutumière* (art.12 Lp) *et/ou hors terres coutumières* » (art. 11, 13 et 14 Lp). Ce nominalisme législatif conduit à ne considérer les biens qu'*ut singuli* et en vertu d'un rattachement *rationae loci* qui pourtant est inopérant s'agissant des actifs incorporels, comme des

dettes ou des obligations. Les mots « patrimoine » et « passif » viennent sous la plume du législateur comme par accident (art. 5 et 13 Lp), sans qu'aucune suite ni conséquence ne leur soit attachée. Si l'hypothèse d'une renonciation est prévue : elle est encore conçue comme divisible et relative exclusivement à des biens (art. 14 Lp). L'indigence substantielle de cette loi du pays est telle, qu'elle ne peut qu'inquiéter.

Inquiétudes - Que répondre aux questions pratiques qui ne manqueront pas de se poser ? Consentir un crédit à un kanak de statut coutumier, être salarié de cet entrepreneur kanak c'est, faute d'administrateur provisoire de l'hérédité, s'exposer à son décès à ne pas pouvoir identifier à l'encontre de qui exercer des poursuites, aussi longtemps que l'acte coutumier de succession n'aura pas identifié les successeurs ? Une fois que cet acte est établi et à supposer que l'article 1122 du Code civil calédonien soit applicable à l'espèce, la pluralité d'héritiers contraint-elle les créanciers à diviser leurs poursuites ? Les héritiers désignés sont-ils seulement obligés aux dettes non contractuelles du *de cuius* ? À supposer qu'ils doivent répondre des dettes de leur auteur décédé, en répondent-ils seulement sur les biens successoraux reçus ou également sur tout leur patrimoine personnel ? Dans quel état sont les biens qui leurs sont finalement attribués après que, durant toute la durée nécessaire au deuil et au palabre successoral, nul n'ait eu pouvoir de les administrer ? La menace du dépérissement de l'entreprise à la mort du chef d'entreprise de statut coutumier est sérieuse. Les questions sans réponses sont multiples, au point qu'il faille craindre que la principale vertu de la loi du pays soit d'avoir dangereusement cristallisé la pénurie normative en matière de règlements successoraux coutumiers. Les rares innovations de la loi du pays ne suffisent malheureusement pas à dissiper cette crainte.

II. DES INNOVATIONS MARGINALES SOUS LA DOUBLE TUTELLE D'AUTORITÉS COUTUMIÈRES ET ADMINISTRATIVES

Les lacunes de cette loi du pays sont regrettables. Ses innovations ne sont guère convaincantes. Cette loi a consacré l'inscription des règlements successoraux coutumiers dans le temps long du deuil et du palabre coutumier. Or, pour les familles endeuillées, pour l'intégrité des patrimoines privés, la lenteur est un inconvénient. Il faudrait pouvoir en prévenir le risque par des anticipations successorales opératoires et à défaut pouvoir en surmonter au quotidien le péril financier. Pour prévenir et compenser les attermoissements du règlement successoral, la loi du pays ouvre deux voies inédites. La première enferme les perspectives d'anticipation successorale dans un acte juridique *sui-generis* de « donation-cession coutumière » (A), la seconde consiste en une « allocation provisoire d'assistance » pour soutenir financièrement des parents contraints d'attendre l'établissement de

leur titre successoral(B). La mise en œuvre de chacun de ces remèdes est placée sous le regard vigilant des autorités coutumières et aussi du Président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie auquel elles doivent être demandées²⁵.

A. L'anticipation successorale contrainte : l'« acte de donation-cession coutumière »

Un acte coutumier sui generis : ni donation (...) - Plutôt que de réviser l'option prévue par la délibération de 1980, le législateur calédonien a procédé à son abrogation et son remplacement par un acte de « donation-cession coutumière » qu'il ne définit pas.

Les onze articles consacrés au régime de cette libéralité coutumière dessinent néanmoins un acte juridique d'anticipation *sui generis*. Son nom et son économie générale interdisent de l'assimiler à une catégorie de libéralités connue du Code civil. Le nominalisme de la loi est à ce titre trompeur²⁶.

Cet acte n'est pas un contrat de donation, ni même de cession ! Il n'est pas accepté par le donataire ou cessionnaire, dont la présence n'est pas même requise pour son établissement (art. 15 et 20 Lp). Il n'opère aucun effet translatif de propriété irrévocable entre vifs. « Il n'emporte pas de changement dans la situation du bien qui reste dans le patrimoine du donateur jusqu'à son décès » (art. 18 al. 1 Lp). Il est révocable par son auteur de son vivant (art. 23 Lp) et révoqué de plein droit par le décès du bénéficiaire, le changement de situation matrimoniale du donateur, la cession du bien qui en est l'objet et le changement de statut du ou des donateurs (art. 24 Lp). En définitive, l'effet translatif de la donation-cession coutumière n'opère au bénéfice des parents désignés que par la mort du donateur-cédant. Sans qu'il ait même été envisagé par le législateur que les donataires-cessionnaires, dont en amont il n'a pas requis le consentement, puissent refuser les biens reçus à cause de mort.

(...) Ni testament - Parce qu'il s'agit d'une disposition à cause de mort, ce serait du legs à titre particulier que l'acte coutumier d'anticipation successorale se rapprocherait. Cependant l'analogie doit être combattue. Le caractère éminemment public de l'acte coutumier impose de la réfuter. Tester est l'exercice discret de la liberté solitaire de décider du sort de ses biens pour après sa mort. De sorte que l'acte de dernière volonté n'admet ni représentation ni assistance de tiers. Sauf à considérer que le statut coutumier du *de cuius* commanderait d'encadrer l'exercice de la liberté

²⁵ Art. 19 LP pour la donation-cession coutumière et Art. 28 pour l'allocation provisoire d'assistance.

²⁶ Art. 15 Lp retient le verbe donner.

testamentaire par une demande préalable faite au chef de l'exécutif (art. 19 Lp) et par la présence du conjoint et de l'autorité coutumière (art. 20 Lp et 23 Lp), il faut s'interdire d'apparenter l'acte coutumier d'anticipation successorale au testament. Sans quoi, c'est à une triste évidence qu'il faudrait se rendre. Celle d'un législateur calédonien qui, en 2018, refuserait au kanak de statut coutumier la confiance que le Code civil de la Nouvelle-Calédonie accorde pourtant au majeur vulnérable, placé sous tutelle à raison de l'altération de ses facultés mentales²⁷.

Un pacte sur succession future, sous « curatelle » publique et coutumière – Ni donation, ni legs, la donation-cession coutumière est un pacte coutumier sur succession future. Par ce pacte le *de cuius* ne s'oblige pas et conserve la libre disposition entre vifs de ses biens ; il n'engage que sa succession²⁸.

La tradition civiliste est par principe hostile à de tels pactes, à raison de leur possible immoralité en ce qu'ils seraient nimbés d'un *votum mortis*, et plus sérieusement pour éviter qu'en disposant de tout ou partie de sa succession, l'auteur du pacte abdique irrévocablement sa liberté de tester. Néanmoins, le législateur a compétence pour les autoriser. Aussi le reproche d'avoir créé un pacte coutumier sur succession future ne peut pas être adressé à la loi du pays. D'autant que pour l'avoir créé, elle l'a aussitôt placé sous la vigilance tant du Président du gouvernement que de l'autorité coutumière. La loi place la volonté du *de cuius* sous un régime de liberté surveillée.

Elle ne peut s'exprimer que dans un cadre strict. En effet, la donation-cession ne porte que sur des immeubles hors terres coutumières et ne peut profiter qu'à des parents désignés sous les conditions posées par l'article 13 de la loi du pays. Ce pacte successorale se voit assigner un objet strictement identique à celui de l'option autrefois permise par la délibération abrogée. Il ne permet pas au *de cuius* de statut coutumier d'anticiper sur le palabre de succession, le sort de son entreprise, de ses titres sociaux ou encore de ses avoirs bancaires et financiers. Le gain d'autonomie se résume au fait qu'il n'a plus à subir la dévolution légale obsolète de la délibération, puisqu'il choisit dans le cercle de parents délimité par la loi ceux qu'il

²⁷ Art. 476 al. 2 et al 3 du Code civil de la Nouvelle-Calédonie.

²⁸ Définition du Pacte sur succession future : « Une convention qui ne (crée) d'obligation qu'à la charge de la succession sans imposer au stipulant aucune obligation dont la succession n'aurait été tenue que par voie de conséquence » et qui « consacre ainsi l'attribution d'un droit privatif sur une succession non encore ouverte » M. Grimaldi, *Droit des successions* 7ème éd. n° 399. Cass. Civ. 13 juin 1979, D. 1980, 553, note I. Najjar ; Defrénois 1980 art. 32267, obs. G. Champenois ; RTD Civ. 1981, p. 658 obs. J. Patarin.

désigne pour bénéficiaires²⁹. L'avancée opérée est véritablement minimaliste !

Pire, la régularité du pacte implique le respect de conditions nombreuses qui toutes manifestent un recul de son autonomie décisionnelle. L'option que le Kanak de statut coutumier pouvait, hier encore, exercer de sa seule initiative auprès du maire de sa commune ou de la direction compétente de la Nouvelle-Calédonie contre récépissé, suppose désormais l'assistance de son conjoint, de son autorité coutumière et encore de différents services de la Nouvelle-Calédonie. L'acte doit être demandé au Président du gouvernement (art. 19 Lp), rédigé par un agent assermenté de la Nouvelle-Calédonie³⁰ (art. 20 Lp), en autant d'originaux que de parties, enregistré à la direction compétente de la Nouvelle-Calédonie qui en donne copie officielle à l'office notarial rédacteur de l'acte de propriété et à la direction des services fiscaux (art.21 Lp). Avec ce nouveau pacte coutumier portant sur des immeubles d'essence non coutumière et dépendant d'une succession future coutumière, la loi du pays place l'anticipation successorale sous « curatelle » à la fois coutumière et publique.

Pourquoi tant de contraintes, de contrôle et de publicité ? S'agissant d'un acte translatif à cause de mort, invoquer les nécessités de la publicité foncière ou de la fiscalité est inapproprié puisque seul le décès opérera mutation. Comment alors ne pas percevoir dans le régime de ce pacte, les relents d'un paternalisme de défiance à l'égard de kanak propriétaires d'un foncier privé, au seul prétexte de leur statut coutumier ? Comment comprendre autrement ce choix d'un législateur calédonien qui préfère s'engager dans la voie chaotique d'un pacte coutumier sur succession future plutôt que d'affronter la question de la liberté testamentaire des kanak sur leur patrimoine privé. Le Sénat Coutumier lui-même l'y invitait pourtant, en ayant suggéré d'élargir l'option de loi pour offrir la possibilité au *de cuius* de statut coutumier de soumettre avec le conseil du Notariat l'ensemble de

²⁹ L'article 13 Lp n'est pas exclusif d'une concurrence librement aménagée entre le conjoint ou le concubin, d'une part, et les enfants de *de cuius* quels que soient la nature de leur filiation, leur sexe et leur âge, d'autre part. A défaut d'enfant, le ou les bénéficiaires de la libéralité coutumière sont désignés dans un cercle élargi des parents comprenant les ascendants en ligne directe sans précision de degré, les collatéraux privilégiés coutumiers et de biens mystérieux collatéraux directs au premier degré dont l'identification défie les lois de la généalogie.

³⁰ À la compétence des notaires reconnue par la délibération de 1980, la loi substitue celle d'agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie plutôt que celle d'officiers publics coutumiers. Si les raisons de ce choix étaient à trouver dans les nécessités de la publicité foncière requise pour les mutations de la propriété immobilière (Art. 710-1 du Code civil de la Nouvelle-Calédonie) alors il faudrait sérieusement s'inquiéter de ce que l'article 2 de cette même loi donne compétence aux officiers publics coutumiers pour dresser l'acte coutumier de succession sur terres coutumières et hors terres coutumières. Selon l'article 3 de la loi du Pays n° 2006-15, du 15 janvier 2007, l'acte coutumier revêt les qualités de l'acte authentique uniquement en matière de statut civil coutumier ou de propriété coutumière (cf. C. Bidaud-Garon *op. cit.*).

ce patrimoine au corpus normatif successoral du Code civil de Nouvelle-Calédonie³¹. La défiance du gouvernement et du congrès tranche avec la confiance que l'institution coutumière exprimait en faveur des citoyens calédoniens de la coutume.

B. L'assistance financière provisoire des familles endeuillées

Une assistance sociale provisoire - À considérer la loi du pays, les parents du défunt ne peuvent pas espérer être rapidement désignés héritiers et attributaires des actifs de succession. Cette lenteur est en partie coutumière, en ce qu'elle tient aux contraintes du deuil et du palabre. La lenteur est aussi à craindre de la part du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, dont la direction compétente doit dresser inventaire successoral dans un délai indéterminé³². En effet, l'acte coutumier de succession établissant la qualité d'héritier et la tenue du palabre sont suspendus à la réalisation administrative de cet inventaire. Or, quand la mort d'un parent proche se traduit dans le quotidien immédiat de ceux qui lui survivent par une perte de subsides et le blocage des comptes bancaires du défunt, pouvoir justifier de sa qualité d'héritier est primordial³³. Aussi l'allocation provisoire d'assistance prévue aux articles 27 et s. de la loi du pays est, de prime abord, dans son principe et ses objectifs bienvenue. Ce dispositif est conçu pour atténuer les inconvénients financiers d'une attente qui s'annonce longue. La vigilance s'impose néanmoins s'agissant du détail de son régime.

Une assistance financée sur fonds privées - Cette allocation d'assistance s'opère par prélèvement sur les comptes bancaires ouverts au nom du défunt et dans la limite de leur solde créditeur. La demande peut en être faite par les parents du défunt au Président du gouvernement sur justification de leur qualité familiale et situation sociale, par tous moyens - autres que l'acte coutumier successoral (déclaration sur l'honneur et pièces justificatives) - (art. 28 Lp). Provisoire, cette allocation est servie sur une période s'écoulant de l'ouverture de la succession jusqu'à la clôture de l'inventaire (article 29 Lp). L'assistance financière n'est donc prévue que pour le temps d'inventaire nécessaire aux services compétents de la Nouvelle-Calédonie, et encore dans la limite d'un plafond qui ne peut excéder celui du salaire minimum garanti (art. 27 Lp). La clôture de l'inventaire y met fin sans considération ni de la situation de besoin du ou des parents allocataires, ni des méandres d'un palabre successoral inachevé,

³¹ Titre V « Option de législation applicable à la succession portant sur le patrimoine constitué sous l'empire du droit commun et situé hors terres coutumières » de la proposition de loi sénatoriale et précisément son article 35.

³² Le respect de l'obligation fiscale de déclaration successorale contraint le travail du notaire à un délai de 6 mois, le Sénat coutumier avait suggéré n'accorder que 4 mois à l'officier public coutumier.

³³ Rapprocher L312-1-4 du Code monétaire et financier.

et quand bien même le solde des comptes bancaires de la succession serait encore créateur.

À l'évidence cette mesure d'assistance sociale financée sur fonds privés successoraux n'entend pas contrebalancer d'autres inconvénients du règlement successoral coutumier que ceux inhérents à l'invitation dans le processus de l'administration de la Nouvelle-Calédonie. La loi du pays fait, pour le reste, preuve d'une cécité coupable à l'égard des parents du défunt dans le besoin : orphelins, veufs et veuves ou ascendants dépendants du défunt. Cette cécité est douloureuse en comparaison des dispositifs de solidarité familiale élémentaires très nombreux dans le droit civil calédonien des successions : réserve héréditaire des descendants et à défaut du conjoint, droit annuel et gratuit au logement de ce dernier, droits à pension divers contre la succession. Cette cécité ne s'explique pas à l'aune des valeurs coutumières dès lors que le Sénat Coutumier suggérait de consacrer, par la loi, une aide financière spécifique constitutive d'une créance à caractère alimentaire sur l'actif successoral, à prélever sur les biens meubles³⁴. Distincte par ses modalités d'une créance alimentaire contre la succession, l'assistance sociale provisoire s'approche davantage par sa philosophie et son économie d'une mesure d'accompagnement social personnalisée, sauf qu'elle porte sur des fonds privés et non des prestations sociales.

À pénétrer les détails de cette loi du pays, il apparaît que le guide du législateur pourrait avoir été autant, si ce n'est davantage que l'identité du peuple autochtone, l'ambition de placer les successions coutumières comprenant des richesses non coutumières sous la double « curatelle » de la Nouvelle-Calédonie et des autorités coutumières, sans avoir pour cela confié à aucune de ces autorités administratives et coutumières ni la mission de gérer les actifs successoraux ni celle n'en régler les dettes³⁵. À l'occasion du décès d'un kanak de statut coutumier, la loi favorise la dépossession provisoire du patrimoine non coutumier lui ayant appartenu, sans compenser les inconvénients d'une situation temporaire « de biens sans maître » par des mesures d'administration provisoire opératoires. De la loi du pays, il était attendu qu'elle bâtisse un pont entre les cultures normatives des deux peuples de la Nouvelle-Calédonie. Certainement pas qu'elle creuse davantage le fossé qui sépare la coutume des contraintes patrimoniales. La déception est grande. Cette déception questionne au plan juridique et politique, l'effectivité des droits fondamentaux des kanaks de statut coutumier. Le silence la loi du pays est-il la négation de toute liberté testamentaire pour les kanak de statut coutumier ?

³⁴ Titre 4 de l'aide financière spécifique, art. 33 et 34 de la proposition de loi sénatoriale.

³⁵ Comme l'aurait fait une véritable curatelle des domaines sur une succession provisoirement en déshérence ou vacante.

III. L'INCERTITUDE PERSISTE AUTOUR DU « TESTAMENT KANAK »

La volonté des morts – Le statut coutumier est-il privatif de toute liberté et capacité de tester sur des biens d'essence non coutumière ? Cette question recevait une réponse incertaine avant la loi. Loin de dissiper les motifs d'hésitations, l'entrée en vigueur de la loi les aggrave. En pratique, l'expression de dernières volontés est une ambition partagée qui ne se laisse pas contenir aux frontières du statut coutumier. Sollicité par des citoyens de la coutume désireux de tester, le notariat s'abstient de recevoir leur testament sous la forme authentique. Quand le testateur n'est pas un ressortissant du Code civil, la validité de l'acte ne peut pas être assurée. Rien ne s'oppose en revanche à ce que le testament olographe puisse être pratiqué et même conservé par le notariat, en revanche les voies de la coutume à son ouverture sont insondables. Or, l'hypothèse selon laquelle la loi du pays aurait privé du droit de tester sur des biens d'essences non coutumière le *de cujus* de statut coutumier est légitimement formulée³⁶. D'abord, parce que la loi semble avoir doté le palabre de succession du monopole de la dévolution à cause de mort ne réservant pas la possibilité d'une dévolution volontaire en amont. Ensuite, parce qu'en plaçant l'anticipation successorale sous l'unique prisme très réduit d'un pacte coutumier sur succession future, elle accrédite l'idée que la personne de statut coutumier serait frappée d'une incapacité de consentir des libéralités. Inquiétante car assez légitime, cette lecture de la loi n'est pourtant pas forcément décisive.

Pour la seule raison que les kanak de statut coutumier sont, en matière civile, des sujets de la coutume exclus du Code civil de la Nouvelle-Calédonie, ils ne sont pas bannis du bloc de constitutionnalité³⁷. Ce souvenir, de quelques droits fondamentaux s'imposant hiérarchiquement aux lois du pays n'est donc pas inutile.

L'exclusion du code civil n'est pas une éviction du bloc de constitutionnalité - La propriété figure au nombre des droits de l'homme consacrés par les articles 2 et 17 de la Constitution. La jurisprudence constitutionnelle relative à ce droit est riche et constante : « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité » ; « en l'absence de privation du droit de propriété au sens de cet article, il résulte néanmoins de l'article 2 de la Déclaration de 1789 que les atteintes portées à ce droit doivent être justifiées par un motif d'intérêt général et proportionnées à

³⁶ C. Bidaud-Garon *op.cit.*

³⁷ Ni d'ailleurs de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, sauf réserve expressément formulée.

l'objectif poursuivi ». Le Conseil constitutionnel œuvre également à la protection constitutionnelle de la liberté contractuelle, sur le fondement de l'article 4 de la même déclaration de 1789 : « La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui³⁸... ». Lorsque sa violation est invoquée en même temps que celle du droit de propriété, le Conseil réitère qu'il est loisible au législateur d'apporter aux conditions d'exercice du droit de propriété des personnes privées, protégées par l'article 2 de la DDHC et à la liberté contractuelle qui découle de son article 4, « des limitations liées à des exigences constitutionnelles ou justifiées par l'intérêt général à la condition qu'il n'en résulte pas d'atteintes disproportionnées au regard de l'objectif poursuivi³⁹ ».

Or, le statut coutumier d'un kanak ne fait pas obstacle à ce qu'il accède à la propriété privée de biens d'essence non coutumière. Pas davantage, il ne lui ôte par principe la liberté de contracter sur ses biens. Il peut vendre et donner ce dont il est propriétaire. La loi du pays ne revient pas sur ces prérogatives. Elle en réserve, d'ailleurs, les effets quand elle décide que la cession de biens immobiliers - sans distinguer suivant qu'elle soit intervenue à titre onéreux ou gratuit - emporte révocation de plein droit de la donation-cession coutumière sur ces biens. Vendre, donner, contracter, participer au commerce juridique ne dépend pas du statut personnel. Seul le régime civil ou coutumier des contrats s'inscrirait – du fait de la loi organique et de son interprétation jurisprudentielle - dans le sillage du statut personnel des cocontractants⁴⁰, encore que dans la pratique les mutations immobilières interviennent toutes par acte authentique pour les besoins de la publicité foncière.

Or, précisément « c'est parce que la propriété est héréditaire qu'elle peut faire de grandes choses »⁴¹. La propriété privée appelle dans son prolongement la succession privée testamentaire. Nier la liberté testamentaire, c'est amputer la propriété privée, pour la réduire à un droit simplement viager. Le statut coutumier peut-il sans discrimination disproportionnée commander cette amputation ? Dans quel objectif, au vu de quelle exigence constitutionnelle ou de quel motif d'intérêt général l'incapacité de tester des personnes de statut coutumier et l'amputation de leur droit fondamental de propriété pourraient-elles être tenues pour

³⁸ Décision n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001 cons. 37.

³⁹ Décision n° 2012-660 DC du 17 janvier 2013, Loi relative à la mobilisation du foncier public en faveur du logement et au renforcement des obligations de production de logement social, cons. 5.

⁴⁰ Le contrat civil conclu entre deux contractants de statut coutumier, devrait être affaire de coutume plutôt que du code civil.

⁴¹ J. Carbonnier, *Flexible droit* LGDJ 7e éd. 1992, p. 282.

justifiées et proportionnées ? L'identité du peuple autochtone⁴² ? Parce que cela est trop peu vraisemblable, nous voulons croire que tel ne sera pas *de facto* l'ultime conséquence désastreuse⁴³ de la loi du pays.

Symbole ou trahison ? - Quelle valeur symbolique accorder à l'évènement quand la frustration n'a d'égale que l'inquiétude. Qu'est-il arrivé au génie si particulier de la loi du pays relative aux actes coutumiers ? Quand ses mots et ses silences piègent les kanak dans un cruel dilemme entre statut coutumier et ambition patrimoniale, la seconde loi du pays en matière coutumière n'est pas à l'abri d'engendrer quelques effets mortifères.

À n'en pas douter, cher Guy une moue de vous aurait suffi à désarmer mon indignation face à tant d'ironie. Parce que le temps nous apprend que l'ingéniosité des pratiques et des usages peut aussi avoir raison des faiblesses d'une loi... C'est à la construction d'une coutume *contra legem* avec l'assistance discrète et éclairée du notariat qu'il faut s'en remettre pour que cette loi du pays coutumière ne soit pas un boomerang lancé contre l'identité coutumière.

« Les codes des peuples se font avec le temps ; mais, à proprement parler, on ne les fait pas ».

*J-E.-M. Portalis Discours
préliminaire sur le projet de Code
civil*

⁴² Il est permis d'en douter quand le Sénat coutumier certes aussi indirectement qu'implicitement n'a pas exclu le testament kanak en demandant l'ouverture d'une option de législation.

⁴³ Aussi inconfortable soit-elle la pratique notariale consistant à conserver le testament olographe d'un auteur de statut coutumier doit perdurer. Pour que ses dernières volontés patrimoniales exprimées survivent au *de cuius* sans discrimination statutaire, le notaire doit pouvoir prêter son concours, sachant qu'en dernier lieu c'est à la coutume, par le palabre de succession, de faire ou pas écho à la volonté des morts.

Droit civil coutumier kanak : de quoi parle-t-on ?

Notes sur un ouvrage d'Antoine Leca

Par Laurent Sermet

*Professeur l'Institut d'études politiques d'Aix-en-Provence, UMR ADES
Aix-Marseille Université.*

J'ai d'abord cru que cette contribution était le fruit de deux demandes fortuites. Antoine Leca m'avait sollicité pour faire le compte rendu de son dernier livre¹ alors que Carine David, quasiment simultanément, me rappelait à l'ouvrage pour les mélanges en l'honneur de Guy Agniel dont elle avait entrepris la coordination. Inclinant à accepter les propositions de l'une et de l'autre, je pensai opportun et pratique – il faut le reconnaître - de les joindre afin de tisser un seul écrit, avec toutefois un léger scrupule. C'est alors que, au détour d'une référence bibliographique, je réalisai que Guy Agniel avait lui-même écrit sur le statut civil coutumier kanak² et que, de surcroît, j'avais été invité à contribuer au même numéro de la Revue Aspects³ où nous nous trouvions voisins. Mes scrupules disparus, ma résolution de rendre un double hommage à deux investissements universitaires passionnés de la Nouvelle-Calédonie était prise⁴.

Ce je introductif, qui sied à des mélanges, est à l'image de la subjectivation qu'Antoine Leca laisse apercevoir en se présentant comme un « Kanak blanc de la Méditerranée ». L'expression est belle et frappante et se conçoit à la lumière du parcours personnel et académique exceptionnel d'Antoine Leca. Historien du droit, originaire de l'île de beauté, il a trouvé dans le Pacifique⁵, et particulièrement en Nouvelle-Calédonie, un terrain d'études vivant qui complète les analyses archivistiques de sociétés passées sur lesquelles il a naguère penché son regard⁶. Peut-être a-t-il voulu faire taire le dicton populaire qui vient de son île selon lequel : « il faut y naître,

¹ Antoine Leca, *Précis de droit civil coutumier kanak*, Nouméa, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle-Calédonie, Juin 2018, 3^e éd., 238 p., enrichi d'une bibliographie sélective (pp. 185-197), d'un lexique des termes en langues vernaculaires (pp. 198-203), d'un index des décisions de justice (pp. 204-209), d'un bref lexique coutumier (pp. 210-235).

² Guy Agniel, « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie », *Revue Aspects, Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie*, 2009, n° 3, pp. 81-96.

³ Laurent Sermet, « L'islam, composante de la diversité culturelle indo-océane », *Revue Aspects, Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie*, 2009, n° 3, pp. 69-79.

⁴ « Précis de droit civil coutumier Kanak Antoine Leca », Compte rendu de lecture de Laurent Sermet, *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2018/2, p. 193.

⁵ À propos de ses voyages polynésiens : Antoine Leca et Bernard Gille, *Histoire des institutions de l'Océanie française*, Paris, L'Harmattan, 2009.

⁶ Antoine Leca, *L'esprit droit corse à travers le plus ancien code insulaire*, La Marge, Ajaccio, 1990.

pour y paître » ? Outre que la kanaky l'ait évidemment conquis pour ses paysages et ses populations, Antoine Leca a été rattrapé et bouleversé par la réalité de son objet d'études, qui s'est imposé à lui comme un sujet de droit. Pour qui s'y plonge, la question kanak, même vue sous le truchement déformant du droit, ne laisse pas indifférent.

Cet ouvrage conte plus qu'une émotion personnelle, comme cela se dessine et se comprend, page après page. C'est une pierre élevée au mur de la renaissance de l'identité kanak. Renaissance juridique, par le biais d'un droit propre qui se fait l'instrument d'un peuple en quête de reconstruction identitaire. Renaissance politique car, la colonisation française ayant profondément meurtri le peuple kanak, les plaies ne sont pas silencieuses et oubliées. Elles gisent pour peu que l'on prenne soin de les voir et les situer dans le contexte social contemporain, tel qu'il s'exprime en termes d'accès aux soins, à l'éducation, de taux d'incarcération global rapporté à la population kanak masculine, qui avoisine les 100 %... Pour ces raisons, l'ouvrage d'Antoine Leca est plus qu'une œuvre d'analyse et de synthèse juridiques. Il porte la voix kanak et ouvre une voie à la renaissance kanak. Evidemment l'exercice a ses limites : un Kanak blanc, de Méditerranée de surcroît, restera toujours une « pièce rajoutée », à l'égard duquel une méfiance plus ou moins sourde et latente sera exprimée. Cette réserve ne lui permettra pas de comprendre et d'exposer la totalité de la situation. Les choses changent lentement tant l'accès au doctorat de droit reste un Everest à conquérir. Deux thèses soufflent un vent d'optimisme : celle de Léon Wamytan⁷ et celle de Raphaël Mapou⁸. On ne peut, malgré tout, pas délégitimer par principe un acte de doctrine parce que son auteur n'est pas issu de la terre qu'il évoque. Il serait aisé d'objecter qu'inversement, la trop grande proximité heurte la tentative d'objectivité.

Cet ouvrage érudit, qui en est à sa troisième édition refondue, a gagné en maturité. L'auteur livre une approche du droit civil coutumier kanak (DCKK) en prenant deux angles sûrs : sa forme (PI), sa substance (PII), évoquant une combinaison du droit public et du droit privé de la famille et des terres. Il a bénéficié, pour systématiser ses références (Leca p. 11, note 9), des résultats d'une enquête de la jurisprudence locale sur le même sujet, conduite sous les auspices d'Etienne Cornut et de Pascale Deumier. Source d'enrichissement, le recours à un lexique linguistique des termes coutumiers est un biais d'investigation anthropologique supplémentaire. Pour qui voudrait paraître savant, sans s'en donner la peine,

⁷ *Le peuple kanak et le droit français*, thèse soutenue à l'Université de Clermont-Auvergne, le 9 février 2013.

⁸ *Analyse dialectique des transformations du droit en Nouvelle-Calédonie. L'état colonial républicain face aux institutions juridiques kanakes*, thèse soutenue à l'Université de Perpignan, le 5 juillet 2018.

le lexique de faux amis rendra de précieux services. Il soulignera par exemple que l'héritier est un successeur.

L'effort doctrinal d'Antoine Leca se situe au regard de la découverte et de la conviction de l'existence d'un droit civil coutumier kanak⁹. Il prétend ne pas emprunter le chemin, patiemment creusé, de la « coutume judiciaire », développé par le juge Lafargue¹⁰ dont l'investissement universitaire, conduisait celui-ci à doctrinaliser ses propres décisions (Leca, p. 23). Une « grande » époque bénéficiaire également de l'activité des juges Frezet et Rodriguez, magistrats métropolitains ayant le privilège de côtoyer des assesseurs coutumiers disposant d'une position unique pour révéler la coutume. Ce chemin, s'il croise souvent celui de la coutume judiciaire et s'il ouvre sur des panoramas nouveaux dans les plaines et vallées de l'univers kanak, convainc. Il est une excellente invitation à la découverte de l'Autre et à la réflexion dont la référence se situera dans le droit public.

I. L'ARTICLE 75 DE LA CONSTITUTION, FONDEMENT CONSTITUTIONNEL DROIT CIVIL COUTUMIER KANAK ?

À nos yeux, le fondement constitutionnel du droit civil coutumier kanak ne réside pas, ou plus exactement plus, dans l'article 75 de la Constitution (contra Leca, p. 51, note 159 : « Ce statut civil particulier est constitutionnellement fondé sur l'article 75 de la Constitution »). Adopté en 1946, repris en 1958, le mécanisme de reconnaissance des statuts personnels visait à éteindre, par la voie sourde de la renonciation, le droit subjectif au statut personnel. La renonciation, acte de volonté individuelle, s'imposait à la descendance de celui ou celle qui renonçait. A nos yeux, il semble plus exact de considérer que, désormais, le droit civil coutumier kanak s'émancipe entièrement du cadre précédent (art. 75). Il trouve désormais comme appuis l'article 77 de la Constitution, la loi organique du 19 mars 1999 et le document d'orientation de l'accord de Nouméa, auquel renvoie l'article 76 de la Constitution. Cette base constitutionnelle permet de valider le DCCK comme une expression formelle du droit de la République française.

Il existe outre-mer une multitude des statuts personnels, radicalement éloignés les uns des autres, homéomorphes, mais censés relever de l'article 75 C., et aussi de l'article 77 C., qui sont les manifestations du pluralisme

⁹ Antoine Leca, « Un phénomène juridique nouveau en Koutum et droit français : le *droit civil coutumier kanak*, in *Peuples autochtones : regards Pacifique*, L. Sermet dir., Presses électroniques de la Maison de la Mélanésie – Paul de Dekker, 2016, p. 153.

¹⁰ Régis Lafargue, *La coutume face à son destin, Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, Paris, L.G.D.J., 2010. Témoignant de l'intérêt doctrinal de la production de la Cour d'appel de Nouméa : E. Cornut, Chronique judiciaire, in *Revue Juridique, Politique et Economique de Nouvelle-Calédonie* n° 20, 2012/2, p. 80 et s.

juridique en France¹¹. Trois grandes catégories de statut personnel doivent être relevées : le droit commun du statut personnel, le droit non formalisé du statut personnel, le droit spécial du statut personnel.

Il est loisible tout d'abord de considérer le droit commun du statut personnel, applicable tant à Mayotte qu'à Wallis et Futuna. Ce droit commun du statut personnel, qui conforte l'idéal d'intégration républicaine et la prééminence du droit civil commun, est caractérisé notamment par six éléments :

- L'article 75 consacre, avec rang constitutionnel, l'existence du statut personnel de droit commun mais l'article 34 de la Constitution, chef d'attribution constitutionnel de compétence législative, ne vise que le droit civil commun (« la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et libéralités »). Par voie conséquence, le droit commun du statut personnel peut valablement être déterminé par l'autorité réglementaire nationale et/ou locale ;
- L'irréversibilité de la renonciation et l'impossibilité d'accéder au statut particulier si le sujet de droit est de droit commun, même s'il est sociologiquement de droit particulier ;
- L'application du droit commun à titre supplétif (ex. article 68 de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003) ;
- La détermination nécessairement circonscrite du champ *ratione materiae* du statut personnel. À Mayotte, l'article 68 de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003, qui confirme l'article 59, al. 2 de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte, précise que : « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ». À Wallis et Futuna, l'article 3 de la loi du 29 juillet 1961, qui dispose : « La République garantit aux populations du territoire des îles Wallis et Futuna le libre exercice de leur religion, ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes », doit être entendu stricto sensu. En outre, l'application du statut personnel étant une exception par rapport au droit commun, celle-ci est nécessairement d'application restrictive ;

¹¹ Voir Sabine Lavorel, *Des manifestations du pluralisme juridique en France. L'émergence d'un droit français des minorités nationales*, Thèse soutenue à l'Université Pierre Mendès France, 2007, 687 p. Dans un autre contexte, celui du droit mexicain, Cécile Lachenal montre que la question des minorités indigènes est aussi une question de droit constitutionnel : *Coutume indigène et État de droit au Mexique. Étude à partir du cas de l'État de Oaxaca*, Thèse soutenue à l'Université de Paris III, 2007, 465 p.

- Les règles du statut personnel doivent être compatibles avec les principes juridiques fondamentaux. À Wallis et Futuna, l'article 3 de la loi du 29 juillet 1961 qui dispose : « La République garantit aux populations du territoire des îles Wallis et Futuna le libre exercice de leur religion, ainsi que le respect de leurs croyances et de leurs coutumes, en tant qu'elles ne sont pas contraires aux principes généraux du droit et aux dispositions de la présente loi ». Pour Mayotte, une formulation légèrement différente fait valoir : « L'exercice des droits, individuels ou collectifs, afférents au statut civil de droit local ne peut, en aucun cas, contrarier ou limiter les droits et libertés attachés à la qualité de citoyen français » (l'article 68 de la loi de programme pour l'outre-mer du 21 juillet 2003) ;
- Un dernier élément commun doit être mentionné : il concerne la juridiction de droit local. Dans les deux collectivités, une juridiction de droit local est instituée par l'autorité réglementaire locale. À Mayotte, les textes applicables remontent à 1939 et 1964¹². À Wallis et Futuna, un arrêté du 20 septembre 1978 portant organisation d'une juridiction de droit local sur le territoire de Wallis et Futuna, bien que jamais mis en œuvre, présente des analogies intéressantes avec le système juridictionnel de droit local mahorais : juridictions de premier degré et d'appel composées de juges coutumiers pour l'un, cadiaux pour l'autre ; chambre d'annulation, jouant un rôle de cassation locale, auprès de la Cour d'appel de Nouméa ou du Tribunal supérieur d'appel de Mamoudzou. Cet élément mérite l'attention : par comparaison à l'ordonnance du 15 octobre 1982, relative au complément de la juridiction de droit commun par des assesseurs coutumiers en Nouvelle-Calédonie, le droit commun du statut personnel à Mayotte et à Wallis et Futuna paraît beaucoup plus protecteur puisqu'il reconnaît le droit à un juge de statut personnel. Cette contradiction ne reçoit pas, semble-t-il, d'explication satisfaisante.

La deuxième catégorie de statut personnel ne trouve pas son origine dans l'article 75 C. Elle n'est pas formalisée et existe en tant que règle

¹² Les deux textes principalement applicables sont le décret du 1^{er} juin 1939, *portant organisation de la justice indigène dans l'archipel aux Comores* (JORF, 15 juin 1939.7581), complété par l'arrêté du 13 juillet 1944 réglant, en matière civile et commerciale, l'application du décret du 1^{er} juin 1939, et la délibération de la chambre des députés des Comores n° 64-12 bis du 3 juin 1964 *portant réorganisation de la procédure de justice musulmane*, JOC 1964.476. L'articulation entre ces deux textes ne peut se résoudre par référence aux principes de succession des textes dans le temps puisque la délibération de 1964 se définit comme un acte administratif du TOM des Comores alors que le texte de 1939 est un décret de portée nationale. Dans la pratique toutefois, il semble que la délibération de 1964 se soit entièrement substituée au décret de 1939.

praeter legem. Observable en Guyane¹³ et en Polynésie française¹⁴, le statut dérive de la nécessité de prise en compte des réalités sociologiques. Dans ces deux territoires, la question d'un statut personnel singulier ne se pose pas ou plus. En Guyane, les Amérindiens furent explicitement soustraits à l'esclavage et le statut d'hommes libres leur fut reconnu par un règlement établi le 22 février 1722 par le Gouverneur D'Orvilliers¹⁵. Il ne fut jamais question de leur reconnaître le droit à un statut particulier. Par ailleurs, le statut de département d'outre-mer (Loi du 19 mars 1946) semble *prima facie* incompatible avec l'application généralisée du droit du statut personnel. En Polynésie française, le décret du 5 avril 1945, qui a abrogé « les lois et juridictions indigènes », a rendu le Code civil applicable. Auparavant, en Polynésie française, le Code civil avait été déclaré applicable par une loi locale du 28 mars 1866, remplaçant le Code Pomare. La pression sociologique a fait que, dans les deux cas, les pouvoirs publics ont été dans l'obligation de donner une reconnaissance juridique à des droits d'origine culturelle non occidentale :

- Les « communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt » (article L. 93-3 du Code du domaine de l'État¹⁶) concernent tant les Amérindiens que les Noirs marrons à qui la possibilité de reconnaître des droits d'usage est accordée¹⁷. Les articles R 170-56 à R 170-61 du Code du domaine de l'État précisent cette disposition de principe (section 3 d'un chapitre relatif aux dispositions spéciales au domaine privé de l'État en Guyane). Il existe trois formes principales de reconnaissance : le constat simple, la concession, la cession, qui sont toutes tournées autour de la finalité de la subsistance en forêt ;
- La loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française et la loi ordinaire du même jour complétant le statut d'autonomie de la Polynésie française reconnaissent l'existence d'un « tribunal foncier compétent pour les litiges relatifs aux actions réelles

¹³ Laurent Sermet, « Les amérindiens de Guyane devant la justice et l'exemple de la justice cadiale à Mayotte », in *Le droit des départements français d'Amérique*, textes réunis par J.-Y. Faberon, Paris, La documentation française, 2006, p. 99-114.

¹⁴ Antoine Leca et Vāhi Richaud (dir.), *Les us et coutumes mā'ohi en quelques mots*, Association Parau, 2019.

¹⁵ B. Montabo, *Le grand livre de l'histoire de la Guyane*, Editions Orphie, vol. 1, 2004, p. 112.

¹⁶ Article L. 91-3 (inséré par Loi n° 89-936 du 29 décembre 1989, art. 49, *Journal Officiel* du 30 décembre 1989) : « Dans le département de Guyane, les immeubles domaniaux dépendant du domaine privé de l'État peuvent être cédés ou concédés gratuitement à des personnes morales en vue de leur utilisation par les communautés d'habitants qui tirent traditionnellement leurs moyens de subsistance de la forêt ».

¹⁷ Pour un commentaire : Henri Isaac, « Note sur le décret n° 87-267 du 14 avril 1987 », *Coutumes et droit en Guyane*, Colloque de Cayenne, J.-P. Martres et J. Larrieu (dir.), Paris, Economica, 1993, p. 95-101.

immobilières et aux actions relatives à l'indivision ou au partage portant sur des droits réels immobiliers » (article 17 de la loi ordinaire), qui existait auparavant sous la forme d'une commission de conciliation obligatoire en matière foncière (loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 portant diverses dispositions relatives à l'outre-mer). En outre, la loi organique établit en son article 58 un collège d'experts fonciers. La création de ces institutions provient de ce que les titres de propriété fondés en droit foncier polynésien ainsi que sur la pratique, sources de contentieux, doivent être sécurisés.

La troisième catégorie de statut personnel est celui applicable aux Kanak de Nouvelle-Calédonie. Jusqu'à la réforme du 21 juillet 1998, *de jure*, l'article 75 y fondait le statut personnel. Or le nouvel article 77 fait désormais référence à un « statut civil coutumier », qui est une catégorie spéciale de statut personnel. Cette mention est, à nos yeux, substitutive de l'article 75, qui perd son exclusivité et sa pertinence. De surcroît, l'article 77 renvoie à la loi organique le soin d'en fixer les règles. Le fait que celle-ci, en son article 7¹⁸, fasse référence à l'article 75 ne suffit à renverser cette proposition logique. En effet, cette référence fait office de transition entre les kanak anciennement visés par l'article 75 et désormais visés par l'article 77 et la loi organique. En outre, les caractéristiques propres au statut civil coutumier kanak se distinguent si radicalement du statut personnel visé par l'article 75, qu'il est difficile, voire impossible, de continuer à se référer, sauf de façon factice, à ce dernier :

- La renonciation est réversible et l'acquisition pour la première fois ou à nouveau du statut civil coutumier est possible ;
- Le champ matériel du statut civil coutumier kanak vaut pour l'ensemble du droit civil¹⁹ ;
- Le statut civil coutumier kanak est considéré à égalité avec le statut civil de droit commun ;
- Les principes du statut civil coutumier kanak ne se trouvent pas dans la loi mais dans la loi organique ;

¹⁸ « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière civile par leurs coutumes ».

¹⁹ Sur le champ du champ matériel du statut civil coutumier kanak : Laurent Sermet, « Statut civil coutumier kanak : entre politique jurisprudentielle et incertitude juridique. Commentaire de l'avis de la Cour de cassation du 16 décembre 2005 », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 7, 2006/1, p. 42-49 ainsi que « Brèves réflexions sur la construction, en matière de droit civil coutumier kanak, du droit de l'action civile », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 9, 2007/1, p. 68-71.

- La juridiction de droit commun est compétente et la formation de jugement de droit commun est complétée par des assesseurs coutumiers.
- Si l'article 77 est considéré comme une disposition provisoire, étant donné le statut politique singulier et évolutif de la Nouvelle-Calédonie dans son rapport à la République française, il a pour objet de transférer irrévocablement, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, la compétence relative au statut civil coutumier.

II. UNITÉ ANTHROPOLOGIQUE OU DUALITÉ FORMELLE DU DROIT CIVIL COUTUMIER KANAK ?

Parce que la seconde partie de l'ouvrage présente le statut de la terre comme la prémisses du droit des personnes, grandes et petites (i. e. le clan et l'individu kanak), l'auteur fait comprendre qu'il y a une unité substantielle entre ces composantes (Leca, p. 88, note 340 : « L'élément structurant de ce droit singulier est la terre qui détermine le régime des personnes »). Cette présentation est séduisante et dotée de vérité du point de vue de l'anthropologie kanak. Elle indique la vocation unitaire du DCCK même si l'auteur reconnaît l'existence d'une dualité sous la forme de deux domaines : celui des relations inter-personnelles et celui des biens qui impacte les relations personnelles. Cet aspect-là est notable car ces deux domaines débordent de la conception classique du statut personnel, qui se limitait jusqu'à alors à la condition des personnes sans investir la condition des terres.

En va-t-il ainsi du point de vue formel ? Plus encore qu'une dualité de domaines, le droit civil coutumier kanak est formellement dualiste. Le DCCK comprend le statut des personnes, ce qui le place en héritier de la logique de l'article 75 C. qui se limitait au statut personnel qu'il soit coutumier ou coranique²⁰, ainsi que le statut des terres coutumières. Discriminons la matière de la source pour présenter statut civil coutumier et statut des terres coutumières.

La matière est le droit civil. Le champ d'application du statut civil coutumier kanak est très large. Il comprend assurément les questions juridiques relatives au clan, à la famille, à l'enfance, à la filiation. On doit aussi estimer qu'il recouvre les domaines du contrat et de la responsabilité. Ainsi logiquement l'affaire, relative au non-paiement d'une pension alimentaire, suite à un accident de circulation, entre dans le champ du statut civil coutumier et implique au contentieux la composition spéciale prévue

²⁰ À Mayotte, l'influence musulmane permet de qualifier le statut civil de coranique, même s'il est fortement marqué par la coutume ; à Wallis-et-Futuna, il convient d'évoquer un statut personnel intégralement coutumier.

par l'ordonnance de 1982, gage de l'application idoine du droit coutumier²¹. Par contraste avec ce que recouvre à Mayotte le champ du statut personnel²², le champ d'application du statut civil coutumier est donc effectivement plus large. La question juridique de la délimitation *ratione materiae* du statut civil coutumier se distingue de celle de l'applicabilité de celui-ci. L'article 9 de la loi organique de 1999 précise deux hypothèses d'inapplicabilité : dans un rapport juridique où les parties sont, d'une part, de statut civil coutumier et de statut de droit civil commun et, d'autre part, de deux statuts personnels différents. Sur ce point la solution « calédonienne » est proche de la solution « mahoraise » (article 59 de la loi du 11 juillet 2001 relative à Mayotte). Selon cette dernière, le droit commun s'applique dans les deux précités. Néanmoins, dans un litige concernant deux personnes de statut personnel différent, les parties peuvent choisir de ne pas appliquer le droit commun par clause expresse. Évidemment, en Nouvelle-Calédonie, l'inapplicabilité du statut civil coutumier entraîne l'application des règles de droit commun gouvernant la composition des juridictions. Enfin, il est prévu que les parties de droit civil coutumier peuvent renoncer par elles-mêmes à l'application du droit coutumier en demandant la mise à l'écart des règles spéciales conduisant à compléter la juridiction de droit commun par des assesseurs coutumiers (article 7 de l'ordonnance de 1982). Cette demande doit être présentée avant toute défense au fond ou fin de non-recevoir.

Pour autant large qu'elle soit, la matière civile n'est pas illimitée. Elle ne comprend pas le droit pénal, ce qui est en soi problématique car le droit pénal est le soutien du droit civil des personnes. Cette « désarticulation » des normes de référence conduit à ce que la personne kanak soit soumise à deux catégories de règles pénales : les règles pénales coutumières, qui sont de facto appliquées bien que non reconnues par le droit étatique, et les règles pénales du droit commun, qui ont la qualité de règles *de jure*, reconnue par l'État. L'astiquage, sans fondement légal, reste effectivement pratiqué. La matière civile ne s'entend pas de la matière commerciale, sociale, fiscale...

La source du droit civil coutumier kanak repose sur les coutumes. Celles-ci ne sont pas définies. La loi organique ne prend aucune réserve à leur égard : « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Le renvoi est total. Il reste, le travail est conséquent, à formaliser les coutumes, soit à leur donner vie au sens d'un droit opposable aux tiers, construit autour de catégories sujettes à interprétation.

²¹ Cass., civ, 6 fév. 1991, pourvoi n° 88-19862, *Bulletin* 1992 I n° 248, p. 164.

²² Voir l'article 68 de la loi de programme pour l'outre-mer, 21 juillet 2003 selon lequel : « Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités ».

La dualité formelle du droit civil coutumier kanak prend corps par référence au statut des terres coutumières. Celles-ci sont effectivement également régies par les coutumes, mais la loi organique se fait ici beaucoup plus interventionniste²³. Elle en désigne l'assiette, le mode éventuel d'accession (le lien à la terre) et, fait particulièrement notable, le régime juridique. L'inaliénabilité, l'incessibilité, l'incommutabilité et l'insaisissabilité en sont les principales composantes. Elles entravent la liberté de la coutume. Ne conduisent-elles à vitrifier leur régime juridique, par rapport à un statut civil coutumier souple et perméable ? Nul doute qu'il s'agit de caractéristiques ultra-protectrices. Viennent-elles exclusivement de la coutume ? Leur origine proprement coutumière laisse sceptique. Un test linguistique permettrait de répondre aisément à notre propos : quelles langues kanak ont conceptualisé ces notions permettant d'assurer qu'elles ne sont pas liées à l'entreprise coloniale ?

L'incommutabilité des terres coutumières renforce le dualisme du DCCK. C'est l'inverse qui a été consacré pour le statut civil : individualisation, abandon, retour... Si le statut civil coutumier kanak est en état de reformulation permanente (Leca, p. 28 et p. 67 et s.), cette caractéristique semble beaucoup plus limitée pour le statut des terres pour tenir compte des 4 i. L'acte de volonté reste déterminant pour conserver ou accéder au statut civil coutumier alors que le statut des terres coutumières échappe à toute capacité individuelle ou collective. Avec un paradoxe à la clé : n'y aurait-il plus aucune personne de statut civil coutumier kanak que cette caractéristique empêcherait leur transformation en terre de droit commun. Seule une loi organique y mettant fin serait le remède à cette situation.

III. TENTER DE LEVER L'AMBIGUÏTÉ DU DROIT CIVIL COUTUMIER KANAK : SOURCES, STATUT PERSONNEL, STATUT CIVIL DE DROIT COUTUMIER KANAK, STATUT DES TERRES COUTUMIÈRES

Antoine Leca privilégie l'expression de droit civil coutumier kanak pour des raisons de clarté et d'efficacité (Leca, p. 26). Par l'intégralité formelle et substantielle qu'elle convoque, l'expression est plus avantageuse.

²³ « 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, incessibles, incommutables et insaisissables » (art. 18 LO).

La notion de statut personnel s'articule autour d'enjeux de droit public et de droit privé. Comme notion publiciste, elle est une qualité attachée à la personne, à l'instar de la nationalité et de la citoyenneté. L'accessibilité, par définition statutaire, est l'objet des articles 8 à 17 de la loi organique. Ces règles sont inédites et exclusives pour la Nouvelle-Calédonie, en ce qui concerne le retour au statut (art.13 LO). L'unité du statut personnel, mise en cause depuis l'accord de Nouméa 1998, est liée aux conditions d'accessibilité au statut personnel. Comme notion privatiste, elle est liée à la condition juridique des personnes, ici de statut civil coutumier kanak. Ici, ce qui domine alors est la diversité de chaque statut personnel.

Plus complexes sont les sources du statut civil de droit coutumier kanak et du statut des terres coutumières. La notion de source est ici entendue doublement. Elle vise l'origine d'une norme et sa concrétisation formelle, ce qui conduit à distinguer entre les sources primaires et les sources secondaires. Leur schématisation peut être présentée comme suit.

Sources du droit civil coutumier kanak			
Statut civil coutumier kanak		Statut des terres coutumières	
Sources primaires : (sources unitaires, intégrité complète)	<ul style="list-style-type: none"> • « Les coutumes » (art. 7 LO) 	Sources primaires : (sources mixtes, intégrité contrainte)	<ul style="list-style-type: none"> • « Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables » (art. 18 LO, dernière phrase) • « Les coutumes » (art. 18 LO, 1^{re} phrase) • Règles fixées par les institutions de la NC, comme compétence transférée (art. 77 C)
Sources dérivées	<ul style="list-style-type: none"> • La charte du peuple kanak et les actes du sénat coutumier • Les actes des officiers publics coutumiers et des conseils d'aire • Les décisions de justice et la coutume judiciaire • Les actes des autorités publiques de NC compétentes en matière civile²⁴ 	Sources dérivées	<ul style="list-style-type: none"> • La charte du peuple kanak et les actes du sénat coutumier • Les actes des officiers publics coutumiers et des conseils d'aire • Les décisions de justice et la coutume judiciaire • Les actes des autorités publiques de Nouvelle-Calédonie compétentes en matière foncière

²⁴ Isabelle Dauriac rappelle le peu d'empressement des institutions de Nouvelle-Calédonie à exercer leur compétence en matière de statut civil coutumier et statut des terres coutumières, in « Questionner la trajectoire du pluralisme juridique calédonien », in *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2012/2, n° 30, p. 99. Cette réserve a pour avantage de laisser leur place aux coutumes.

Selon l'article 7 LO 1999, les sources primaires du statut civil coutumier sont les coutumes. En dehors de celles-ci, toute autre référence est dénuée de base légale. Etant donné la nature singulière de la coutume, son origine est dans le peuple kanak qui exprime son identité culturelle, sociale, politique. Les interprètes authentiques de celle-ci sont les clans et sachants coutumiers, réputés comme tels par la société kanak. C'est par les sources dérivées que les coutumes sont reçues dans le droit positif par l'aide d'interprètes institutionnalisés. Et dès lors, l'on peut évoquer l'existence du DCCK. La position selon laquelle la coutume et le DCCK ne sont pas un, telles deux chambranles d'une case, qui ne se regardent pas et ne se touchent pas, la coutume tournée vers l'intérieur contre la publicisation par le DCCK (Leca, p. 45), ne nous convainc pas sauf à être comprise par la distinction entre sources primaires et secondaires : les premières sont la matière vivante que les institutions (sénat, conseil d'aire, officier, juge mixte) ont pour fonction de révéler. Cette formalisation emporte nécessairement distorsion, voire transformation irrémédiable. La coutume perd sa nature originaire et sa substance en est inévitablement affectée. Les interprètes des sources dérivées doivent faire leur possible pour respecter l'intégrité de la coutume et ne pas conduire des interprétations contraires aux coutumes. En ce sens, la subordination entre sources coutumières et sources dérivées doit être posée en termes de relation hiérarchique. Renvoyer à la coutume, par l'instrument de la loi organique, ne signifie pas que la coutume ait valeur organique mais que le renvoi ne peut être supprimé que par une loi de même valeur.

Les sources dérivées placent la Charte du peuple kanak, avalisée par le sénat, comme ayant une vocation prééminente en raison de sa vocation générale. Que sa qualité de norme de soft law soit encore retenue n'est pas suffisante pour la déconsidérer. Cela reviendrait à exempter le peuple kanak de la voix législative. En droit positif, il est vrai, la prééminence accordée à la coutume judiciaire pose problème car elle est exprimée à l'occasion d'un contentieux et que sa validité est commandée par une composition mixte. Verrait-on le code civil être interprété par un tribunal présidé par un Kanak, assisté de deux assesseurs français ?

Selon l'article 18 LO, les sources primaires concernant le statut des terres coutumières sont mixtes : les coutumes et quatre principes (4i) qui ont, eux, valeur organique. À notre sens, ces principes sont hiérarchiquement supérieurs aux coutumes. Cette mixité s'entend au niveau de l'origine culturelle différenciée des coutumes et des 4i. Les coutumes doivent se conformer à la logique de protection posée par la loi organique. Par ailleurs, les sources dérivées sont également tenues de traduire les règles des terres coutumières, avec la contrainte liée au respect des 4i.

Et si un conflit naissait entre les deux composantes du statut ? Faudrait-il lisser leurs oppositions de façon à extraire toute incompatibilité ? Faudrait-il faire prévaloir l'une sur l'autre ? La réponse pourrait-être, si l'on suit la démarche anthropologique d'Antoine Leca, de faire primer le statut des terres coutumières sur le statut civil coutumier. Il n'est pas certain que la logique occidentale sous-jacente au DCCK ne favorise pas l'inverse. Les droits individuels sont censés l'emporter sur les droits réels.

Peut-on soutenir l'existence de relations hiérarchiques au sein des sources dérivées ? Deux points de vue apparaissent selon que l'on prenne la perspective de l'intégrité de la coutume (« la coutume est le droit de l'endroit ») ou celui du DCCK (les sources sont organisées hiérarchiquement selon un critère organique).

Hiérarchie des sources dérivées	
Critère de la prééminence coutumière	Critère de la prééminence organique
<ul style="list-style-type: none">Les actes des conseils d'aire et des officiers publics coutumiers	<ul style="list-style-type: none">Les actes des autorités publiques de Nouvelle-Calédonie
<ul style="list-style-type: none">Les actes du sénat coutumier	<ul style="list-style-type: none">Les décisions de justice et la coutume judiciaire
<ul style="list-style-type: none">Les décisions de justice et la coutume judiciaire	<ul style="list-style-type: none">Les actes du sénat coutumier (compétence consultative générale)
<ul style="list-style-type: none">Les actes des autorités publiques de Nouvelle-Calédonie	<ul style="list-style-type: none">Les actes des conseils d'aire et des officiers publics coutumiers

Les deux pyramides sont inversées. L'on peut penser que le système étatique, qui préside à la mise en œuvre du DCCK, favorisera nécessairement la prééminence organique.

IV. LE DROIT CIVIL COUTUMIER KANAK : UNE RUPTURE AVEC L'IDÉAL ÉGALITAIRE LA RÉPUBLIQUE ET LES DROITS DE L'HOMME ?

Il reste tant à faire pour mieux comprendre le monde kanak et dépasser le débat qui agite la doctrine française actuellement. Il est reproché aux études juridiques kanak de s'emparer d'un objet d'études, qui recèle d'importants leviers d'atteinte à l'égalité juridique républicaine²⁵. Le débat n'est pas nouveau. En son temps, le juge Régis Lafargue devait affronter de vives critiques à l'encontre de son implication pour le développement d'une « coutume judiciaire ». J'ai personnellement assisté, à l'occasion d'une audience de la Cour d'appel de Nouméa, en mai 2013, au sein de laquelle il

²⁵ Voir Leca, p. 22, note 32.

siégeait, à des remarques acides sur sa posture judiciaire favorable à la coutume directement proportionnelle à l'atteinte portée aux droits et à la condition de la femme et de l'enfant. Mais que reste-t-il alors de la voie kanak, si ce n'est celle de l'étrangeté de la société française et occidentale, si l'on ferme la porte à l'ancestralité, à l'identité et à un destin choisi ? Après avoir colonisé un peuple, les mots continuent à juger les pratiques sociales d'astiquage, d'identité clanique, de primauté masculine, de don d'enfants. Ce débat doit avoir lieu. Il est important car rien ne justifie que la femme française kanak ait des droits moindres que la femme française non kanak. Mais pour quel bénéfice ? Unir ou fragmenter encore un peu plus ?

L'expérience indienne en matière de statuts personnels donne raison à Antoine Leca. L'Inde offre donc l'exemple d'une multiplicité conjuguée de pluralismes religieux et juridique. Ces statuts personnels furent juridiquement consacrés avant l'indépendance de l'Inde en 1949. Plusieurs lois locales furent adoptées : la loi de 1869, *The Indian Divorce Act*, la loi de 1872, *The Indian Marriage Act*, ainsi que *The Parsi Marriage and Divorce Act* de 1936 qui concerne la communauté parsie, ou zoroastre, fortement localisée à Mumbai. En 1937, *The Muslim Personal Law Chariat Application Act* est venu régir la condition juridique des Musulmans. Enfin, et sans être complet, on doit citer *The Hindu Widows Marriage Act* de 1856 qui a autorisé le remariage des veuves auparavant interdit par la coutume. Lors de l'adoption de la Constitution indienne en 1949 s'est posée au nouvel État indépendant, ouvertement démocratique et favorable aux droits fondamentaux, la question du maintien de la diversité des statuts personnels. Devant l'assemblée constituante, le 2 décembre 1948, le docteur Ambedkar prit position en faveur de la promotion d'un Code civil commun à l'ensemble des populations²⁶.

L'article 44 de la Constitution indienne, qui appartient à la partie intitulée *Directive principles of state policy*, qui dispose que : « L'État fera son possible pour mettre en place au profit des citoyens un Code civil uniforme à travers l'ensemble du territoire de l'Inde ». Il s'agit-là notamment de la contribution du droit à l'unité et l'intégration nationales indiennes. Près de soixante ans après l'entrée en vigueur de la Constitution

²⁶ Voir Christophe Jaffrelot, *Dr. Ambedkar. Leader intouchable et père de la Constitution indienne*, Paris, Presses de Sciences Po, 2000, 256 p. « Je souhaite montrer que l'État indien désire, dans le domaine du statut personnel, obtenir le droit de légiférer. Il n'y a pas d'obligation faite à l'État de ne pas légiférer en matière de statuts personnels. Il s'agit simplement d'un pouvoir qui lui est donné. Cela ne signifie pas que, l'État acquérant ce pouvoir, il l'exercerait immédiatement pour faire entrer en vigueur une loi qui s'appliquerait aux Musulmans, aux Chrétiens ou à toute autre communauté de l'Inde. » Il fit aussi valoir que : « nous devons tous avoir en mémoire, y compris les membres de la communauté musulmane qui sont intervenus sur ce sujet, que la souveraineté est toujours limitée, même si l'avis contraire est exprimé, car la souveraineté doit réconcilier le pouvoir de l'État avec les souhaits et les sentiments des différentes communautés ».

indienne, l'adoption d'un Code civil uniforme à travers l'Inde reste en suspens. Toutes les tentatives se sont soldées par un échec : pour des raisons politiques et pragmatiques, les différentes communautés ne sont jamais parvenues à un consensus sur le sujet²⁷.

L'internationalisation de la question pourrait-elle précipiter la marche vers un Code civil uniforme ? Partie à la Convention des Nations unies relative à l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes, l'Inde a émis une « déclaration », à vocation conditionnelle²⁸, à l'égard des articles 5 (a) et 16 § 1 de la Convention. Ces deux dispositions concernent respectivement la prise de mesures appropriées pour éliminer les pratiques coutumières et l'égalité entre homme et femme dans le mariage et les rapports familiaux. L'État indien conditionne le respect de ces clauses à sa politique de non-ingérence dans le statut personnel, non-ingérence qui ne peut être levée que si la communauté concernée en prend l'initiative et soit consentante.

Même si tel n'est absolument pas le propos d'Antoine Leca, car il exalte la vertu de la différence, la démarche portée par cet ouvrage questionne les limites de l'intégration républicaine, voire son incapacité à produire une inclusion sociale réelle. Francis Fukuyama évoque, dans son dernier ouvrage, la montée en puissance des revendications minoritaires dont la force peut menacer, peut-être rompre, le lien démocratique au 21^e siècle²⁹. Certains s'en offusqueront, au nom de la nation, alors qu'autres se réjouiront de ce que les contradictions de l'Occident soient enfin portées à la lumière. Ce débat doit aussi avoir lieu pour dénoncer les intégrismes, tous les intégrismes, toutes les atteintes à la dignité. Ainsi la tension entre liberté et égalité est-elle rendue plus complexe par l'ajout de la valeur de dignité, qui oblige à penser l'autre en termes de droit mais aussi en termes de tolérance. Un évident recul pour les uns, une avancée encore timide pour les autres. L'hégémonie économique de l'Occident s'étiole, il en résulte que son hégémonie culturelle va diminuer et, peut-être, disparaître. La relation que pose ce précis entre droit républicain et coutume est l'occasion de réfléchir à de nouvelles formes de contrat social, plurielles et variées, où l'hégémonie occidentale s'efface. Evidemment, le juriste français est très mal à l'aise avec cette projection qui heurte de front l'idéal d'universalisme que porte le premier des textes républicains, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, de 1789. Les débats qui ont cours actuellement en

²⁷ Voir par ex. *National Convention on Uniform civil Code for all Indians*, New Delhi, Vigyan Bhawan, 1986, 377 p.

²⁸ Voir *Déclarations, réserves, objections et notifications de retrait de réserves relatives à la Convention relative à l'élimination de toute forme de discrimination à l'égard des femmes*, CEDAW/SP/2006/2, 12 avril 2006.

²⁹ Francis Fukuyama : « Le monde ouvert et démocratique est sous pression », *Le Monde Idées*, 14 juin 2018.

France sur la laïcité à la française témoignent de la pluralité de la notion. Non seulement, la laïcité ne convainc plus autant, mais surtout les expressions multiples dont elle est porteuse sont tout autant légitimes. On se souvient des propos de Léopold Senghor, dont la force ne peut que résonner en Nouvelle-Calédonie : « *La laïcité n'est ni athéisme, ni propagande anti-religieuse. La religion est un aspect essentiel de la culture car elle représente l'effort le plus noble de socialisation et de totalisation pour lier l'homme à l'univers* ».

Antoine Leca sait la nécessité de ce débat qu'il aborde en conclusion. Il réfute toute prédilection d'intégrisme kanak, fondée sur l'éviction du droit français à la seule fin de laisser vivre et s'épanouir la coutume. Mais il fait confiance et renvoie à la capacité de la mentalité kanak, déjà plurielle, mâtinée de références multiples, républicaines, religieuses et identitaires, de construire un droit civil coutumier kanak, diversifié et représentatif. Tolérance, addition et choix, plutôt que confrontation, soustraction, discrimination et conflit. L'explication aura, peut-être, le défaut de sa rapidité. Elle recèle une sagesse : s'il ne s'agit pas d'ignorer les difficultés qui peuvent résulter d'une cohabitation de deux systèmes de droit si différents, il ne faut pas, non plus, exacerber les oppositions. Favoriser l'affirmation franche et sincère des identités, tout en laissant la porte ouverte au dialogue, afin de vivre ensemble et de façon pacifique, semble loin d'être négligeable. Après tout, ne convient-il pas de faire confiance aux responsabilités qui reposent sur les législateurs et les juges, au regard de cette cohabitation juridique, dans la conduite du destin commun ?

Le débat sur la conflictualité des valeurs a de multiples expressions en droit international des droits de l'homme. Si en 1948, la Déclaration universelle s'est inscrite dans une vision unitaire des droits, bien qu'elle ait été l'objet de critiques d'ordre politique comme en attestent les débats³⁰, où la dénonciation de la vision libérale de l'individu ne convainquait pas, cette unité formelle a connu de multiples remises en cause. La première remonte à 1966 lorsque les États font le choix de dissocier deux catégories de droits, civils et politiques, d'une part, et économiques, sociaux et culturels, d'autre part, autorisant des stratégies étatiques de sélection, donc de mise en cause de l'unité primordiale. Le fait que la DUDH n'ait jamais été, en tant que telle transformée en un traité, montrait déjà les limites d'un exercice unitaire.

Une autre pierre à la diversité a été ajoutée en 1981, par l'adoption d'une charte africaine des droits de l'homme et des peuples. Non seulement,

³⁰ Voir les interventions du délégué de l'URSS, Vychinski, sur la double exigence de déclarer les droits dans le respect de l'indépendance politique et de la souveraineté nationale et de mettre en œuvre : 183^{ème} séance plénière, 10 décembre 1948.

le sujet de droit individuel n'a pas été l'unique centralité du texte, en raison de son insertion dans le peuple, qui l'englobe, mais encore, des devoirs corrélatifs aux droits ont été ajoutés. Un texte finalement très équilibré puisque les peuples et les individus partagent droits et devoirs. L'approfondissement du droit international s'est aussi réalisé par une nouvelle tension : entre situationnisme et universalisme. Avec des sujets nouveaux, tels la femme (Convention de 1979), l'enfant (1989), les travailleurs migrants et les membres de leurs famille (1990), les personnes handicapés (2006), le droit international s'est à la fois consolidé et diversifié.

La question autochtone n'échappe pas, elle non plus, à la mutation qui a affecté le droit international des droits de l'homme. La tension entre droits collectifs et droits individuels³¹, par essence si éloignée du texte primordial de 1948, n'a pas empêché l'adoption en 2007 de la Déclaration sur les droits des peuples autochtones. Non seulement, il faut y voir l'idée que l'ambition unitaire universelle n'a pas emporté une totale adhésion, au sens où le droit international des droits de l'homme est divers, à l'image de l'humanité, mais aussi qu'il y a avec cette déclaration un profond adjuvant pour justifier l'existence d'un droit civil coutumier kanak.

Qu'est-ce que le droit civil coutumier kanak ?, interrogeons-nous initialement. L'ouvrage d'Antoine Leca permet d'y répondre. Il est une invention liée à la colonisation et à la décolonisation. Il demeure une œuvre occidentale, qui trouve des éléments de justification dans les coutumes mais qui s'en éloigne grandement, car les expressions d'interventionnisme restent présentes. Tel est le cas, notamment, de la *summa divisio* entre statut civil coutumier kanak reconnu et statut pénal coutumier kanak non reconnu. Pour ces raisons, l'entreprise de renaissance kanak que nous évoquions en commençant reste timorée. La lecture de Kant en kanaky continue de s'imposer³².

³¹ Notre contribution : « Minorités et peuples autochtones : des droits individuels aux droits collectifs », in *Résistance et résilience des pactes internationaux de l'Homme à l'épreuve d'une société internationale post-moderne*, S. Grosbon dir., CEDIN et CREDOF, Paris, Pedone, 2018, pp. 46-54.

³² Notre contribution : « L'auto-détermination kanak devrait-elle relire Kant ? » in *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, vol. 31, 2018, pp. 124-125.

**Pardon et reconnaissance dans l'histoire
en Nouvelle-Calédonie :
une dialectique nécessaire à la paix
en territoire colonisé ?**

Par Sybille Poaouteta¹

INTRODUCTION

De l'opposition étudiante à l'alignement d'enseignants

Lorsque je n'étais qu'une humble étudiante en deuxième année de droit à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, j'ai eu le privilège d'assister aux cours de Monsieur Agniel.

Il s'agissait d'un cours sur les régimes politiques dans le Pacifique insulaire. À l'occasion d'une des séances nous avons eu un échange avec le reste de la classe sur un sujet dont le détail exact m'a échappé depuis. Cependant, je me souviens très clairement que je n'étais pas d'accord avec son approche du pardon. Selon lui, s'il fallait s'excuser depuis les croisades nous n'étions pas sortis de l'auberge dans les relations entre les États, et à l'endroit des peuples concernés. Et ça ne faisait pas progresser les relations pour autant.

Pour ma part j'affirmais à l'époque que le pardon, sa symbolique et la reconnaissance étaient indispensables. A ce moment-là bien sûr, cette approche, cette opinion tenait beaucoup de la conviction et du ressenti que j'avais en tant que Kanak, Calédonienne et citoyenne d'un territoire en construction agité par une histoire immédiate de colonisation et des tensions encore bien présente.

Avec le recul, huit ans plus tard, ce qu'a vraisemblablement voulu dire Monsieur Agniel me semble plus claire. Ce n'est qu'une supposition, et je n'aurais pas le privilège de pouvoir échanger de nouveau sur le sujet. Cependant, je pense qu'il souhaitait insister sur le fait que le pardon et la reconnaissance ne devaient être que des étapes. Des étapes qui entraient

¹ Avertissements :

Je ne suis pas sociologue, je n'ai aucune qualification en la matière, aussi les références sociologiques que je peux utiliser, et au-delà les analyses que je porte sont tout à fait personnelles et ne sauraient et ne sont pas livrées à visés de référence.

N'ayant jamais contribué à un Mélange en mémoire de qui que ce soit, cette contribution est telle que j'estime devoir la faire en l'honneur de Monsieur Agniel, c'est-à-dire de manière personnelle. Aussi les propos qui suivent ne sauraient être pris comme ayant une valeur scientifique.

Ces deux avertissements n'excluent pas la pertinence de ce qui est écrit dans le contexte et dans l'optique constante du respect immense que je porte à Monsieur Agniel, à son intellect (dont je n'aurais pas eu l'occasion d'ailleurs d'éprouver les limites), au sens large (relationnel également j'entends) hors du commun.

dans l'histoire comme telles et qui ne devaient pas constituer le socle d'une société mais son patrimoine. A défaut de quoi, la société est le théâtre permanent de relations entre bourreaux et victimes, nourries de culpabilité, de colère, d'incompréhension et d'inertie. Et Monsieur Agniel savait que c'est trop souvent ce qui se passe, et ce qui se mettait en place en Nouvelle-Calédonie.

Cette anecdote est restée gravée, ancrée je dirai même. Et le sujet, ou disons l'affirmation que j'ai pu avoir alors étudiante est revenue régulièrement. Et sa pertinence est manifestement encore d'actualité en Nouvelle-Calédonie et dans le monde.

Le pathos ? Non. Une réflexion lucide et une volonté de construire sur des fondations solides

D'emblée il est important de préciser qu'il ne s'agit pas de tomber lâchement dans un pathos inutile et tellement peu à la hauteur de ce à quoi Monsieur Agniel a toujours aspiré pour la Nouvelle-Calédonie et son peuple.

Un texte a déjà reconnu les ombres et les lumières de la colonisation, il s'agit désormais d'ouvrir de nouvelles portes et de laisser les lumières et les ombres à ce qu'elles doivent être, un épisode fondamental, commun, explorée, connu et assaini de notre histoire.

Il s'agit en écrivant sur le pardon et la reconnaissance dans l'histoire de réaliser le passage, que nous peinons à faire, entre le pathos historique nécessaire à l'apaisement des cœurs et des esprits, à la reconnaissance constructive juridiquement actée et inscrite dans la recherche d'un modèle de société pacifique² et apaisée, dénuée des rancœurs de l'histoire mais néanmoins lucide sur les positions de chacun, et ce qu'on peut appeler des séquelles sociologique et sociétales. Un processus qui doit permettre d'adapter/ d'ajuster les modes de gestion de notre cité dans sa globalité, la Nouvelle-Calédonie.

La question qui se pose souvent est de savoir jusqu'à quel point nous devons ajuster et adapter. Sans tomber dans le déni, comment ne pas tomber dans la démagogie et la victimisation par ailleurs.

Comment s'assurer que la prise en compte de l'histoire et le pardon qui l'accompagne ne réouvrent pas les plaies et ne les laissent pas à nues ?

² Un clin d'œil ici au jeu de mot qui veut que les sociétés dans le Pacifique doivent peut-être chercher des modèles différents de construction. L'inspiration du monde occidental est indéniable mais il est possible de penser des modèles différents, et pas que pour le Pacifique géographique.

Définir ce qu'est le pardon dans le contexte particulier de la décolonisation pour identifier de quoi il est question

Monsieur Agniel ne nous a jamais parlé méthodologie. Pour lui, le fait même de comprendre, de l'écouter devaient nous permettre de nous exprimer clairement et de faire passer nos idées, à condition bien sûr que nous soyons dotés d'un cerveau³.

Pour commencer, nous allons pourtant réaliser un exercice de définition des éléments relatifs à notre réflexion pour la mener de manière plus fluide et directe.

À noter que la réflexion proposée est volontairement orientée, elle est le résultat de mes expériences, mon histoire, mes recherches et mes analyses.

Oui Monsieur Agniel les femmes pensent (Mention spéciale à cet homme qui savait la place difficile, sociologiquement et culturellement, de la femme, que ce soit chez les Kanak, les Caldoches, les Vietnamiens, les Métros et dans le monde de façon générale, une place faite de tradition, d'histoire et de préjugés et souvent limitée à un rôle défini et unique. Il n'a jamais eu de cesse de nous pousser, nous les femmes tout particulièrement à aller au-delà de ces carcans).

Définition n° 1 : Le contrat social pour penser la construction de la société en toute connaissance des causes et des effets

En premier lieu, la question du pardon et de la reconnaissance pose ou rappelle la notion de contrat social.

Jadis, sur les bancs du lycée, nous avons approché de très très loin deux conceptions du contrat social :

- Le contrat social selon Hobbes fondé sur la peur d'abord. Le philosophe explique que les hommes à l'état de nature vivent dans la peur permanente d'être éliminé par leurs semblables. Un état de nature violent donc. Et les hommes pour apprivoiser cette peur, la réduire à l'impuissance, acceptent d'abandonner une partie de leur pouvoir (certains diront leur libre arbitre) au profit d'une autorité supérieure, le *Leviathan*. Ce dernier est largement une métaphore de l'État et a le pouvoir d'assurer la sécurité de tous par le biais du monopole de l'utilisation des moyens de coercition légaux (c'est-à-dire l'utilisation de la violence).

³ Sur ce point d'ailleurs, il ne s'est jamais embarrassé des conventions relatives à l'intelligence et à l'incapacité de certains de faire fonctionner le cerveau au niveau minimal requis pour la compréhension d'un nombre significatif de concepts, d'idées ou tout simplement de faits.

- Rousseau pour sa part considère que les Hommes à l'état de nature vivent en paix et décident spontanément, parce qu'ils sont animés d'une volonté de vivre ensemble, de se constituer en société.

On peut appliquer ces deux modèles à la Nouvelle-Calédonie. Le postulat est alors celui d'un état social primitif (au sens ethnologique, c'est-à-dire tribal) organisé. L'arrivée d'éléments allogènes, les colons, a créé un déséquilibre dans cette organisation. Ces éléments étrangers ont eu la capacité rapidement de faire preuve d'un système organisé différent et suffisamment puissant pour réduire l'état social primitif au rang d'archaïsme, vouée à la disparition, ou du moins à ce qu'il soit vidé de son sens.

Le contrat social qui s'établit alors est un contrat fondé sur la peur, déséquilibré de fait. La possession de moyens de coercition supérieurs des populations d'allogènes, et la volonté de mettre en place un modèle de société et d'organisation en opposition avec le système en place mène à une désorganisation des microsociétés tribales qui s'étaient établies⁴. S'ensuit un redécoupage géographique avec la création de réserves et une hiérarchisation des rapports au détriment du peuple premier.

D'une certaine façon on peut approcher ce « contrat » social comme un contrat doublement fondé sur la peur, c'est dire de la part de chacun des groupes en présence initialement.

Il est important de souligner que c'est une forme de contrat social qui s'observe dans toutes les situations de colonisation du monde à l'époque où celle-ci est une pratique courante, normale, stratégique, commune et légale des États. Il est important donc de garder en permanence en tête que le référentiel de l'époque est fondamentalement différent de celui qui prend place après la Seconde Guerre Mondiale, et même actuellement.

Par la suite l'Accord de Nouméa, la Loi Organique et bien avant les résolutions 2625, 1514 ou 1441 de l'Organisation des Nations Unies (ONU) dessinent à l'inverse un contrat social (du moins aspirent à ce qu'il soit ainsi) qui serait fondé sur une conception rousseauiste cette fois.

La notion de « destin commun » est la manifestation formalisée de parvenir à une société fondée sur la recherche du bien-être de tous et, dans la mise en œuvre et le maintien d'un « vivre ensemble » (expression consacrée d'Ernest Renan) pacifié.

⁴ L'opposition exprimée ici n'est pas véritablement analysé car ce n'est pas le propos en l'espèce, nous souhaitons que la réflexion demeure le plus fluide possible. Cependant il est évident que les dans les faits, académiquement serait réducteur.

Cette notion souvent évoquée, mentionnée, répétée et réutilisée (à outrance parfois même) de « destin commun intervient dans une configuration nouvelle du droit international des peuples.

Ce sont donc deux approches du contrat social qui prennent place linéairement dans le temps, l'une après l'autre.

En réalité la succession n'est pas tranchée, elle est souhaitée, et des outils et des politiques de transition ont été élaborées et mis en œuvre.

Définition n° 2 : Le paternalisme ou comment « nier » la relation d'égalité et les bienfaits du pardon et de la reconnaissance

Très souvent, dans un contexte comme celui de la Nouvelle-Calédonie, vous entendrez des commentaires tels que « *c'était bien avant* », « *on s'entendait tous* ». Ceci c'est ce qu'on appelle du passéisme ou le mythe du retour en arrière.

Plus récemment, on peut lire (sur Facebook notamment) ou entendre « *regardez ils ont bénéficié de l'éducation nationale* » (entendez par là, les Kanak ont eu le privilège de bénéficier de l'éducation nationale, ils doivent dire merci), ou encore « *ils sont bien contents avec l'argent des blancs* ».

Et que dire lorsque des phrases similaires sont entendus de la part des Kanak ? « *C'est la faute des blancs* », « *Ils nous le doivent bien* », « *c'est parce qu'il est blanc* » (entendez par là, si un individu réussi à l'école ou dans son travail, économiquement).

Ces petites phrases... c'est un euphémisme d'écrire qu'elles sont insupportables. Elles sont inadmissibles, elles traduisent de la haine, du refus, du rejet.

Ces mots décrivent une réalité perçue ou véritable. Et changer ces perceptions et ces réalités est une tâche titanesque.

En effet l'humain n'est pas programmable et dé-programmable, et la donnée temps est indissociable de tout processus global de transition. Donnée qui d'ailleurs, dans le cas de la Nouvelle-Calédonie date de moins de 50 ans, soit tout juste 1h ou quelques heures à l'échelle des mentalités et des conditionnements historiques, culturels et familiaux.

Et en attendant deux contrats sociaux cohabitent. L'un fondé sur la peur, l'ignorance et le postulat d'une inégalité irréductible, l'ethnie. L'autre fondé sur la recherche d'une identité commune, un destin commun et le postulat de l'absolue nécessité de ce contrat comme rempart à la violence et comme point de départ de la construction d'une société pacifiée. Ces deux contrats sociaux qui installent et produisent des dynamiques et des schémas

relationnels, sociaux et sociétaux tronqués se font face. Une cohabitation qui a un double effet, celui de produire des incompréhensions tout autant que des pistes de compréhension, et dans le même temps, la mise en miroir de ces deux contrats mène à une forme de confusion dans la société.

Pourtant, ambitieux, les décideurs et les figures dirigeantes du début des années 1990, calédoniennes et françaises ont eu la volonté de ne plus atteindre les extrêmes de violence et de mort atteints au début des années 1984⁵.

Ainsi, les décideurs politiques, qui doivent aussi être les gestionnaires de la cité et de ses hommes (c'est important de la préciser pour eux comme pour nous, étymologiquement la politique renvoie à tout ce qui a trait à la gestion de la *polis*, la cité), ont adopté un rôle de réduction des divergences et de cohésion.

La question est donc de savoir quel rôle le pardon et la reconnaissance ont à jouer dans la réduction des divergences ?

Plus exactement, il s'agit, avec quelques 8 ans de plus de maturité de répondre à Monsieur Agniel, et à moi-même forcément, sur la place du pardon et de la reconnaissance dans la construction d'une société une et indivisible riche de ses différences et de son histoire, pour reprendre des termes consacrés de l'étude de l'histoire constitutionnelle française, histoire que nous ne devons pas rejeter⁶.

Pour répondre à ce questionnement, nous aborderons successivement trois aspects.

Les mécanismes de réduction des divergences mis en place au cours des années et leurs effets.

Ensuite nous analyserons sous l'angle sociologique plus en profondeur la signification des notions de pardon, de reconnaissance et

⁵ Une période qui demeure pour les jeunes générations, obscure, taboue. Certains, audacieux, ou réalistes, la qualifie de « guerre civile ». D'autres plus prudents la qualifie d'« événements ».

⁶ Aparté tout à fait personnel sur ce point, être parti de l'histoire d'un État colonisateur en tant qu'ancienne colonie n'est pas une honte, et reconnaître les effets de cette colonisation ne signifie pas en louer les bienfaits. Les Accords de Nouméa pudiquement, diplomatiquement soulignent les « ombres et les lumières » de la colonisation. Dans une idée similaire, il s'agit simplement de replacer la période de colonisation, et celle dans laquelle nous sommes actuellement dans son contexte et son référentiel, de manière objective, et de décrire les effets constatés. Certains pourront être qualifiés de positifs, les avancées technologiques, ou la place des femmes, ou négatifs, la perte de la culture et la perte des valeurs ancestrales.

Il n'en demeure pas moins que ce qui est passé, est passé, on ne peut revenir à une situation identique à celle précédant la colonisation et le processus de décolonisation. Ce sont des périodes révolues, et l'humain n'est pas une mécanique inerte que l'on peut monter et démonter. Les mentalités ne sont pas réversibles, et de même que pour certaines situations juridiques, le retour à l'état antérieur est impossible.

immanquablement de réconciliation. Nous en profiterons pour porter un regard curieux sur des situations de pardon et de reconnaissance ou de leur absence dans le monde.

Enfin, sans que cela mette un terme définitif à d'ultérieurs développements, nous confluons vers les effets que le pardon et la reconnaissance pourraient avoir en Nouvelle-Calédonie, les formes qu'ils pourraient prendre et les dérives, parfois déjà observables qui seraient susceptibles de se manifester.

I. DIVERGENCES ET MÉCANISMES DE RÉDUCTION : LA RECONNAISSANCE DU TRAVAIL ACCOMPLI PAR NOS ASCENDANTS ET POURSUIVIS PAR NOS PAIRS

S'il on doit faire un constat immédiat et sans analyse particulière ni poussée la réduction volontaire des inégalités a progressé. Mais le résultat est loin de ce qui est requis pour qu'une société pacifiée puisse prendre place.

À ce constat, ce *statement* comme nos amis anglosaxons le nomme, il faut nécessairement apporter des faits illustratifs⁷. Il faudrait en réalité des heures, des jours et des mois pour décortiquer les faits en question. Mais il s'agit de donner une idée de la nature de inégalités et la manière dont elles sont traitées.

Pour anecdote, à l'époque du lycée, une bagarre avait eu lieu au Lycée Jules Garnier. Les media, les radios en particulier, avait relaté les faits en indiquant qu'il s'agissait d'une bagarre entre Kanak et Wallisiens. Talentueux est l'observateur qui aurait été capable ce jour-là de distinguer avec une justesse absolue qui était Kanak, Wallisien ou qui s'identifiait à un camp ou un autre. Des considérations ethniques sont certainement entrées en ligne de compte pour certains, une majorité peut-être. Mais en l'absence de plus de détails, c'est une utilisation abusive, et un manque d'intégrité des media que de réduire la bagarre en question à un conflit ethnique.

Il s'agissait en premier lieu d'une bagarre dans un lycée symptomatique d'une ambiance tendue dans laquelle le lieu d'enseignement peine à jouer son rôle d'homogénéisation de la société. Et cette conséquence, ce fait, est inquiétant, le proverbe populaire le dit « Ouvrez des écoles, vous fermerez des prisons ». Ma mère n'a cessé de marteler ce proverbe en tant que formatrice, et en grandissant j'ai compris que la pire ignominie n'est pas de ne pas avoir, mais de ne pas savoir.

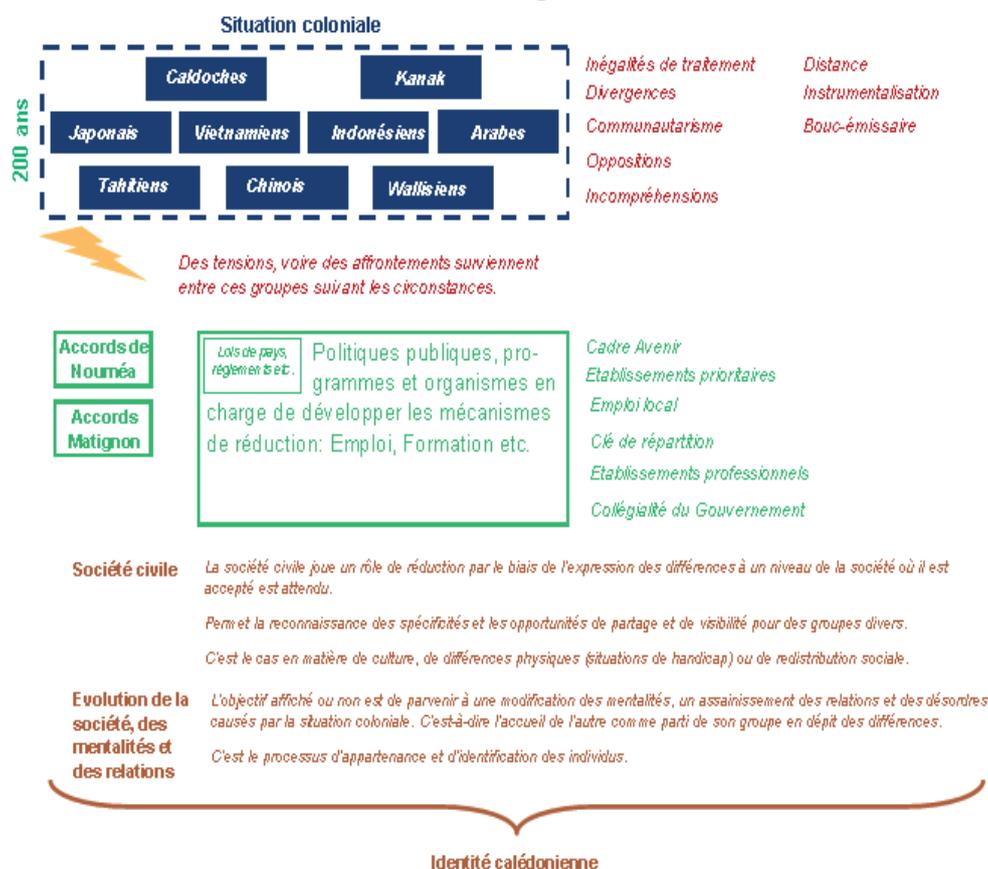
⁷ Ces faits ne sont bien sûr que ceux que j'ai pu en tant qu'individu avec toute sa subjectivité relever.

Ce traitement de l'information, le ressenti qui en découle d'un côté comme de l'autre, comme de tous les autres, n'est malheureusement pas isolé. Il se retrouve dans des faits similaires qui en viennent à ce que la plage de Magenta soit considérée comme la plage des Kanak, et des locaux, tandis que l'Anse-Vata est pour les « blancs » ou les métros. Que le Lycée Jules Garnier ou celui du Grand Nouméa soient des lycées de locaux, de calédoniens, de métisses, de gens du Nord, tandis que le Lycée Lapérouse est le lycée des blancs etc. les raccourcis de cette nature sont légions. Ils sont le résultat d'un étiquetage systématique des situations, des personnes, des lieux et des événements.

Pourtant, sorti de ce factuel quotidien, il faut pouvoir, objectivement, identifier les mécanismes de réduction. C'est-à-dire les mécanismes mis en place, en toute connaissance du contexte particulier de la Nouvelle-Calédonie, et visant à la construction d'une société pacifiée.

Le fait d'identifier et de rappeler les outils de réduction des divergences et des inégalités est important. La reconnaissance du travail accompli est importante. Si la critique est vitale dans une société, cette critique doit être constructive, c'est son rôle.

A. Quelle est la réalité des divergences en Nouvelle-Calédonie ?



Nous allons tenter l'expérience périlleuse de la caractérisation des différences et des inégalités telles qu'elles peuvent être observées actuellement en Nouvelle-Calédonie.

Ce n'est pas un exercice scientifique, ni sociologique. Ce n'est pas non plus une référence, seulement le résultat d'une observation et d'une expérience individuelle de vie de 28 ans en Nouvelle-Calédonie.

Quelles sont donc ces différences et ces divergences :

- Les différences sont ethniques. L'histoire du peuplement dans le Pacifique fait des Kanaks le peuple premier. Cependant se sont ajoutés au cours de l'histoire et des vagues de migrations volontaires ou forcées (pénitentiaires, missionnaires etc.) des Indonésiens, les Chinois des Arabes, des Vietnamiens, des Japonais, des Wallisiens, des Futuniens, des Tahitiens, et plus récemment des Métropolitains. J'en oublie certainement et je prie ces derniers de m'excuser et de ne pas douter de ma prise en considération bien plus large que cette seule liste.
- En plus de ces différences ethniques une différence est faite au sein même des groupes ethniques ci-dessus cités. Ainsi au sein des Kanak, ces derniers se distinguent entre Kanak de la Grande-Terre, et ceux des Iles Loyautés. Puis ceux du Nord et ceux du Sud, ceux de la Côte Est et ceux de la Côte Ouest.

Au sein des Caldoches, une différence se fait, du moins je suppose, entre Caldoches issus de la colonisation pénitentiaire, autrement dit les bagnards, et les colons de peuplement, les colons Feillets, et en plus de cela une distinction se fait entre Caldoche du Nord et ceux du Sud, ceux de la Côte Est et ceux de la Côte Ouest.

Au sein de ces groupes s'ajoutent d'autres distinctions qui rappellent les distinctions de classe. Ainsi des Kanak chez lesquels une hiérarchie existe en fonction des familles, ou les Caldoches selon qu'ils soient parties des grandes familles terriennes ou non. Et on retrouve ces distinctions également au sein des Wallisiens ou des Futuniens.

- La caractérisation des différences/divergences ci-dessus est encore bien plus complexe. En effet il s'agit de l'**individualité**. Chaque individu est différent de son voisin de fait, génétiquement, et chaque individu a une approche, une perception qui lui est propre.

En réalité chaque individu va se caractériser par son milieu géographique de vie, sa famille, son éducation, son expérience de vie, scolaire et professionnelle etc. Autant d'éléments qui vont caractériser l'individualité de chacun et en faire un être très distinct de son voisin.

Microcosme – Bien que les individus soient très distincts les uns des autres, il n'en demeure pas moins qu'ils se regroupent par degré de similarité. C'est normal. A priori un individu censé va chercher une assonance entre son environnement et son individualité. Il va chercher, en tant qu'animal social, à s'intégrer à un groupe. On peut qualifier cette tendance de **besoin d'appartenance** (sujet qui en lui-même mériterait d'être développé). Et je suis sûre que des auteurs ont déjà eu le loisir de disserter sur la question d'ailleurs.

Les regroupements créent au sein de la population calédonienne des **microcosmes**. Très souvent, dans les media, et de la part des personnalités publiques (même les mieux intentionnées) on entend alors le terme de **communauté**.

Communautés – Ce concept est insupportable à bien des égards car sa signification est celle d'une division systématique des individus sur des critères définis par d'autres et souvent figés depuis très, trop, longtemps.

De même qu'il existe une communauté de l'anneau il existe une communauté des humains mais pas des communautés des humains.

Est-ce nier les différences que de rejeter le concept de communautés ?

Non. C'est conserver les différences là où elles doivent être, des déterminants des individus et de leurs relations aux autres individus, mais pas un déterminant des dynamiques qui animent une société au sens de *polis*. Les différences doivent être des parties de chaque individu mais pas un identifiant de groupe.

Est-ce utopique ? Non mais presque. C'est difficile. La difficulté réside dans le fait que la société doit être capable, comme un tout, de proposer un modèle attrayant, engageant et d'identification inconditionnelle de chaque individu à cette société.

Dans le même temps il doit y avoir un nombre conséquent d'individus au sein de la société capable dans un premier temps de porter le concept d'« un » indivisible. Et ces individus doivent avoir des profils forts, charismatiques, convaincants et de convictions.

L'expression « riche de ses différences » trouve alors tout son sens. C'est-à-dire que les différences ne sont plus des occasions ou des prétextes à division. Elles sont une opportunité d'échanges et de découverte.

Et le poids de l'histoire (je n'invente pas ce concept) constitue un obstacle à cette conception de la différence. Comment faire pour percevoir le « différent » comme une richesse quand le sentiment est celui d'une injustice, d'une inéquité ou une inégalité.

Que l'on parle de communautés ou de microcosmes, l'identité dans ces configurations est limitée à un groupe. Et l'incapacité de la *polis* à proposer un modèle de société commun qui permettent à toutes et à tous de s'identifier explique que les microcosmes aient un pouvoir d'identification supérieure.

Le défi est donc bien d'être capable de proposer un modèle composé de valeurs, de principes et d'une identité capable de transcender les groupes.

C'est ce qui est tenté au travers de projets comme la Charte de Valeur Kanak ou même l'idée d'un drapeau commun (bien que cela reste un visuel) visant à rassembler dans un document, qui se veut de référence et fondamental, ce que sont les valeurs communes.

Mais souvent l'œuvre échoue à se transporter hors de l'organisme qui y a donné naissance. Les raisons sont nombreuses.

Une de ces raisons semble être le gouffre qui existe entre ce qui est souhaité et ce qui est vécu. Et c'est, selon moi, une des raisons des échecs accusés jusqu'ici. Et le pas à franchir pour construire un pont au-dessus de ce gouffre inclue le « pardon », la reconnaissance.

Cet écart entre le vécu et ce qui est souhaité est normal. Sur le principe de niveler par le haut, il s'agit de poser ce qui serait le meilleur, le mieux pour permettre à une majorité de visualiser et de redessiner son environnement par le biais de petits comportements, de petites avancées, d'anecdotes de vie qui deviendraient la norme.

Une autre problématique se pose. Une fois les valeurs identifiées, les principes posés et une identité commune définie pour tous, **il faut pouvoir faire vivre ces concepts, ces principes etc.** À défaut de quoi, comme c'est souvent le cas actuellement, l'idéologie pacifiste, inclusive et aimante reste à l'état de projet de société. Concrètement il faut un passage à la réalité.

Or, difficile de faire vivre des concepts, ou des idéaux quand la réalité perçue est celle d'inégalités et que certains éléments portent à croire qu'il y a effectivement des écarts véritables et reconnus comme tels.

- Le ressenti est certainement l'aspect le plus délicat à aborder dans la réflexion qui nous concerne sur les inégalités et la place du pardon dans la réduction de ces inégalités.

Sur ce point, et à ce stade de la réflexion, il faut se rappeler que chacun est unique, de même que son référentiel. Les perceptions, les sentiments, les émotions, le sens et la signification des événements sont **par nature subjectifs, variables, différents d'un individu à l'autre.** Le tout est donc de proposer à chaque individu une panoplie d'explications, d'images, de

symboliques, d'outils qui lui permettent d'apprécier les situations, sa vie, ses expériences à la lumière de cette subjectivité assumée, su et appréhendée avec humilité et amour pour son prochain. Il s'agit de permettre à chacun de faire ses choix d'être, de vie et de partage **en connaissance de toutes les causes**⁸, avec honnêteté intellectuelle, acceptation émotionnelle et dans une projection supérieure à celle de sa propre intégrité.

- Et au-delà des perceptions, les statistiques parlent. Elles démontrent encore un niveau significatif d'inégalités entre les Kanak et les non Kanak. Ainsi les bacheliers et les titulaires d'un diplôme d'étude supérieur sont 1/3 à 2/3 inférieurs en nombre par rapport aux non Kanak (et proportionnellement à la population Kanak recensées).

- D'expérience personnelle et d'échanges il apparaît souvent difficile de ne pas s'enfoncer dans une paranoïa nocive (d'où l'idée de ressenti). Les inégalités se vivent quotidiennement. Les chiffres précédemment rappelés appuient une partie de ces inégalités. Ainsi du Lycée Lapérouse longtemps appelé Lycée des blancs, et le Lycée Jules Garnier ou le Lycée Grand Nouméa par la suite le lycée des « autres ». Dans la même veine, les filières professionnelles de l'enseignement où les effectifs sont en grande majorité « colorés » s'ils ont veu rester général, pour ne pas dire Kanak, Wallisiens et « indéterminés ». Les bus Karuïa, les transports en commun, sont plus souvent fréquentés par les Kanaks et les métropolitains fraîchement débarqués (à leur décharge pour une fois, les bus sont pour eux un moyen comme un autre de se véhiculer). J'ai connu des personnes, sans grands moyens financiers par ailleurs, des « blancs » de Nouvelle-Calédonie, des caldoches qui sans le verbaliser ouvertement estimaient que les bus Karuïa, ce n'était pas pour leurs enfants. Comprenez c'est pour les Kanak.

Au-delà des clichés, il ne faut pas nier l'évolution, elle se constate quotidiennement, elle aussi. La fréquentation de la plage de Magenta comme celle de l'Anse-Vata s'est diversifiée.

Cependant les évolutions sont parfois lentes. Et les clichés constituent des symptômes des inégalités qui existent dans la société, qui se sont construits dans les mentalités, et ce sont ces mentalités qui désormais peinent à évoluer tandis que les faits prouvent petit à petit le contraire.

⁸ Sur ce point l'expression est volontairement légèrement modifiée. En effet aux mêmes causes les mêmes conséquences. Certains s'étonnent de la violence et de la délinquance, quand celles-ci sont pourtant les conséquences de la misère sociale. Misère issue en partie et accentuée par des effets de l'histoire coloniale récente. Une histoire qui dès le départ a donné perdant un camp au profit d'un autre. Vu de cette manière... nous venons en 4 lignes de faire la généalogie de toutes les misères dans le monde... seule la cause diffère souvent dans sa nature, son origine, son fondement. Mais très souvent on remarquera que la cause est d'une nature « rejetante », le rejet de la différence.

(D'ailleurs sur ce point je reste persuadée que l'arrivée d'une certaine catégorie de métropolitains, avec des mentalités clairement avancées sur la question, et suffisamment courageux pour ne pas s'enfermer dans une position de « borgne » au milieu des « aveugles », entendez les blancs privilégiés au milieu des indigènes défavorisés, est un facteur d'évolution).

- Les conséquences observables sont donc souvent des amplifications des conditionnements des inégalités, des différences et des différents.

Les inégalités donnent alors lieu au **rejet, à la méfiance, et le gouffre se creuse.**

Les groupes se consolident et s'éloignent et sont plus souvent capables de voir ce qui les différencie les uns des autres que ce qui les rapproche.

Et d'une certaine façon, en Nouvelle-Calédonie, dans nos modes de fonctionnement, nous sommes des peureux de la différence. Surtout que chacun reste dans son monde et les moutons seront bien gardés.

Adresser les causes et conséquences, elles-mêmes devenues causes **nécessitent d'accepter d'écrire et de dire que nous sommes tous xénophobes**⁹, l'autre est perçu comme dangereux, qu'il vienne de loin ou d'à côté, et que ce soit consciemment ou inconsciemment.

Cela nécessite également d'accepter que c'est un processus long, qui peut et prend en général des générations.

Et enfin c'est accepter qu'il n'existe pas de solution unique. C'est un mythe. Ni de solution miracle. Il existe des solutions nombreuses, quotidiennes ou ponctuelles et nous en sommes toutes et tous les porteurs.

Le pardon et la reconnaissance sont parmi les solutions dont nous sommes tous porteurs.

Pourquoi le pardon ? Parce que le pardon ce n'est pas juste dire « *je suis désolée de la blessure et de la souffrance que je t'ai infligée* ». C'est aussi dire, en principe, lorsque c'est sincère bien sûr « *j'espère que nous aurons l'opportunité de vivre ensemble la beauté de ce monde* ».

Pardoner ce n'est pas oublier, c'est d'accepter, pour soi, d'avancer sans un poids, celui de la colère, du ressentiment, de l'injustice etc. des sources qui s'autoalimentent et qui mènent à la maladie, au drame et à la division.

⁹ LEYENS Jacques-Philippe, *Sommes-nous tous racistes? Psychologie des racismes ordinaires*,

Le pardon c'est aussi reconnaître, reconnaître l'existence de l'autre et son intégrité. Une reconnaissance que nous recherchons souvent en tant qu'individu auprès de nos parents, de nos frères, de nos sœurs, notre famille, notre groupe de référence et plus tard auprès de nos supérieurs hiérarchiques¹⁰

Pourtant en écrivant ce qui précède je me rends compte de la difficulté de la tâche. Le pardon, qu'il soit dans les relations courantes ou qu'il soit à l'échelle d'une nation en devenir n'est ni évident, ni facile.

J'ai commencé à écrire sûre de ce que je souhaitais, voulais, pensais avoir raison d'écrire et pourtant, à l'instant, je crois que ma pensée se rapproche de ce que voulait dire Monsieur Agniel, du moins de ce que je pense il souhaitait nous transmettre comme message.

On ne peut pas refaire l'histoire, on ne peut pas demander aux colons britanniques de défaire ce qui a été fait aux indiens d'Amérique ou ailleurs, on ne pas demander aux arabes et aux européens de défaire ce qui a été fait de part et d'autre pendant les croisades. La liste risque d'être longue. On peut remonter ainsi jusqu'à l'Antiquité. Nous confirmons, refaire l'histoire est impossible. C'est tenter un exercice qui risque de ne jamais être complet, une tâche titanesque. Une tâche dont les acteurs, bourreaux, victimes parfois les deux sont partis depuis longtemps ou sont aux portes de la disparition physique de cette terre.

Pourtant me direz-vous dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, l'« histoire » est toute proche, elle date de 20 à 30 ans, elle est connue sur au moins 3 générations dans les familles même si cela tend à se diluer alors que nous avançons dans le temps.

Cette proximité de l'histoire rend le pardon plus pertinent a priori.

Dans ce cas est-ce à dire que la recherche du pardon et sa mise en œuvre est inutile, doit être abandonner ?

Non.

Ce qu'il faut abandonner c'est le concept d'un pardon au sens de retour à un statu quo ou avec la pensée d'une compensation. C'est vain, source de conflit, inutile pour le futur d'une société, d'un peuple et d'une population.

Les deux notions, statu quo et compensation sont vitales dans la compréhension de notre réflexion.

- La notion de statu quo intervient en matière de droit des contrats dans le cas de la nullité d'un contrat. Le juge procède alors à une annulation

¹⁰ De ce point de vue les réflexions sur la problématique, le transfert et la reproduction des schémas familiaux et historique sont très intéressants.

rétroactive du contrat et une remise en l'état des objets du contrat annulé. Des difficultés se posent lorsque le contrat a eu un début d'exécution. Dans ce cas, le juge, dans la mesure du possible prend les mesures nécessaires dans les limites du réalisables pour permettre aux parties de « récupérer » l'objet du contrat (notamment la partie « victime » dans les cas de vice).

Mais il est des situations où l'altération et le temps passé entre la conclusion du contrat et son annulation rendent le retour au statu quo difficile voire impossible.

- La seconde notion est celle de la compensation¹¹ ou en droit des contrats la question des dommages et intérêts.

La notion désigne le fait pour une partie à un contrat de subir un préjudice lié à la non-exécution ou la mauvaise exécution dudit contrat. Ce qui présuppose l'existence d'un contrat. C'est une coïncidence heureuse que de parler de contrat alors que nous avons évoqué plus haut le contrat social.

En l'occurrence, le préjudice doit être prouvé et c'est seulement à ce titre que des dommages et intérêts interviennent.

Dans le cas de la Nouvelle- Calédonie, le contrat n'a pas été conclu avec un consentement éclairé de la part des parties au départ (le peuple premier et les colons) et les intentions n'étaient par ailleurs pas louables au sens où on l'entend dans notre compréhension actuelle. Aussi, d'une certaine façon il y a eu vice de consentement, mais également caducité du contrat en raison de son objet (la colonisation).

Dans ces conditions, effectivement il devrait y avoir des dommages et des intérêts. Et une remise en l'état de la situation.

Concrètement ? Tous les « colons » partent et tous les Kanak reprennent leurs droits sur les terres et reviennent à un fonctionnement tribal.

Plausible ? Crédible ? Réalisable ? Souhaité ? NON !

Il est juste impensable que les descendants des colons, eux-mêmes familles désormais, métissés « repartent » (pour aller où d'ailleurs ? En Australie, ceux-là je les invite aimablement à le faire et à oublier la mère patrie française qui leur assure une couverture sociale en cas de maladie grave). Impensable pour les mêmes raisons de demander aux Kanak de se dissocier. La société calédonienne est sur ce plan, juridique, très dense, et entrelacée.

¹¹ La compensation en droit des contrats est quelque peu différente du sens qu'on lui donne dans la compréhension courante, il s'agit d'un mécanisme par lequel une dette et un crédit s'annulent lorsque leurs valeurs sont égales.

Est-ce que les Kanak, dans leur intégralité se voient revenir à un système ancestrale, tribal, traditionnel ? Non, je ne crois pas du moins (je ne vais pas m'avancer de trop même si je me doute d'emblée que le contenu de mon propos va susciter des réactions fort peu pacifique).

Et n'en parlons pas des wallisiens, des tahitiens, des vietnamiens, des indonésiens etc. Cela ferait beaucoup de monde à renvoyer « chez eux », parce que comprenons-nous bien, pour beaucoup désormais Kanak ou pas, notre chez nous, il est ici.

Une fois de plus... Jean-Marie Tjibaou l'a dit. Le retour à la tradition est un mythe.

Le retour à un statu quo antérieur est de même impossible ici. Le mouvement est la nature même, l'essence du genre humain.

Est-ce à dire que les dommages et intérêts ne sont pas dû ? Non.

Ils sont dû mais suivant le principe du Franc symbolique. Ce qui importe ce n'est pas ce qui est donné mais le fait même de le donner, et le plus important, avec la sincérité requise.

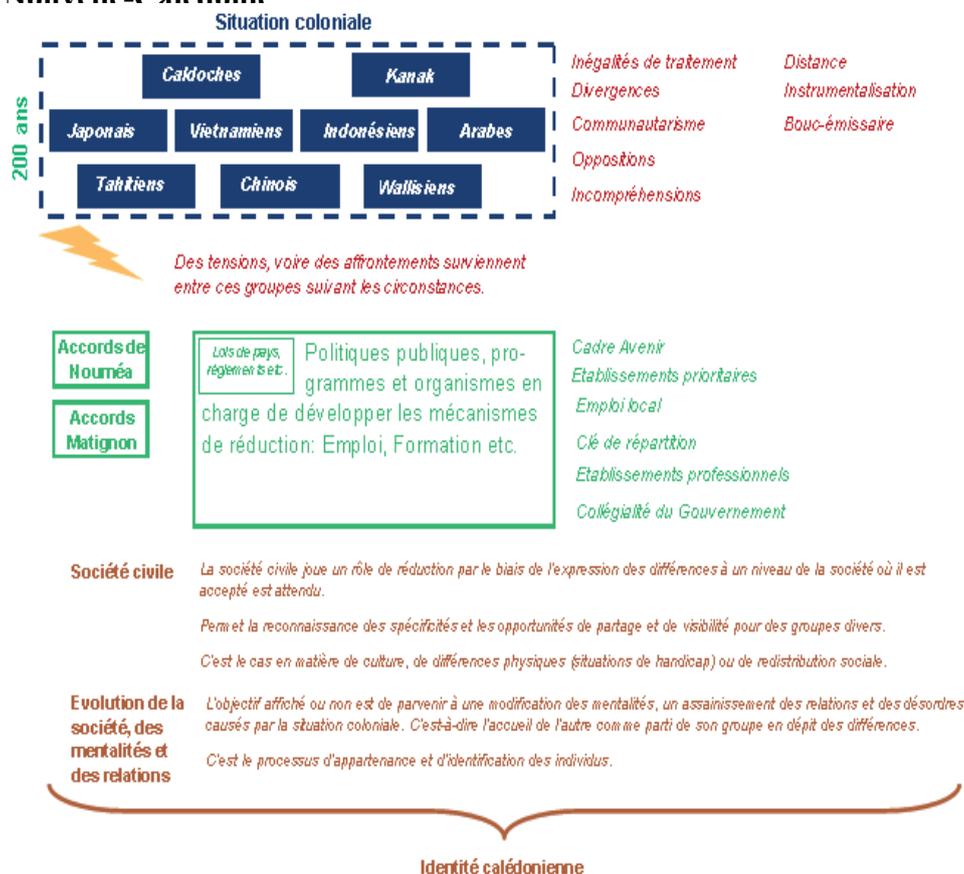
Une fois cette clarification faite. Il est plus aisé de conclure que ce n'est pas véritablement le pardon que l'on doit rechercher.

Il faut poursuivre, chercher à tous les instants et remettre à sa place tous les éléments constitutifs des causes et conséquences à l'origine des comportements, des perceptions, des situations. Des « faits » qui doivent être traités avec lucidité, courage et détachement. C'est un travail assidu mais nécessaire pour ouvrir et décrypter le bagages générationnels d'un territoire et permettre aux individus de se libérer de ce poids.

Le fait que les tensions subsistent, que les comportements et les groupes restent si distincts c'est largement parce que chacun en Calédonie se vit comme un groupe avant de se vivre comme un individu.

Pourtant des moyens ont été déployés pour réduire les fossés historiques issus de la colonisation. Déployés par les institutions ces moyens ne semblent cependant pas suffisants pour apaiser les tensions et rétablir des relations plus interactives entre les individus, et à défaut entre les groupes.

B. Les outils mis en place pour la réduction des divergences en Nouvelle-Calédonie



Dans le schéma ci-dessus l'ordre institutionnel poursuivi vise en principe à réduire les inégalités, donc l'ordre institutionnel idéalement adresse les causes, et non pas les conséquences.

Il est important de préciser cet aspect car le dysfonctionnement, ou le fonctionnement partiel des mécanismes de réduction s'explique souvent par le fait que ce sont les conséquences qui sont visées et non pas les causes.

S'attaquer aux Causes est bien plus difficile que de s'attaquer aux Conséquences, les résultats ne sont pas visibles d'emblée. Aussi la tâche paraît démesurée et les efforts investis toujours insuffisants considérant les résultats. Mais l'intérêt est bien de semer des graines, celles d'arbres sains, capables de grandir ensemble et de constituer une forêt homogène dans laquelle le plus petit grain de terre aura autant d'utilité que la dernière des feuilles de l'arbre le plus haut. (Métaphore volontaire d'une forêt autonome dans laquelle le gaz carbonique est recyclé par les arbres, les nutriments des plantes nourrissent la faune qui contribue à la prolifération de la flore. Un tout harmonieux).

- Cela suppose dans un premier temps d'affronter ou de regarder l'histoire de manière lucide et dépassionnée.
- De plus cela implique qu'une masse critique de la population soit partie du mouvement, de la démarche.
- Et cette étape doit nécessairement être encadrée pour éviter des « chasses aux sorcières », des règlements de compte, ou encore des blocages individuels, c'est-à-dire des individus réfractaires sans aucun motif verbalisé et qui peuvent devenir au sein d'une société des entraîneurs déclarés vers le chaos, ou des entraîneurs à retardement vers le chaos – Et ces individus auraient alors la capacité de remettre en cause durablement le processus de reconnaissance.
- Pourquoi toutes ces conditions ?
 - ✓ Nous visons un nombre important d'individus, une société
 - ✓ La problématique de la colonisation comme ailleurs provoque nécessairement un phénomène d'identification des individus et des groupes en victime et bourreaux des deux côtés.
 - ✓ Tout processus exige un minimum d'encadrement pour s'assurer d'aligner tous les individus sur ce qui est souhaité pour la société dans sa globalité en gardant à l'esprit qu'il ne s'agit pas d'uniformiser les individus et leurs spécificités (On ne cherche pas à créer des soldats nazis). Il s'agit de donner à toutes et à tous la possibilité de choisir en connaissance de toutes les causes, tous les facteurs influents, toutes les conséquences, et avec tous les outils intellectuels mis à disposition.

Une fois ces précisions apportées, qu'en est-il des mécanismes de réduction observables dans le schéma ?

Ils sont nombreux et nous aborderons un aspect qui me semble important et trop souvent laissé de côté, le rôle de la société¹².

À l'instant, nous allons décrire brièvement trois mécanismes seulement de réduction des inégalités:

¹² C'est paradoxal dans une société comme la Nouvelle-Calédonie, numériquement « petite » et insulaire par ailleurs, donc enfermée dans un espace restreint qui mène nécessairement à une proximité des individus. Sur ce point d'ailleurs l'exemple japonais est intéressant en ce sens que les codes de comportement ont été mis en place pour éviter les conflits sanglants dont la récurrence sur une île en autarcie risquait de mener à une extinction du groupe ou sa désorganisation totale, il y a eu quelque part un contrat hobbesien poussé à ses extrémités.

- **La collégialité du Gouvernement** – Adoptée afin de permettre de fait une représentation des Kanak dans un organisme exécutif, qui par définition, participe directement à la prise de décisions.

La collégialité est à la fois source de reconnaissance mais c'est aussi la volonté de réunir des individus différents et leur donner une même capacité de décision non pas pour un groupe mais pour la population dans son ensemble. C'est l'opportunité institutionnaliser de percevoir des besoins à l'échelle d'une société unifiée, plutôt qu'à l'échelle de groupes.

Et le plus important, pour lier des groupes qui se considèrent étrangers, voire ennemis au départ, la collégialité oblige tous les membres du Gouvernement à prendre collectivement la responsabilité des décisions prises. Décisions qui de fait doivent viser le bien-être commun, sans distinction des groupes d'appartenance.

La mise en œuvre de la collégialité n'est cependant pas exempt de remous importants voire de blocages. Au cours des années, passées les oppositions de départs du côté indépendantistes en particulier, le contrôle du Gouvernement et les lois de pays à adopter ont donné lieu à de véritables stratégies d'immobilisation du pays par le biais des démissions et nominations de Gouvernement.

Est-ce que le système fonctionne au final ?

Dans l'ensemble, oui.

Est-il parfait ?

Non, loin de là et trop souvent par ailleurs des intérêts personnels tendent à prendre le pas sur l'intérêt commun.

Doit-on le changer ?

Considérant les raisons pour lesquelles il a été mis en place, non. Cela donnerait du grain à moudre aux haineux et aux partisans des divisions dont nous parlions un peu plus haut.

Alors que faire ?

Rappeler par le biais d'un moyen différent aux hommes politiques de tout bord que le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie n'a pas vocation à appartenir à un homme ou un parti mais à tous les habitants de la Nouvelle-Calédonie désireux d'en faire une société à leur image, des êtres-humains, ouverts, originaux, spéciaux, sculptés par leurs milieux divers (sous toutes ses significations) et capable de vivre en société et dans la richesse d'une civilisation en devenir.

- Le second moyen de réduction des inégalités est celui du **Programme Cadre Avenir, anciennement 400 Cadres**.

Programme ambitieux visant à permettre aux Kanak en premier lieu puis aux locaux d'accéder à des postes à responsabilités, à des postes de cadre.

Pour rappel, à toutes fins utiles dans le système colonial les Kanak n'avaient pas de droits égaux à ceux des colons et demeuraient dans des réserves. L'accès à un enseignement et des possibilités égales étaient non envisagé.

Le programme a permis effectivement un accès plus aisé des Kanak à des études supérieures et petit à petit les articles fleurissent concernant les postes occupés : un juge, un commissaire, de professeurs, des ingénieurs etc.

Mais désormais cette distinction ethnique est quelque peu dévalorisante... le jour où nous n'aurons plus besoin de dire un ingénieur Kanak mais un ingénieur calédonien, alors nous aurons gagné. Gagné une société dans laquelle ce qui compte n'est pas tant d'être un Kanak qui réussit mais un individu calédonien, épanoui qui a eu la possibilité d'accéder à un système éducatif, avec ou pas le soutien de ses parents, avec ou pas des moyens financiers, et qui a choisi son parcours. Sans qu'il soit besoin d'entendre des « *mais les Kanak ils ont tout* ». J'invite vivement les tenants de ce discours à regarder les statistiques... la perception diffère en fonction des individus, mais il est vrai qu'un programme comme Cadre Avenir a ouvert des portes.

Cependant c'est enlever aux parents méritants les sacrifices faits et l'ambition qu'ils ont eu pour leurs enfants que de tout remettre à un Programme. Il y a eu très certainement au sein de la société une évolution des mentalités et une volonté propre des parents Kanak et Océaniens de donner à leurs enfants les mêmes chances qu'aux autres... les non Kanak, les non océaniens. Et on élargit ce cercle aux blancs de Nouvelle-Calédonie, pudiquement les « Calédoniens », et que je nomme avec fierté les « Caldoches », au même titre que j'écris « Kanak » et non pas Mélanésiens ou « Méla », ce dernier terme que j'exècre particulièrement¹³. Réminiscences de mon point de vue de personnes qui ont grandi avec le malaise de l'éthnie. Et malheureusement vestige d'éducation de parents en colère, dans des dispositions peu orientées à l'acceptation de l'autre dans tout ce qu'il représente : que ce soit le monde Kanak ou que ce soit le monde blanc ou de tout autre monde qui n'est pas le sien.

À l'heure actuelle, malheureusement le Programme Cadre Avenir a certes permis la formation de kanak mais il n'a pas permis le passage sain à une société dans laquelle un tel mécanisme de réduction n'est plus nécessaire.

¹³ Sans mentionner le « ponoches ». Celui-ci est à mes oreilles l'équivalent de « nègre » dans l'Amérique esclavagiste du Sud.

Pourquoi ?

Parce que, comme très souvent, il a été récupéré par des individus désireux de faire passer leurs intérêts en premier.

Par ailleurs les Kanaks ou locaux formés sont plus souvent placés dans des administrations.

Et finalement les profils hors Programme qui réussissent tout de même ne sont pas mis en valeur.

En cela, je me dois de saluer tous les collègues croisés, locaux (le « Nous »), détenteurs de diplômes depuis le Bac+ 2 au Bac+ 5 et plus. Ceux-là parfois avec beaucoup de discrétion sont parvenus à un niveau de compétences élevés, mais doivent encore trop souvent faire face à un système et une société ancrée dans ses peurs et ses préjugés.

- Enfin le dernier exemple de mécanisme de réduction des inégalités que je souhaite citer est celui des **partenariats avec de grandes écoles**.

Pourquoi ?

Parce que ce mécanisme de mon point de vue vise à réduire les inégalités sur le territoire entre les individus mais également à ouvrir dès le lycée les individus à l'autre dans globalité, dans sa dimension mondiale.

Il ne s'agit plus d'être le borgne parmi les aveugles (quoi que l'expression soit dévalorisante mais je pense que les lecteurs comprendront par cela qu'il ne s'agit pas seulement de niveler mais dans le même temps de tirer vers le haut en posant l'extérieur comme un atteignable au même titre que le reste des possibilités immédiates et visibles sur le territoire), il s'agit d'être bon, simplement. Pas « bon pour un Kanak », « bon pour un Caldoche » « bon pour un Vietnamien ». Non. Il s'agit d'être bon par rapport à tout le reste du monde (expression enfantine sans aucun doute mais qui souligne l'essentiel).

Ce programme désigne un certain nombre d'établissement comme prioritaires, souvent dans les zones éloignées de la capitale (Touho – Pouembout), ou dans des zones socialement désignées comme « en tension » (délinquance, taux d'échecs scolaires etc.).

Et les élèves les plus méritants de ces établissements ont la possibilité d'accéder à de grandes écoles comme Sciences Po Paris ou HEC.

Une possibilité inouïe de s'ouvrir au monde et d'avoir un accès facilité à des établissements pour lesquels un français continental lambda est préparé depuis la naissance, souvent issus de milieux culturels et sociaux favorisés.

Similaire en France aux programmes destinés aux élèves de ZEP, Zone d'Education prioritaire, ce programme permet ainsi aux calédoniens les plus méritants de se donner le droit de penser avec sérieux à accéder à ces écoles, qui même en France demeure des écoles d'élites auxquelles on accède sur concours, lesquels sont d'une difficulté relative mais peu accessible lorsque le milieu d'origine n'est pas « conforme » aux standards du concours en question (en bref, quand tu n'as pas 15 musées autour de toi pour découvrir la culture et t'intéresser à des auteurs disparus c'est un peu plus difficile).

Est-ce que les trois mécanismes décrits ci-dessus ont été suffisants pour opérer les changements attendus ?

À priori, considérant les perceptions et les incidents récurrents sur le territoire, de même les discours entendus notamment à la veille du 4 Novembre, il apparaît bien que non.

Cependant ce sont des mécanismes qui fonctionnent plus ou moins en eux-mêmes.

Alors quelle est la difficulté ?

L'incertitude institutionnelle ?

En partie... mais pas que.

De mon point de vue, la société calédonienne est lacunaire. Sa société civile.

Ce qui paraît plutôt logique.

On a dit que la société avait du mal à s'identifier en tant que tel. Le groupe prédomine. Et le groupe ethnique en particulier.

De ce fait il paraît normal qu'en fait de société civile c'est une superposition de groupes qui s'allient largement en fonction des intérêts qu'ils partagent entre eux en tant que groupe. Mais pas en fonction des intérêts de tous.

II. LE PARDON ET LA RECONNAISSANCE : UTILITÉS ET COMPARAISON

Comme il est de bon ton de ne pas se montrer ethnocentré et « insulaire » il est intéressant de constater que la question du pardon n'est pas propre à la Nouvelle-Calédonie. Au contraire même c'est une caractéristique de nombreux pays dans lesquels l'histoire a créé des divisions sévères souvent calquées sur des critères visibles, et issues dans certains cas de situations de colonisation, et dans d'autres cas de situations de guerre.

Sur ce sujet, une conversation avec mon père m'a particulièrement interpellée. Nous discutons il y a peu de temps du contenu des interventions qu'il faisait dans le cadre de la campagne référendaire. Un jeune est venu le voir en lui indiquant que son propos sur la lutte l'avait un peu perturbé. En effet, mon père avait expliqué que la lutte politique, institutionnelle n'était qu'une partie immergée de l'iceberg, que la lutte devait aussi se faire au sein même de la société, au sein même des Kanak, qu'il s'agissait aussi de sortir de l'état de « colonisé dans la tête ».

Mon père lui précisa en effet que la lutte ne se résumait pas à atteindre un état institutionnel, à constitutionnaliser l'existence du peuple Kanak et de ses droits. Cela allait bien au-delà, il s'agissait bien de construire une société dans laquelle le fait d'être Kanak n'était plus une circonstance aggravante, un facteur de retard ou d'infériorité quelconque. Il s'agirait simplement de l'indication de l'appartenance au peuple premier de cette terre, qui se construirait ensuite avec le reste des populations allogènes arrivées sur le territoire.

Qu'est ce qui a tant perturbé ce jeune finalement ? Est-ce l'idée d'être lui-même, Kanak, une partie de la solution ? Ou est-ce l'idée que finalement ce qui semble être une fin, l'atteinte d'un statut institutionnel (dont les détails sont d'ailleurs souvent flous pour la majorité), n'est en réalité qu'une étape d'un processus global qui englobe non seulement lui et ceux auxquels ils estiment appartenir, mais également tous les autres qui l'entourent et qui forment la population à laquelle, au moins administrativement, il appartient ?

La réponse je n'ai pas eu l'occasion de la demander. Mais je ne doute pas qu'une partie de ce qui précède entre dans son questionnement et dans ce qui a pu lui traverser l'esprit à ce moment-là.

L'intérêt de cette anecdote ? Elle souligne un fait important et qui appartient au premier abord à la philosophie marxiste, l'auto-critique. L'autre n'est pas systématiquement la cause de son mal-être ou des maux, personnels et sociétaux, qui nous entourent. Dans l'antiquité, Socrate pratiquait la maïeutique, c'est-à-dire l'accouchement de l'esprit par le questionnement. Le fondement de sa technique résidait dans la conviction que nous possédons en chacun de nous les clés de nos questions et de toutes les situations inconfortables, de malaise ou plus encore de colère qui nous animaient ponctuellement ou de manière continue.

Dans cette idée, et avec une perspective cette fois plus spirituelle, il s'agit de considérer que l'autre est très souvent un miroir. Et ce miroir renvoie une image qui peut être dérangeante, parce qu'elle est en opposition avec ce que l'individu pense qu'il est ou qu'il fait, ou (et c'est là où la colère peut surgir) l'autre renvoie avec un naturel exaspérant ce que l'individu

souhaiterait être mais n'y parvient pas pour une raison ou une autre (l'éducation, l'expérience de vie, les possibilités offertes par la société).

Ce n'est donc pas anodin d'aller regarder ailleurs et de se donner une perspective globale, plus large et pas seulement centrée sur nous, calédonien et français.

La première comparaison qui semble judicieux d'aborder est celle du pardon aux entre le Japon et la Corée du Sud.

Le pardon dans ce cas concerne deux pays distincts entre lesquels sont survenus des guerres et des conflits. A l'occasion des guerres en question, il y'a eu pendant près de 50 ans l'occupation de la Corée par le Japon et dans le même temps la déportation de femmes coréennes vers les bases militaires japonaises en tant que « femmes de courtoisie ».

Ce fait appartient à l'histoire immédiate mais ses conséquences appartiennent à une période contemporaine, actuelle dans la mesure où les femmes concernées sont pour certaines encore en vie ou leurs descendants directs le sont encore (filles/ fils/ frères/ sœurs). Et c'est d'autant plus vrai que les sociétés asiatiques ont une structure familiales fortes, prédominantes, de types clanique où la place de chacun est su et connu et donne lieu à des droits et des devoirs. Les dynamiques dans la famille et le devenir de chacun est donc sujet de discussion et sujet à débattre dans les familles.

Qu'en est-il du pardon entre ces deux pays ?

Pour rappel chronologique, la Corée a été occupée par le Japon de 1910 à 1945 suite à une annexion militaire pure et simple. Des « femmes de réconforts », plus de 200 000 selon les historiens ont été enrôlées de force pour « entretenir le moral » des soldats japonais. Parfois mineures, arrachées de force, le nombre de survivantes est aujourd'hui inférieure à une centaine de personnes.

La Déclaration Kono de 1993 a reconnu les faits mais très régulièrement les tenants du pouvoir au Japon minimise ce fait historique en prétendant notamment que toutes les femmes envoyées étaient des prostitués de profession.

En 2015 le Premier Ministre Shinzo Abe a fait des excuses publiques et a reconnu la responsabilité du Gouvernement Japonais dans l'envoi cdes esclaves sexuelles coréennes auprès des armées nippones. A cette occasion un dédommagement d'1 milliards de Yen a été versé au profit de la fondation pour l'aide aux victimes de ce traitement.

Cependant les relations restent tendues et les coréens estiment que le Japon doit encore des excuses profondes et sincères.

Le pardon dans le cas de ces deux états a mis du temps, plus d'un demi-siècle.

Et sa nature est encore controversée. Pourquoi ?

Parce que le pardon officiel d'un État est une chose, le changement des mentalités en est une autre. Et les positions ponctuelles de certains conservateurs japonais, véritables ou en vues de gagner un électorat nationaliste, n'arrangent pas la situation.

Le pardon, à l'échelle des pays n'est donc pas facile, ni évident, le symbolique n'est pas suffisant il est nécessaire d'accompagner le politique par des initiatives privées, qui appartiennent à la société civile et qui permettent de matérialiser le pardon verbalisé et officialisé.

Qu'est-ce qui est important dans ce pardon ?

La reconnaissance.

Pourquoi est-ce difficile pour les Japonais ?

Parce que c'est reconnaître que ce qui a paru une évidence il y a plus de 50 ans est « mal ». Et c'est risquer des demandes de dommages et intérêts de la part des descendants pour le préjudice subi.

Le second exemple est plus proche de la Nouvelle-Calédonie. Il s'agit des Iles Fidji où s'affrontent régulièrement en politique et au sein de la population les Fidjiens dit Mélanésien ou Polynésien selon les points de vue. Et les Indiens amenés par les Britanniques alors mandataire afin d'exploiter les cultures de canna à sucre, une main d'œuvre bon-marché, corvéables à merci et peu enclin à l'insurrection vu leur statut.

Dans ce cas, ce sont bien des groupes de populations qui s'affrontent sur un même territoire, des groupes de populations dont les intérêts ont été dessinés par la colonisation.

Les îles Fidji sont formellement colonisées en 1874 par les britanniques suite à un acte de cession de l'empereur fidjien de l'époque, Cakobau.

L'acte de cession prévoit trois clauses qui vont en partie déterminer le devenir du pays. En premier lieu les terres qui ne sont pas aux mains des européens au moment de la cession reviennent de droits aux Fidjiens, en second lieu les britanniques s'engagèrent à protéger la culture, les us et coutumes ainsi que le fonctionnement traditionnel fidjien. C'est dans cette optique que le Gouvernement britannique a fait appel à la main d'œuvre indienne comme elle a pu le faire dans d'autres colonies au même moment. En effet, afin de conserver leur culture le peuple fidjien ne pouvait être soumis à un système aliénant de culture de la canne à sucre. Enfin la dernière politique mise en place fut celle d'un gouvernement fidjien

parallèle au travers duquel les britanniques dirigeaient les fidjiens indirectement¹⁴.

Le schéma colonial mis en place a de fait opposé dès le départ deux groupes de population, les fidjiens et les populations indiennes « importées ».

Et ironiquement dans cette configuration les britanniques ont eu un rôle positif puisqu'ils encouragent dans les années 50 le développement de l'économie. Aussi lorsque le pays accède à l'indépendance en 1970 les potentialités économiques de ce pays riche en matières premières sont importantes.

Un premier parti tient le pouvoir pendant 17 ans, il est essentiellement constitué de fidjiens mélanésiens. En 1987 les élections amènent au pouvoir un parti pluriethnique le Labour Party qui a formé une coalition avec un parti à majorité indo-fidjien. Un coup d'État renverse ce gouvernement quelques semaines plus tard et divers gouvernements militaires prennent place dès lors jusque dans les années 1990 où des élections démocratiques doivent se dérouler. Le mode de scrutin prévu par la Constitution est en faveur des fidjiens. La Commission formée pour étudier la révision constitutionnelle souligne qu'il serait nécessaire de mettre en place un mode de scrutin plus égalitaire entre fidjien et indo-fidjien.

En dépit des sanctions internationales et des critiques, la situation politique des Iles Fidji ne permet pas actuellement de qualifier le gouvernement ou l'organisation du pays de démocratique et pacifique.

Son économie fonctionne et ses infrastructures demeurent mais les heurts sont nombreux, les tensions également.

Il est présomptueux et dangereux de se baser sur ces quelques éléments pour affirmer que le processus de pardon et de reconnaissance manqués est à l'origine de la situation. Cependant, il est factuel de noter les éléments ci-dessous :

- D'une part le gouvernement britannique a instauré une société clivée volontairement en l'asseyant par ailleurs sur la volonté d'un peuple, le peuple fidjien. Ce dernier au moment de la conclusion des accords et de la mise en place d'une organisation politique scindée et parallèle, n'ont décidé qu'à la lumière du fait colonial, et non pas à la lumière de leurs intérêts dans une société internationale décolonisée.
- D'autre part, la société organisée par les britanniques ne s'est pas éteinte avec l'indépendance. Le statu quo instaurée, avec une distribution inégale des terres et l'exclusion des logiques capitalistes du peuple fidjien

¹⁴ Les Britanniques sont connus pour ce type de colonisation dit indirect.

mélanésien, a créé des inégalités, des différences qui n'ont fait que s'accroître avec le temps.

Et alors que les uns s'intégraient parfaitement dans cette dynamique, les autres s'en sont sentis exclus (ceux des nouvelles générations pour qui le maintien de la culture n'avait rien à voir avec le fait de travailler pour une société, pour une exploitation etc.).

S'est superposée ainsi au clivage ethnique, un clivage économique.

La conclusion est donc tout naturellement le maintien d'oppositions et d'un communautarisme nocif. Cette distinction au sein de la société n'est plus assurée par une autorité, elle s'est perpétuée.

Et cette permanence d'un ordre dépassé, instauré par d'autres qui plus est, n'a plus de sens, ni de justification (le fait colonial). La question du vivre ensemble ne fait pas sens pour les fidjiens comme pour les indo-fidjiens.

Il n'y a pas eu de modèle proposé dans lequel les deux groupes ne sont plus forcés de s'identifier comme opposés, ennemis. Il n'y a pas eu de reconnaissance des douleurs de part et d'autre. Et cela crée ces tensions toujours présentes, exprimées avec violence et sans issue « vivre ensemble » envisagée.

Ce dernier exemple est peut-être un des plus parlants par comparaison avec la Nouvelle-Calédonie. Des différences notables dans le processus entamé sur le territoire français.

La colonisation française est en effet une colonisation dite directe, elle vise à « intégrer » les territoires dans son organisation globale, c'est un modèle centralisateur. Et c'est certainement cette méthodologie s'il on peut dire qui explique la situation de la Nouvelle-Calédonie. Une situation dans laquelle le pardon et la reconnaissance sont utilisés et ont vocation à être des vecteurs de paix et de vivre ensemble sur le long terme.

III. EN NOUVELLE-CALÉDONIE : LE PARDON ET LA RECONNAISSANCE, POTENTIALITÉS ET DÉRIVÉS

En Nouvelle-Calédonie le processus de décolonisation n'est pas simple, il est semé d'embûches nombreuses. Ces embûches sont de nature organisationnelles, historiques et plus que tout humaines.

Le pardon et la reconnaissance ont été pensées, écrits et scellés dans un document officiel : l'Accord de Nouméa.

La Loi organique a organisé juridiquement un système institutionnel qui permette au peuple Kanak d'être visible, de s'exprimer et de partager une partie de sa structure traditionnelle (le sénat coutumier et les assesseurs

coutumiers dans les procès). Des mécanismes plus quotidiens ont également été mis en place pour atténuer les différences et les fossés créés pendant la colonisation.

Des discours ont été faits et réitérés pour matérialiser le destin commun souhaité sur le long terme, une terre de parole et de partage où la légitimité de sol des uns accepterait la légitimité d'existence et d'attachement des autres. Une vision dans laquelle les relations ne sont pas prédéterminées par l'origine mais bien par l'importance de chacun dans une société globale, cohérente et homogène, où des valeurs communes guident les actes et les mots.

Mais la terre de parole et de partage sur le papier demeure le pays du non-dit dans la réalité. Parce que le temps est long, celui des sociétés et des civilisations l'est tout particulièrement et celui des mentalités encore plus. Et dans cette configuration, il semble que seule une figure commune pourrait, à l'image de l'Afrique du Sud, ou des États-Unis (à moindre échelle s'agissant de Barack Obama), créer un sentiment d'appartenance commun et capable de transcender les clivages sociétaux, ethniques, communautaires... historiques.

En attendant ce mouvement le destin commun se constate dans le quotidien, il est désormais plus visible, les couples mixtes,

les bandes d'amis, les lieux fréquentés (la plage de Magenta est devenu plus démocratique, on y voit des planchistes et des kitesurfs plus souvent blanc que non-blanc qui vaquent à leurs occupations avec des non-blancs qu'ils soient Kanak, Wallisiens ou indéterminés) etc. Est-ce un progrès ? Oui ! Est-ce visible ailleurs ? Oui ! Est-ce encourageant ? Oui !

Mais alors les inégalités se sont gommées ? Oui... mais pas assez.

Ce qui manque ? Des inégalités qui se seraient gommées au niveau social, scolaire, professionnel.

En effet les statistiques montrent souvent un parallélisme dérangeant entre l'éthnie et le niveau d'étude ou le niveau de revenu post-étude. De même les Kanak détenteurs d'un Bac +2, +3 ou +5 se tournent plus souvent vers le fonctionariat. Mais là encore les faits évoluent.

Parce que, dans la société calédonienne, le groupe d'appartenance ethnique (sans que cette ethnique soit unique d'ailleurs désormais¹⁵) prédomine.

¹⁵ En ce sens, les groupes dits caldoches sont souvent métissés, et vous trouvez très souvent des Kanak dont la couleur de peau ou le faciès ne dit pas d'emblée leur origine. Il est intéressant de constater à ce moment que l'identité en Calédonie n'a pas de couleur en réalité. On en revient à ce qu'on a pu dire précédemment, parfois l'origine, la commune a

*Sybille Poaouteta : Pardon et reconnaissance dans l'histoire en Nouvelle-Calédonie :
une dialectique nécessaire à la paix en territoire colonisé ?*

Tous ces éléments ont permis dans une certaine mesure de réduire les différences et les inégalités. Il nous appartient désormais d'amener chacun d'entre nous dans un mouvement perpétuel d'évolution vers un mieux.

Je vous remercie Monsieur Agniel, même de là où vous êtes maintenant vous me donnez l'opportunité d'exprimer, de formaliser et de partager ces pensées, ces réflexions et toutes ces valeurs d'autocritiques, de remise en cause et de proactivité que nous avez transmises.

Que demain soit à l'image de ce que vous nous avez transmis : le mouvement.

plus d'importance que l'apparence extérieur. C'est l'appartenance décidé ou verbalisée qui compte.

Bref comparatif sur la redistribution des terres coutumières en Nouvelle-Calédonie et en Nouvelle-Zélande

*Par Amélie-Anne Flagel
Docteur en droit public*

La seconde guerre mondiale a bouleversé le monde occidental à bien des égards. Le nombre de morts concernés, les horreurs perpétrées ont conduit les consciences de l'époque à une douloureuse introspection sur les fautes respectives. Une bascule économique s'est opérée entre le vieux continent et le nouveau, et les colonies ont acquis le sens de leur indépendance. Le raccourci est peut-être audacieux. Il n'empêche que l'essor des volontés autonomistes coïncide largement avec la déliquescence du continent européen qui a suivi 1945. Petit à petit, les populations locales ont ébranlé le joug du paternalisme colonial et de nouveaux États sont apparus sur la scène internationale.

Aujourd'hui, cette pulsion se fait moindre car le nombre de territoires inscrits sur la liste de décolonisation de l'Organisation des Nations Unies (ONU) a largement diminué. Il en reste cependant. Quant aux populations qui ne peuvent prétendre à ce droit à l'autodétermination, elles ont fait le choix de défendre leurs spécificités, leurs coutumes et leurs territoires propres au sein d'entités étatiques plus large. Ces revendications subissent des sorts divers, au gré de la puissance des groupes autochtones et de la volonté d'un État de les laisser s'exprimer.

L'assemblée de l'ONU, large soutien du processus de décolonisation, contribue à maintenir cette question pendante. L'adoption en 2007 de la Déclaration des Droits des peuples autochtones¹, bien que dépourvue de force obligatoire, fait partie de ce mouvement.

La cohabitation de plusieurs peuples de cultures différentes sur un même territoire peut générer des tensions, particulièrement si la possession de ces terres s'est effectuée au détriment de certains. Le droit doit alors trouver des solutions afin que chacun puisse vivre en paix avec son voisin, sans que frustration et rancœur n'empoisonne ces relations. Si pendant longtemps on a estimé que l'assimilation forcée des peuples autochtones constituait la voie à suivre, l'horreur de ces méthodes commence à se faire jour et des solutions plus consensuelles et respectueuses de chacun s'imposent.

La France n'est pas épargnée par ce phénomène. Son histoire coloniale l'a également conduite à se confronter aux peuples autochtones et à leurs coutumes. En butte aux revendications indépendantistes de son

¹ A/RES/66/142, disponible sur : <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-fr/drip.html>

empire colonial, elle a dû, parfois dans le sang et les larmes, faire droit à ces demandes.

Aujourd'hui encore, elle affronte les démons de la colonisation et compose avec les multiples entités qui parsèment son territoire. Si la République reste « indivisible, laïque, démocratique et sociale »² et qu'elle applique la même loi, également, pour tous, elle a dû offrir des compromis pour reconnaître les droits de ces peuples autochtones. Parmi ceux-ci, elle a dû reconnaître le rôle de la coutume en tant que norme juridique. Il ne s'agira pas ici de recenser et de disséquer les différentes coutumes reconnues au sein du corpus juridique français. Tout au plus peut-on rappeler que la coutume existe à Wallis et Futuna, à Mayotte, en Guyane et en Nouvelle-Calédonie.

Mais plus encore que la reconnaissance de la coutume en tant que source de droit, la reconnaissance des peuples autochtones a dû s'accompagner de celui de leurs territoires.

Cette notion est peut-être encore plus importante dans le Pacifique où la notion de Terre est étroitement liée à l'identité, à la substance de l'être humain³. Il ne paraissait pas possible d'entamer un dialogue avant que le lien entre l'être humain et la terre dont il est l'enfant n'ait pu être rétabli. Ce lien à la terre est une composante profonde de l'Océanie et se retrouve exprimée régulièrement. C'est ce lien si profond qui interdit, aux Samoa, que la terre soit vendue à un étranger. La terre ne peut être possédée.

Pour circonscrire le champ de cette étude, celle-ci ne s'intéressera, en ce qui concerne les territoires français, qu'à la seule Nouvelle-Calédonie.

La Nouvelle-Calédonie, est-il utile de le rappeler, jouit d'un statut unique au monde, *sui generis*, dont l'objectif est de la mener saine et sauve jusqu'aux rivages tumultueux de l'autodétermination. La prise en compte de l'identité kanak, peuple autochtone de Nouvelle-Calédonie, s'est traduite juridiquement par l'adoption d'un accord, plus tard transcrit au sein du titre XIII de la Constitution et d'une loi organique n° 99-209 portant organisation de la Nouvelle-Calédonie.

Ces deux textes fondateurs ont accordé à la population kanak le droit de jouir de la reconnaissance officielle de sa culture, de ses coutumes et de leur implication juridique sur leurs vies et, surtout, de ses terres coutumières.

La terre dans l'identité kanak constitue un point clé. L'individu et le clan, se définissent par rapport à celle-ci. Elle est « un lien particulier »

² Aux termes de l'article 1^{er} de la constitution de la Vème République.

³ Vœu n° 02/2017 du conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie « Pour l'émergence d'une organisation normative et judiciaire coutumière », p.10, disponible sur : www.ces.nc

comme l'Accord de Nouméa a pu l'exprimer. Cette relation particulière à la terre a fait de celle-ci le socle des traditions, des coutumes et des échanges. Il n'apparaissait pas possible qu'une réconciliation entre les peuples puissent intervenir sans que cette base soit consolidée.

La terre comme assise. Le Pacifique, on l'a vu, est particulièrement empreint de cette conception.

Cependant, si certains territoires ont acquis leur indépendance et sont libres d'appliquer une conception coutumière de la terre sur tout leur territoire, d'autres doivent concilier les revendications de différentes populations. À cet égard, la Nouvelle-Zélande, ce territoire anglo-saxon, si proche géographiquement, démontre des similitudes troublantes avec la situation néo-calédonienne. Il a semblé judicieux d'étudier les réponses que pouvaient apporter un droit de tradition française et un droit de tradition de *common law* à une problématique similaire : comment répondre à la revendication autochtone et maintenir une cohésion territoriale ?

L'étude ne portera que sur la question des terres coutumières et se bornera à mettre en relief les différents principes qui la sous-tendent car ce sujet est encore largement en construction, en Nouvelle-Calédonie comme en Nouvelle-Zélande. Il ne serait donc pas judicieux de tirer, en quelques mots, des conclusions sur un sujet qui pousse les juristes à rédiger des volumes entiers.

Pour la compréhension des choix qui ont été effectués dans les différents territoires, une première partie sera donc consacrée à un rappel historique mettant l'accent sur les caractéristiques de la revendication foncière dans chaque pays. Puis l'étude s'attachera à démontrer les choix qui découlent d'une perception juridique différente, avant de mettre en valeur les conséquences de ceux-ci.

Pour des raisons pratiques, le terme « terres coutumières » pourra être utilisé indifféremment en Nouvelle-Zélande et en Nouvelle-Calédonie, bien qu'il puisse recouvrir des réalités différentes.

I. LES ORIGINES DE LA REVENDICATION

Les revendications de part et d'autre ne se sont pas construites sur les mêmes fondements et les réponses apportées n'ont donc pas concerné les mêmes domaines. Pourtant, au centre de chacune d'entre elles se retrouve la question de la terre. Cette similitude s'explique probablement par le lien à la terre particulier qui se retrouve en Océanie. Cependant, les origines diverses de la dépossession ont construit une histoire qui se répercute sur les modalités du droit qui a été construit par la suite.

A. Le Traité de Waitangi, un document aux multiples caractéristiques

La Nouvelle-Zélande n'a pas fait l'objet d'une prise de possession par la couronne britannique selon le système de la « *terra nullius* » pourtant utilisée en Australie. A l'inverse, la prise de possession s'est effectuée par voie conventionnelle, entre les représentants de la couronne britannique et 540 *Maori rangatira* (chefs maoris) par la conclusion du Traité de Waitangi le 6 février 1840. La souveraineté britannique sur la Nouvelle-Zélande sera proclamée le 21 mai 1840⁴. Le traité est extrêmement bref, il se compose d'un préambule et de trois articles qui en substance et, sur la base du traité en anglais, affirme les principes suivants : les maoris cèdent la souveraineté de la Nouvelle-Zélande à la Grande-Bretagne ainsi que le pouvoir exclusif pour la Couronne d'acheter les terres qu'ils souhaiteraient vendre. En échange, les maoris sont confortés dans leur droit de jouir de leurs terres ainsi que de leurs domaines forestiers et pêcheries⁵. Enfin, ils sont gratifiés de tous les droits et privilèges dont disposent les sujets britanniques.

Le bât blesse lorsque l'on observe la manière dont ces principes ont été traduits en maori. Dans cette version, les chefs maoris donnent la gouvernance (« government ») de leurs territoires à la Reine d'Angleterre mais conservent l'exercice de leurs prérogatives (« chieftainship »⁶) sur leurs trésors ou « *taonga* ». La différence est majeure.

Dans la version anglaise, les chefs maoris cèdent la souveraineté de la Nouvelle-Zélande or la version maori utilise le terme « chieftainship » dont la traduction approximative⁷, compte tenu du contexte de l'époque est « *trusteeship* »⁸, traduit en français par fidéicommiss ou curatelle, évoquant

⁴ The treaty in brief, disponible sur : <https://nzhistory.govt.nz/politics/treaty/the-treaty-in-brief>

⁵ Extrait de l'article 2 du Traité de Waitangi : « (...) the full exclusive and undisturbed possession of their Lands and Estates Forest Fisheries and other properties which they may collect collectively or individually possess so long as it is their wish and desire to retain the same in their possession . (...) ».

⁶ La traduction utilisée ici est celle proposée par un office du ministère de la justice de Nouvelle-Zélande, l'« Office of Treaty Settlements » qui propose un guide intitulé « Healing the past, building a future, A Guide to Treaty of Waitangi Claims and Negotiations with the Crown », disponible sur leur site : <https://www.govt.nz/organisations/office-of-treaty-settlements/>

⁷ Office of Treaty Settlements, *op.cit.*

⁸ Le terme maori utilisé est « rangatiratanga », dont l'essence a pu être transcrite par : « the working out of a moral contract between a leader, his people, and his god. It is a dynamic not static concept, emphasizing the reciprocity between the human, material and non-material worlds. In pragmatic terms, it means the wise administration of all the assets possessed by a group for that group's benefit: in a word, trusteeship. And it was this trusteeship that was to be given protection, a trusteeship in whatever form the Maori deemed relevant. » New Zealand Maori Council, 1983.

l'idée d'une souveraineté continue⁹. Lorsque la version anglaise n'entend que des droits de possession matérielle, la traduction maorie est beaucoup plus large.

Des incohérences entre les deux versions qui nécessiteront, bien plus tard, une relecture des termes compris par chacun.

Nous reviendrons plus tard sur l'évolution et la montée en puissance de la revendication maorie. Il nous importe pour le moment de mettre en lumière une caractéristique du Traité de Waitangi, que nous pourrions, par la suite confronter à l'histoire néo-calédonienne.

Dans le cas présent, les termes du Traité expriment, dans le préambule, le souhait que l'autorité souveraine de la Reine¹⁰ soit reconnue sur le territoire Néo-zélandais ; la version traduite du maori reprend le souhait que les chefs maoris reconnaissent le gouvernement de la Reine¹¹. On peut d'ors et déjà souligner que la demande de soumission à une autre souveraineté suppose qu'il en existe déjà une.

De plus, certains éléments laissent supposer que la Nouvelle-Zélande était bien perçue, à l'époque de la conclusion du Traité de Waitangi, comme un État indépendant et non comme un territoire sans maître.

Ainsi, le résident britannique James BUSBY va-t-il participer à la mise en place d'un document autochtone unilatéral, regroupant en 1839 le nombre de 52 signatures de chefs maoris déclarant l'indépendance et la souveraineté de la Nouvelle-Zélande¹². Ce document portera la signature de cinq témoins britanniques dont celle du résident. Il sera ensuite traduit du maori à l'anglais et prévoira même qu'une copie de la déclaration sera transmise au Roi d'Angleterre¹³

À la chambre des députés en 1844, Guizot, ministre français des Affaires Etrangères rapportait à propos du gouvernement de Grande-Bretagne que : « *le gouvernement (...) a par plusieurs actes publics, par*

⁹ I. SCHULTE-TENCKHOFF (2004). Te tino rangatiratanga : substance ou apparence ? : Réflexion sur le dilemme constitutionnel de l'État néo-zélandais. Politique et Sociétés, 23(1), 89-114. doi:10.7202/009508ar , p.92.

¹⁰ Extrait du préambule du Traité de Waitangi : « (...) for the recognition of Her Majesty's Sovereign authority over the whole and any part of those islands ».

¹¹ « (...) that their chiefs will agree to the Queen's Government being established over all parts of this land and (adjoining) islands (...) » extrait de la version de l'Office of Treaty Settlements, *op.cit.*

¹² « We, the hereditary chiefs and heads of the tribes of New Zealand, being assembled in Waitangi, [...] declare the independance of our country, which is hereby constituted and declared to be an Independant State, under the designation of the United Tribes of New Zealand », cité par M.-F. CHABOT, le Tribunal Waitangi et les droits des autochtones, les Cahiers de droit 321 (1991) : 59-85, disponible sur : www.erudit.org .

¹³ « (...) They also agree to send a copy of this declaration to his Majesty the King of England (...) », cité par M.-F. CHABOT *id.*

plusieurs actes du gouvernement, reconnu, formellement reconnu l'indépendance de la Nouvelle-Zélande comme formant un État sous ses chefs naturels »¹⁴.

Le caractère particulier¹⁵ du Traité démontre un rare consensualisme comparativement à la colonisation des territoires océaniques qui sont proches de la Nouvelle-Zélande. Enfin, il offre une assise à une existence de la propriété foncière maorie, antérieurement à la colonisation.

Aussi, le Traité de Waitangi, même s'il n'est pas et de loin, le seul document légal pour la propriété foncière maori, en constitue le point de départ. C'est lui qui, nous allons le voir, gèle les terrains susceptibles d'être concernés.

B. La prise de possession de la Nouvelle-Calédonie

En Nouvelle-Calédonie, la prise de possession du Territoire au nom de la France intervient officiellement le 24 septembre 1853 et est répétée à l'île des Pins le 29 septembre en présence du chef Vendegou qui signe l'acte officiel¹⁶.

En ce qui concerne les terres coutumières kanak, une conception va émerger consistant à considérer que celles-ci relèvent systématiquement d'une propriété collective alors qu'il ne s'agit pas forcément de la tradition mélanésienne. Le premier administrateur de Nouvelle-Calédonie, l'amiral du BOUZET pourra ainsi écrire au ministre de la marine : « (...) *les simples particuliers ou yambuet ont des propriétés dont les limites sont nettement tracées et très bien reconnues ; ils acquièrent ces propriétés par succession, vente ou échange, et en disposent de même ; (...) nul ne peut s'y établir sans le consentement du maître (...)* »¹⁷.

Cette première reconnaissance des droits indigènes sur le sol néo-calédonien sera considérée comme balayée le 20 janvier 1855 : « *Considérant qu'il est de principe que lorsqu'une puissance maritime se rend souveraine d'une terre non encore occupée par une nation civilisée et possédée seulement par des tribus sauvages, cette prise de possession annule tous les contrats antérieurs (...) Qu'en conséquence, les chefs et*

¹⁴ Cité par I. SCHULTE-TENCKHOFF, *id.*

¹⁵ A titre subsidiaire on peut signaler l'autre originalité de ce Traité, que l'on pourrait voir comme un précurseur des traités dits d'États associés.

¹⁶ Source vice-rectorat de la Nouvelle-Calédonie, disponible sur : <https://www.ac-noumea.nc/>

¹⁷ Cité par R. LAFARGUE in La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie, aux sources d'un droit commun coutumier ; recherche subventionnée par le G.I.P. « Mission de recherche droit et justice ; convention n° 00.38- décision n°21.01.22 du 24 janvier 2001, disponible sur : <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/la-coutume-judiciaire-en-nouvelle-caldonie-aux-sources-dun-droit-commun-coutumier/>

indigènes de la Nouvelle-Calédonie et de ses dépendances n'ont jamais eu ni ne peuvent avoir le droit de dispenser en tout ou partie du sol occupé par eux en commun, ou comme propriété particulière, soit par vente, échange, don volontaire ou mode de transmission quelconque, en faveur d'individus qui ne font pas partie de leur tribu, qui ne sont pas aborigènes dudit territoire »¹⁸.

Ces mots, dont la portée fait encore débat, vont durablement influencer la perception des terres coutumières.

Parallèlement, les arrêtés gubernatoriaux du 24 décembre 1867 et du 22 janvier 1868 vont construire un nouveau système foncier autochtone. Ainsi vont être attribuées des terres, au pro-rata du nombre d'habitants, ceux-ci étant comptabilisés par rapport à la tribu¹⁹ nouveau concept administratif introduit par l'arrêté gubernatorial du 24 décembre 1867. Afin de protéger les terres attribuées, les titulaires ne disposent sur celles-ci que d'un droit d'usufruit. Il ne leur est donc pas possible de vendre ou échanger leurs territoires avec les colons.

Enfin, une décision de la Cour d'appel de Nouméa du 26 avril 1922 va, à défaut de pouvoir assoir un droit de propriété, en l'absence de personnalité juridique des clans, considérer que les terres coutumières n'appartiennent pas aux kanak mais à l'État, qui leur en laisse l'usage²⁰.

Il en ressortira que pendant plusieurs décennies, la doctrine de *terra nullius* semblera le point de départ de toute interrogation sur les terres coutumières en Nouvelle-Calédonie. Celle-ci consistant à effacer les titres indigènes antérieurs au bénéfice de nouveaux titres fonciers accordés par l'État. La revendication autochtone ne passera donc pas par la reconnaissance de titres indigènes comme ce peut être le cas dans d'autres États concernés par la même problématique²¹.

¹⁸ Déclaration du 20 janvier 1855, du Gouverneur des Etablissements français de l'Océanie, premier administrateur de la Nouvelle-Calédonie, relative à la propriété et à l'aliénation des terres en Nouvelle-Calédonie et dépendance ; cité par R. LAFARGUE, *op.cit.*

¹⁹ Article 1^{er} de l'arrêté du 6 mars 1876 relatif au cantonnement des indigènes : « Il sera délimité, pour chaque tribu de la Nouvelle-Calédonie et de ses Dépendances, autant que possible sur le Territoire dont elle a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus, un terrain proportionné à la qualité du sol et au nombre des membres composant la tribu (...).

²⁰ R. LAFARGUE, *Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires in Rapport de recherche : l'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, LARJE-Université de la Nouvelle-Calédonie, équipe de droit privé- Université Jean Moulin Lyon 3, décembre 2016, p.114.

²¹ Pour exemple : l'Australie dispose de la *Native Title Act* de 1993, conséquence de l'arrêt *Mabo v. Queensland* de 1992 qui a reconnu l'existence de titres indigènes *via* la common law. Le Canada connaissait l'existence du titre indigène depuis la *Proclamation royale de 1763* ainsi que les équivalences entre les systèmes juridiques autochtones et la common law, qui reconnaît l'occupation comme une preuve juridique de la possession.

Les conséquences de cette interprétation vont durablement influencer la manière dont la revendication foncière sera conduite en Nouvelle-Calédonie.

II. L'ESSOR DE LA REVENDICATION FONCIÈRE

La revendication foncière s'explique dans la demande légitime pour un peuple autochtone de retrouver ses territoires ancestraux, chargés d'histoire mais aussi source de revenus économiques. En Nouvelle-Zélande comme en Nouvelle-Calédonie, cette revendication s'inscrit dans une longue lignée de non-respect des droits autochtones et de spoliations diverses (A) dont les autorités ont fini par prendre la mesure. Dans les deux cas, il est apparu que la mise en place d'un organe intermédiaire, entre les peuples autochtones et l'État permettrait de reposer les bases d'un dialogue sain (B). Cependant la forme choisie est révélatrice de la conception portée aux droits autochtones.

A. Les étapes de la prise de conscience : entre coopération manquée et attribution autoritaire

En Nouvelle-Zélande, pourtant démarré sous les auspices d'une certaine égalité, le partage des terres entre européens et maoris s'est dégradé au fur et à mesure des brèches qui ont été ouvertes dans le Traité de Waitangi.

L'achat de terres par les européens avait commencé avant 1840 mais la signature du Traité a conduit la Couronne à examiner si ces terrains avaient été acquis équitablement auprès des bons propriétaires terriens maoris. L'objectif était également de prévenir la construction de très grands propriétaires fonciers et permettre un développement harmonieux de la colonisation. Des commissaires ont été spécialement appointés dans cet objectif. Lorsqu'il s'avérait que le terrain avait été acheté dans le respect des principes dégagés, la Couronne attribuait un titre de propriété. Cependant la propriété foncière était limitée à 2 560 acres de terre²², aussi la Couronne, se basant sur le fait que les maoris avaient cependant entendu vendre leur terre, conservait le surplus et éteignait les droits fonciers de ces derniers.

Par la suite, la Couronne a levé, pendant environ une année, le droit de préemption qu'elle possédait depuis la conclusion du Traité en faveur de la conclusion direct d'achats de terres entre européens et maoris. De ses ventes, dont il ne s'avère pas toujours que les intérêts des maoris aient été respectés, la Couronne continuait à fixer une limitation et à prélever le surplus. La Couronne a par la suite continué ses achats de terres sans assurer le respect des principes prévus par le Traité.

²² Office of Treaty Settlement, *op.cit.*, p.8.

Ces pratiques agressives et irrespectueuses des réalités maories ont conduit à l'apparition de conflits armés entre ceux-ci et la Couronne. En 1860, la première guerre de *Taranaki* fut issue d'un conflit foncier entre la Couronne et un chef maori, Te Rangitāke. À l'origine de celui-ci, un chef mineur, Te Teira Mānuka, qui proposa la vente d'une terre à Waitara au gouverneur Thomas Gore Browne. Lorsque le véritable propriétaire de la terre s'opposa à cette vente, le gouverneur, refusant de suivre les principes du Traité, continua l'acquisition. Pour soutenir son choix, il instaura la loi martiale et envoya des troupes britanniques²³. Les affrontements continuèrent sur différents sites de l'île du Nord jusqu'en 1869. Ces conflits ont permis à la Couronne de considérer les opposants maoris comme « rebelles » à l'autorité de la Reine et de confisquer leur territoire à titre de punition (*rapautu*) et pour constituer une réserve foncière pour la colonisation européenne.

Les alinéations de terrains ont continué sur une large échelle, de sorte qu'en 1930, les maoris ne possédaient que 6 %²⁴ de la terre en Nouvelle-Zélande. Des protestations se sont élevées face à l'ampleur de cette dépossession autant que vis à vis l'usage qui en était fait. Il en fut ainsi de certains terrains offerts à la Couronne pour des objectifs spécifiques, comme la construction d'écoles et dont les vocations n'ont pas été respectées. La revendication foncière s'est maintenue pendant près de 150 ans, avec des réponses ponctuelles offertes par la Couronne (comme la mise en place de commissions particulières telles la commission Sim de 1920 sur les confiscations) mais sans aucune réelle négociation entre les parties. De nombreuses pétitions ont été portées devant les tribunaux mais ceux-ci ne pouvaient se prévaloir du Traité, celui-ci n'ayant pas été intégré dans le corpus juridique néo-zélandais par le Parlement. Finalement, en 1975, le Treaty of Waitangi Act créa le tribunal de Waitangi dont le rôle allait s'avérer déterminant.

En Nouvelle-Calédonie, les résultats se sont avérés identiques mais en suivant une logique inverse. Si la déclaration de 1855 reconnaît qu'il existe un peuple sur le territoire néo-calédonien, nous avons pu remarquer que la suite de la déclaration ne va pas reconnaître de titre aborigène. Par la suite, les arrêtés gubernatoriaux établirent une logique administrative et un cantonnement des populations kanak.

Un service des affaires indigènes va être créé et le territoire coutumier va être découpé en districts et tribus. À la tête de ces tribus vont être désignés des chefs en charge des affaires de la tribu. Cette constitution des tribus traduit une approximation du milieu coutumier kanak, qui va

²³ First Taranaki War erupts at Waitara, 17 March 1860, disponible sur : <https://nzhistory.govt.nz/taranaki-war-erupts-after-shots-exchanged-at-waitara> .

²⁴ Office of Treaty Settlements, *op.cit.* p.10.

prendre de plus en plus d'ampleur dans l'organisation kanak et perdue encore aujourd'hui²⁵.

Néanmoins, le territoire des tribus ne va cesser de diminuer afin de permettre l'attribution de terres aux colons, de même des regroupements de tribus vont s'opérer, brouillant encore plus les cartes des terres coutumières originelles. Ces déplacements et cantonnements ne se sont pas fait sans heurt et les clans déplacés lutteront pour retrouver leurs territoires d'origine²⁶. La grande révolte d'Ataï de 1878 aura également pour fondement la diminution des terres des kanak²⁷. De cet affrontement, on recensera plus de 1 000 morts, principalement du côté kanak. Néanmoins, les conséquences seront telles que les autorités s'interrogeront sur la poursuite de la colonisation²⁸.

Les territoires des réserves n'augmenteront que peu au cours des années qui s'écouleront et principalement pour des raisons démographiques. D'autres révoltes ébranleront la société néo-calédonienne mais c'est finalement la poussée nationaliste des années 70, qui culmineront dans les événements de 1988 et l'adoption des accords de Matignon-Oudinot. Ces derniers permettront de replacer la notion de lien à la terre au cœur de la revendication foncière.

Dans les deux cas, la dépossession des terres s'est accompagnée d'un effondrement des relations qui existaient entre la terre et l'identité personnelle des peuples autochtones. Le maintien des composantes culturelles et leur avenir ont également été compromis par cette dépossession, car la propriété foncière n'a pu constituer une assise économique pour leur développement.

B. L'intermédiaire, source de réconciliation

Face aux revendications autochtones, les situations proposées en Nouvelle-Zélande et en Nouvelle-Calédonie vont curieusement se rejoindre, bien qu'inspirées par des motivations différentes et conduites selon des méthodes opposées.

Ainsi la Nouvelle-Zélande va préférer confier à un tribunal, mais dans les faits à une commission d'enquête permanente, le pouvoir d'étudier les plaintes déposées par les maoris et d'émettre des recommandations à direction du Gouvernement, la décision finale revenant au Parlement qui, en votant une loi, officialise la régularisation du conflit foncier.

²⁵ Source : www.adraf.nc.

²⁶ *Id.*

²⁷ La révolte de 1878, disponible sur : <https://www.ac-noumea.nc/spip.php?article108>.

²⁸ *Id.*

La revendication foncière passera donc essentiellement par la relecture du Traité. Le tribunal a reçu, dès l'origine, le souverain pouvoir d'interpréter le Traité, dans les deux versions et de décider des suites à donner en raison de la différence d'interprétation existant entre les deux²⁹. Ce pouvoir n'est pas à sous-estimer car il va offrir au tribunal, par la suite, l'opportunité de poser les principes issus de Waitangi et soumettre les textes de droit néo-zélandais à l'aune de ceux-ci, pour autant que le sujet l'exige. Il n'aura pourtant pas le pouvoir de conférer un titre foncier.

Son premier champ d'action était extrêmement réduit, le tribunal ne pouvait recevoir que des plaintes relatives à des actes gouvernementaux ou projets de loi ou politiques postérieurs à la création du tribunal et ne pouvait, de plus, que formuler des recommandations à l'attention du gouvernement quant aux problèmes soulevés par les Maoris. Sa composition s'avérait devoir être le reflet de la diversité : son président est de droit le juge en chef de la *Maori Land Court* quand les deux autres membres sont un non-maori recommandé par le ministère de la justice et un maori recommandé par le ministère des affaires maories. De fait, son rôle est resté minime jusque dans les années 1980 et il a pu être qualifié de « *tribunal sans dents* »³⁰.

Le tribunal n'a réellement pris la pleine mesure de ses capacités qu'à partir de la nomination en tant que président du tribunal du juge Durie, premier juge en chef maori de la *Maori Land Court* en 1980. Celui-ci prit le parti d'aller à la rencontre des plaignants plutôt que de les recevoir dans le cadre formel d'une cour. Il choisira en effet d'aller sur place et interroger les plaignants maoris dans le *marae*³¹ car il estime ce lieu plus propice à l'expression de la vérité. Il considère aussi que les membres maoris du tribunal comme des experts en matière de coutumes et traditions maories³², démarche logique compte tenu du fait que le tribunal se base avant tout sur des opinions d'experts pour rendre ses rapports. Dans cette démarche d'une culture vers l'autre, il ressort une volonté de réconciliation dans l'offre de parole offerte à chacun, dans les conditions qui lui convienne le mieux pour s'exprimer. De notre point de vue, cela illustre remarquablement le rôle d'interprète entre les deux versions du Traité qui est l'apanage du tribunal.

Par le Treaty of Waitangi Amendment Act de 1985, le champ *rationae temporae* du tribunal va s'ouvrir largement. Le Tribunal pourra en

²⁹ « In exercising any of its function (...) the Tribunal (...) shall have exclusive authority to determine the meaning and effect of the Treaty as embodied in the 2 texts and to decide issues raised by the difference between them » Treaty of Waitangi Act 1975, 5(2), first schedule, reprint as at 22 August 2017.

³⁰ Hiwi TAUROA, cité par M.-F CHABOT *id.* p.69.

³¹ Littéralement l'espace situé devant le *whareniui*, la maison traditionnelle des rencontres qui constitue un espace sacré.

³² M.-F CHABOT *id.* p.70.

effet entendre des plaintes remontant jusqu'en 1840. Cette date, commémorative de la signature du Traité de Waitangi, permettra au tribunal de s'attaquer au cœur des revendications foncières maories. Il est intéressant de souligner ici, car tel ne sera pas le cas en Nouvelle-Calédonie, que les terres maories revendiquées le sont par rapport à leur définition ancestrale en 1840. C'est donc la délimitation maorie, la règle maorie qui va permettre d'identifier le terrain et d'étudier si oui ou non, les propriétaires maoris ont pu le céder dans le respect des principes du Traité.

À l'inverse, en Nouvelle-Calédonie, la délibération n° 116 du 14 mai 1980 va lancer le coup d'envoi juridique de la redistribution des terres en consacrant explicitement son titre II comme « opérations foncières destinées à la satisfaction de la population mélanésienne ». Il lui sera très vite adjoint l'ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982³³ qui créa l'établissement public à caractère industriel et commercial dénommé Office foncier de la Nouvelle-Calédonie et dépendance. Sa mission consiste à acheter du foncier et disposant pour se faire d'un droit de préemption en cas d'aliénation à titre onéreux de terrains à vocation pastorale ou forestière³⁴ mais aussi de la possibilité de recourir à, dans le cadre de sa mission, à la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique³⁵. Le foncier acquis peut ensuite être cédé, entre autre destinataires, à une nouvelle personnalité juridique, créée spécialement pour la population Kanak : le groupement de droit particulier local (ou GDPL). Néanmoins, ces actions restent soumises à un objectif de valorisation économique des terres cédées, la logique n'est pas encore d'intégrer l'élément culturel de la terre. Dans un premier temps, l'Office va se contenter d'acheter son foncier sans redistribution. Il va par la suite évoluer jusqu'à, par la loi n° 88-1028 du 9 décembre 1988 et son décret d'application n° 89-571 du 16 août 1989, émerger sous la forme de l'ADRAF³⁶. La nouvelle agence, si elle conserve beaucoup de similitudes avec son prédécesseur, va cependant intégrer en ce qui concerne la représentation kanak, non plus uniquement des représentants de GDPL mais aussi des représentants des aires coutumières et du Sénat coutumier, respectivement au sein des commissions foncières communales et du conseil d'administration.

³³ Ordonnance n° 82-880 du 15 octobre 1982 relative à l'aménagement foncier, à l'établissement rural et à la reconnaissance des droits coutumiers sur le sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr.

³⁴ Article 19 : « Il est institué au profit de l'office foncier, sur l'ensemble du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, un droit de préemption en cas d'aliénation à titre onéreux de terrains à vocation agricole, pastorale ou forestière. ».

³⁵ Article 23 : « Lorsque l'acquisition de terres en vue des opérations prévues pour la réalisation de sa mission n'a pu avoir lieu à l'amiable ou selon la procédure du chapitre II, l'office foncier peut se porter acquéreur selon la procédure d'expropriation pour cause d'utilité publique. »

³⁶ Agence de développement rural et d'aménagement foncier.

L'ADRAF n'est plus alors uniquement en charge d'une réforme foncière, elle s'inscrit dans la lignée du rééquilibrage, de la reconnaissance de la culture kanak et particulièrement par le vecteur de la terre. Dans les premiers temps, une justification de développement agricole constituait encore un des critères d'attribution d'une terre. Toutefois, la reconnaissance officielle du lien à la terre par l'accord de Nouméa³⁷ puis par la loi organique n° 99-209³⁸ va changer la perception des terres coutumières et de leur redistribution. La notion de « lien à la terre » va faire apparaître la dimension culturelle attachée à la terre pour les populations kanak.

Désormais, l'ADRAF va pouvoir attribuer du foncier sur le seul fondement de ce lien à la terre³⁹.

C. Des outils d'apaisement mais incomplets

Les outils intermédiaires semblent avoir suivi un chemin à rebours l'un de l'autre. Alors que la Nouvelle-Zélande offrait une tribune aux revendications et cultures maories mais subordonnait l'attribution du foncier au vote d'une loi, la Nouvelle-Calédonie faisait le choix de ne pas se prononcer sur les aspects antérieurs et coutumiers du conflit foncier mais, de privilégier une attribution foncière simplifiée par simple délibération du conseil d'administration d'un EPIC.

Le Tribunal de Waitangi a fait le choix de profiter de son champ de compétence élargi pour positionner la culture et la revendication maori au sein du corpus juridique néo-zélandais. Les principes qui s'en sont dégagés trouvent à présent un champ beaucoup plus vaste. En effet, le tribunal se trouve désormais en position de mener des enquêtes et émettre des recommandations sur tous les sujets qui relèvent de sa compétence, sans restriction *ultra petita*. Elle peut donc étendre la conception qui a la sienne et jouir de tous les outils que sa plasticité lui autorise. Effectivement, le Tribunal n'est pas tenu par des procédures excessives car en dehors de certaines, toutes énumérées par le *Treaty of Waitangi Act*, il peut les adapter en tenant compte des justiciables⁴⁰. Ajouté à une conception souple de la preuve⁴¹ et à la possibilité de recueillir les témoignages en langue maori⁴², la

³⁷ Préambule, point 1.4 de l'accord de Nouméa : « L'identité kanak était fondée sur un lien particulier à la terre. ».

³⁸ Article 18 : « (...) à pour répondre aux demandes exprimées au titre du lien à la terre . (...) ».

³⁹ Historique, ADRAF, disponible sur : www.adraf.nc

⁴⁰ « Except as expressly provided in this Act, the Tribunal may regulate its procedure in such manner as it thinks fit, and in doing so may have regard to and adopt such aspect of te kawa o te marae as the Tribunal thinks appropriate in the particular case (...) » Treaty of Waitangi Act 1975, 5(9), second schedule, reprint as at 22 August 2017.

⁴¹ « The Tribunal may act on any testimony, sworn or unsworn, and may receive as evidence any statement, document, information, or matter which in the opinion of the Tribunal may assist it to deal effectually with the matters before it, whether the same would, apart from

saisine du Tribunal s'avère beaucoup plus praticable pour les maoris, seuls bénéficiaires de ce droit. Le Tribunal reste cependant dépourvu de tout pouvoir de lier l'exécutif⁴³. Ce problème ne concerne pas l'ADRAF qui dispose, en vertu du décret n° 89-571 du 16 août 1989, du pouvoir d'attribuer, de son fait ou sur demande, du foncier sur décision de son conseil d'administration. Dans sa démarche, elle est assistée d'un comité de province et de la commission foncière de la commune dans laquelle se situe la propriété foncière concernée, néanmoins leurs avis ne sont que consultatifs et peuvent être tacitement rendus. Les projets d'attribution font l'objet de publications en amont (article 25) et en aval, lorsque la décision d'attribution est devenue exécutoire (article 27). C'est finalement l'agence elle-même qui, selon les résultats de son instruction basée notamment sur la notion de « lien à la terre »⁴⁴, décidera de l'attribution du terrain.

Il y a donc deux organes qui possèdent chacun ce que l'autre n'a pas : le tribunal de Waitangi permet aux maoris de s'exprimer selon leurs coutumes et d'asseoir leur légitimité au sein de la nation néo-zélandaise mais ne peut souverainement attribuer la propriété foncière ; l'ADRAF offre un retour aisé à de la propriété foncière mais échoue à rendre à la coutume et culture kanak leur place dans le monde néo-calédonien.

C'est donc assez naturellement que ces organes vont se trouver complétés officieusement en ce qui leur fait défaut. En Nouvelle-Zélande, les limites du tribunal vont particulièrement apparaître lorsqu'il se verra attribuer le pouvoir d'enquêter sur des manquements au Traité depuis 1840. On peut d'ors et déjà signaler que la redistribution des terres en Nouvelle-Calédonie se garde particulièrement de fixer un contour historique.

L'élargissement de la compétence du tribunal du Waitangi va contribuer à l'augmentation du nombre de membres et des moyens administratifs et financiers de l'institution. Néanmoins, si cette compétence élargie permettra au tribunal de s'attaquer à l'ensemble des violations du Traité, elle a aussi sérieusement contribué à l'engorger⁴⁵. Aussi, dès 1987, le

this section, be legally admissible evidence or not » Treaty of Waitangi Act 1975, 6(1), second schedule, reprint as at 22 August 2017.

⁴² « *Witnesses appearing before the Tribunal may give their evidence in the Maori language* » Treaty of Waitangi Act 1975, 6(2), second schedule, reprint as at 22 August 2017.

⁴³ Il existe cependant quelques cas, rares et bien définis, dans lesquels le Tribunal a le pouvoir d'ordonner à la Couronne de reprendre une terre qu'elle avait pu attribuer dans le but de l'adjoindre à une résolution relative au Traité, quand bien même cette terre aurait été transférée à une tierce partie. Voir Office of Treaty Settlement, *op.cit.* p.26.

⁴⁴ « (...) *et notamment du lien à la terre invoqué par le demandeur(...)* », article 27 du décret n° 89-571 du 16 août 1988 portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1988 et relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier.

⁴⁵ M.-F. CHABOT, *op.cit.* p.73.

tribunal eu la possibilité de référer certains des plaignants à un médiateur s'il jugeait que cela adapté à la situation.

De surcroît, il est également possible à la Couronne de négocier directement⁴⁶ avec les plaignants pour tous les manquements antérieurs au 21 septembre 1992⁴⁷. *A contrario*, en Nouvelle-Calédonie, il n'existe pas d'autres organismes que l'ADRAF susceptibles de redistribuer la terre autre mais la voix de la coutume kanak, hors de ses lieux d'expressions naturels, a pu trouver une expression auprès de la justice civile en formation coutumière. Cette dernière, investie par l'article 19 de la loi organique n° 99-209 du pouvoir de connaître des litiges concernant les terres coutumières, offre une nouvelle tribune à la coutume, bien que celle-ci doive s'intégrer dans le cadre des règles de procédure judiciaire. C'est par son biais que l'expression du « *lien à la terre* » a trouvé une définition, à cheval entre la perception coutumière et le langage juridique⁴⁸, établissant ainsi un pont entre deux cultures. On peut aussi noter que l'ouverture de formations décentralisées permet une proximité accrue entre le magistrat et les requérants.

Il semblerait que par un biais ou un autre, les revendications territoriales aient été prises en compte, dans leur dimension physique comme culturelle ou spirituelle. Il demeure cependant une différence majeure : les terres rétrocédées ne répondent pas aux mêmes critères.

III. LA TERRE ORIGINELLE

Les terres rétrocédées ont, dans les deux cas, pour objectif de répondre à la fois à un impératif financier et culturel. Plusieurs indices démontrent ce fait : l'ADRAF dispose du pouvoir de redistribuer en fonction d'un plan de développement économique mais aussi en fonction du lien à la terre, lien rappelé dans l'accord de Nouméa et la loi organique mais avant tout défini par la jurisprudence. Bien que tardif, la reconnaissance de

⁴⁶ Dans ce cadre, des groupes maoris présentent leurs doléances auprès de l'office en charge de la négociation. L'accord trouvé nécessitera ensuite l'établissement d'une entité de gouvernance pour le groupe maori et le sceau législatif pour entrer en vigueur. Il engage néanmoins chaque partie dès sa signature et n'est pas susceptible de recours judiciaire. Enfin, la législation néo-zélandaise a intégré le respect des obligations du Traité dans un certain nombre de législations. Il existe donc d'autres voies de recours devant les tribunaux bien qu'elles ne concernent pas, à proprement parler, les recours historiques.

⁴⁷ Office of Treaty Settlements, *op.cit.* p.23.

⁴⁸ TPI Nouméa, section détachée de Lifou, 25 juillet 2012, RG n° 10/80 : « (...) En aucun cas la terre coutumière est un droit direct sur la terre. Elle est un droit par les hommes et pour les hommes sur la terre. Elle exprime des héritages humains et non une possession foncière directe. Ijako L... détient donc un pouvoir sur la terre de PENG du fait de cette ascendance coutumière dont il est le conservateur, le garant. Il est ainsi le maître de la terre au sens coutumier. Sur lui pèse l'obligation de maintenir cette union entre les clans dont il a hérité et de conserver à la terre de PENG sa mémoire clanique.(...) »

ce lien à la terre était l'élément manquant pour reconstruire le lien culturel existant entre l'individu et la terre. Cet élément n'a pas non plus été oublié par le tribunal de Waitangi qui, dans sa relecture du Traité, a mis en avant les *taonga* ou trésors maoris qui recouvrent également une réalité culturelle et spirituelle.

On est cependant en droit de se demander dans quelle mesure, maoris et kanaks ont pu recouvrer le lien privilégié qu'ils entretenaient avec la terre. En effet, il est difficile d'identifier dans quelle mesure les terres rétrocédées correspondent aux territoires ancestraux, notion faisant écho en droit à celle de titre aborigène.

Le titre aborigène est une conception juridique qui a pris de l'ampleur, notamment après l'arrêt *MABO*⁴⁹ dans lequel la High Court australienne avait reconnu que la prise de possession de l'Australie par les britanniques n'avait pas eu pour effet d'éteindre les droits fonciers dont disposaient les aborigènes sur ce territoire et qu'il existait donc, en parallèle du système officiel de droit foncier, une autre possibilité, celle du *native title*. Cette notion a pris de l'ampleur et a permis l'adoption du Native Title Act de 1993. Cette conception juridique se retrouve également au Canada, où la proclamation royale de 1763 offrait déjà une reconnaissance limitée des droits fonciers indigènes.

En Nouvelle-Zélande, la notion de titre aborigène ne s'est pas particulièrement développée parce que, la reconnaissance des titres maoris existe de fait *via* le Traité. Autour de lui s'est développé une armature législative qui a contribué à faire vivre et reconnaître ses droits, aussi le titre aborigène n'existe-t-il qu'à la marge.

En ce qui concerne notre propos, l'intérêt de démontrer l'existence du titre aborigène est aussi celui de démontrer le lien entre celui-ci et les terrains rétrocédés. Nous avons pu constater que le Traité servait effectivement de base légale aux titres aborigènes en Nouvelle-Zélande. Il a également eu le rôle, fort important au demeurant, de constituer les limites entre les droits des différents groupes maoris à partir de 1840. Il apparaît donc que la terre rétrocédée pour violation du Traité est effectivement celle qui a pu être identifiée comme appartenant à un groupe maori en vertu de ce droit foncier originel.

À la différence, en Nouvelle-Calédonie, nous avons pu constater que la déclaration de 1867 a introduit l'idée que les droits fonciers originels avaient été effacés. Jusqu'à présent, le système de redistribution des terres a fait l'économie d'une identification des terres coutumières, autrement que comme les terres sur lesquelles vivent des personnes de statut coutumier. En

⁴⁹ Rendu le 3 juin 1992, *Mabo and others v State of Queensland*, [1988] HCA 69; (1989) 166 CLR 186 (8 December 1988).

achetant du foncier et en le redistribuant, il n'y avait effectivement pas besoin de qualifier les terrains rachetés, le statut coutumier s'acquérant par la suite, notamment lorsque la loi organique a étendu l'application de la coutume aux terrains des GDPL et à ceux concédés pour répondre aux demandes relatives au lien à la terre.

La situation s'est donc présentée sous des auspices différents de ceux des maoris. Ainsi, il n'existe aucune date faisant mémoire de droits connus ou enregistrés. La déclaration du 20 janvier 1855 cherchait effectivement à maintenir les tribus sur le territoire qui était le leur, il n'est aussi que trop vrai que l'attribution s'est faite sur des critères purement administratifs et qui ne tenaient pas compte des réalités claniques⁵⁰. De même, en l'absence de document faisant référence à une date de prise en compte des droits fonciers, il devient difficile d'établir avec certitude quelle était la situation au moment de la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie.

C'est dans ce contexte que le choix de confier à une agence le soin de racheter du foncier et de le redistribuer prend son sens. Il devenait effectivement difficile de retracer une propriété originelle que nulle ne reconnaissait. C'est ce qui a pu faire écrire à un conseiller rapporteur de la Cour de Cassation que l'accord de Nouméa a « *recréé pratiquement ex nihilo une nouvelle propriété coutumière* »⁵¹ et que la redistribution, telle qu'elle a été pratiquée « *n'a nullement pris en compte la propriété coutumière originelle, telle qu'elle existait au moment de la prise de possession par la France du territoire en 1853* ».

En Nouvelle-Zélande également, il n'est pas possible de permettre la restitution dans tous les cas et l'achat de terres aux fins de redistribution existe aussi. Cependant, la reconnaissance de cette propriété antérieure et les obligations créées par le Traité, particulièrement la protection des intérêts maoris, apportent une solution qui n'existe pas *stricto sensu* dans la situation calédonienne : la compensation.

La compensation joue lorsque la restitution n'est pas possible. Il n'est évidemment pas possible de reconstituer à l'identique la situation, les terres ayant pu, depuis, être acquises légalement au titre de la propriété privée. De même, l'intérêt de tous doit également être préservé aussi, parmi ses points de négociation, l'office of Treaty settlements précise que « *the*

⁵⁰ P. CHATELAIN, Le processus de restitution des terres et le régime des terres coutumières *in* patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie, aspects juridiques, l'Harmattan, 2015, p. 156.

⁵¹ Extrait du rapport du rapporteur à la Cour de Cassation, cité par R. LAFARGUE in Terres de mémoires : les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires *in* Rapport de recherche : l'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie, LARJE-Université de la Nouvelle-Calédonie, équipe de droit privé- Université Jean Moulin Lyon 3, décembre 2016, p. 110.

Crown has a duty to act in the best interests of all new-zealanders »⁵². En conséquence, deux intérêts contradictoires peuvent s'opposer : l'intérêt du groupe maori qui fait valoir une violation du Traité et l'intérêt général. Il pourrait être admis que l'intérêt général l'emporte. Cependant, la solution proposée en l'occurrence ne manque pas de finesse. Il peut être admis que la restitution du territoire n'est pas possible car elle léserait trop les intérêts de tous. Pour autant, il importe que les violations du Traité soient corrigées. La compensation permet de reconnaître officiellement à la fois ces erreurs et les droits originaux des groupes maoris, puisque toute négociation doit être approuvée par le parlement néo-zélandais, tout en limitant de créer des insécurités juridiques foncières. Il est ainsi possible d'offrir, lorsque la perte de terre ou de ressources est avérée, la reconstruction d'une base économique par l'attribution d'une compensation financière⁵³.

La différence avec la Nouvelle-Calédonie apparaît de manière frappante lorsque l'on considère les racines de la redistribution : lorsqu'en Nouvelle-Zélande tout nous ramène au Traité et aux implications juridiques historiques qu'il implique, la Nouvelle-Calédonie a préféré faire table rase du passé.

L'expression semble sans doute un peu forte mais on ne peut que remarquer que si les successifs accords ont reconnus la notion de « lien à la terre », si le rééquilibrage est incontestablement inscrit dans la Nouvelle-Calédonie contemporaine, le choix a pourtant été fait d'offrir des solutions déconnectées du passé. Rééquilibrage oui, mais dont l'exemple le plus marquant en est la clé de répartition volontairement déséquilibrée⁵⁴. Pour autant doit-on considérer que seules les provinces Nord et des îles Loyauté peuvent constituer une représentation des populations kanak ? Redistribution oui, mais dans quelle mesure sont-elles ajustées à la réalité historique ? Si le lien à la terre est clairement reconnu, il n'en reste pas moins que la restitution de foncier l'a emporté sur la mise en valeur des droits existants avant la colonisation. Elle s'est donc bâtie sur les reconnaissances notoires existantes au moment de la restitution, plutôt que sur une étude minutieuse appuyées de preuves⁵⁵.

De fait, la seule tentative de revendication d'un titre coutumier portée devant la justice s'est soldée par un rejet qui laisse pendante cette question. En effet, si dans cette affaire, le rapporteur avait évoqué la question d'un titre coutumier pour la rejeter, la Cour de cassation ne s'est pas véritablement prononcée sur le sujet. Elle se borne à soulever que si le demandeur, pour revendiquer la possession d'une terre en litige, se fonde

⁵² Office of Treaty Settlements, *op.cit.* p.24.

⁵³ Office of Treaty Settlements, *op.cit.* p.81.

⁵⁴ Article 181 de la loi organique n° 99-209.

⁵⁵ P. CHATELAIN, *op.cit.* p. 159.

sur « *la prétendue antériorité du « lien à la terre » et des prérogatives conférées par la coutume au détenteur de cette prétendue « terre coutumière* »⁵⁶ », il n'en apporte pas la preuve de la propriété « (...) *faute d'établir l'existence d'une possession continue et antérieure aux titres contestés (...) qui se serait poursuivie de façon publique, paisible et non équivoque jusqu'à ce jour* ».

La solution laisse quelque peu sur sa faim. On ne peut en effet y voir une reconnaissance du « titre coutumier » puisqu'il existe la nécessité d'une possession qui aurait été continue et paisible jusqu'au moment de la revendication. Or, si tel avait été le cas, la terre aurait soit déjà été coutumière car intégrée dans les terres de réserves, soit plus ou moins été occupée sans qu'aucune propriété publique ou privée ne l'ait grevée et aurait pu être attribuée par l'ADRAF au nom du « lien à la terre ».

La situation telle qu'elle était présentée à la Cour visait, au contraire, à revendiquer une terre privée sur la base d'un droit antérieur. En la soumettant à l'obligation de possession continue et paisible, la Cour de cassation survole le sujet sans apporter de réponse claire : la seule mention de ce titre suffit-il à le faire exister ou au contraire le nie-t-il ? Dans l'hypothèse où une terre en Nouvelle-Calédonie aurait pu être occupée paisiblement et de manière continue par un clan, sans avoir été intégrée dans le champ des terres coutumières et sans relever de la propriété publique ni privée, le clan pourrait-il y faire valoir un titre de propriété coutumier ? Si la restitution d'une telle terre n'est pas possible, est-il possible d'envisager un dédommagement ?

Cette hypothèse semblant hautement improbable, il n'apparaît pas qu'une reconnaissance d'une propriété originelle trouve son chemin en Nouvelle-Calédonie pour le moment.

CONCLUSION

À l'issue de cette brève étude, il apparaît que deux chemins bien distincts se sont fait pour assurer la légitime aspiration à la terre des peuples autochtones.

D'un côté, cette revendication s'est assise sur l'histoire et la mise en lumière des pratiques et traditions pratiquées par le peuple autochtone. De l'autre, le choix de laisser les souvenirs en arrière et de proposer de nouvelles solutions.

Ces choix sont finalement assez révélateurs du système juridique qui prévaut dans chacun des pays : la Nouvelle-Zélande, pays de *common law*, a finalement privilégié une étude au cas par cas, laissant l'interprétation des

⁵⁶ C.CASS, 3ème chambre civile du 21 mai 2014, n° 12-25432.

textes aux juges. Ce n'est que par la suite que les principes dégagés ont irrigué la législation. La Nouvelle-Calédonie, héritière de la tradition française, a préféré élaborer un droit *sui generis* que les juridictions vont maintenant pouvoir mettre en pratique et qu'elles ont d'ailleurs déjà contribué à éclaircir.

Les choix sont peut-être aussi le reflet d'une situation politique différente : la Nouvelle-Calédonie est inscrite sur la liste des pays à décoloniser. Dans cette optique, compte tenu des antagonismes existants et, bien que l'issue soit encore incertaine, repartir sur des bases neuves permet à chacune des parties de maintenir une certaine neutralité sur le passé. La Nouvelle-Zélande n'est pas concernée par de telles visées indépendantistes, aussi semble-t-il dans son intérêt de maintenir un juste équilibre entre toutes les communautés qui la composent, dans le respect d'un passé commun et pour un futur qui s'entremêlera.

Il n'est pas dans le propos de cette étude de distinguer si un système a plus de vertu qu'un autre, mais simplement distinguer en quoi la reconnaissance juridique ou non d'une propriété antérieure a contribué à orienter les choix opérés dans la redistribution des terres.

Cependant, il nous reste à souligner que la Nouvelle-Calédonie ne fera peut-être pas l'économie d'un véritable débat sur la propriété originelle au fur et à mesure que la coutume prendra sa place dans le corpus juridique calédonien. Le sujet d'une propriété originelle est, et demeurera sensible en Nouvelle-Calédonie, d'une part, parce que la question foncière n'est pas considérée comme officiellement réglée, d'autre part parce que la Nouvelle-Calédonie n'a sans doute pas les moyens d'une politique plus ambitieuse en matière de redistribution foncière. Or, il ne fait pas de doute qu'une politique basée sur une propriété originelle générerait une instabilité foncière et des coûts qui paraissent difficilement envisageables alors que la Nouvelle-Calédonie entame la phase finale prévue par l'Accord de Nouméa.

**II – VARIATIONS SUR LES
QUESTIONS
INSTITUTIONNELLES
ULTRAMARINES**

Des concepts de « Pays d’Outre-Mer Associé (POMA) » et de délégation de souveraineté

Par Carine David

Professeur de droit public, Université des Antilles
Laboratoire Caribéen en Sciences Sociales (LC2S)

« Notre actuelle Constitution est une honorable quinquagénaire qui a longtemps préservé sa quasi-intégrité avant de découvrir sur le tard le plaisir d’être touchée et retouchée. Une nouvelle séance de touchettes ne devrait donc pas être pour lui déplaire ».¹

Ces propos, que tous ceux qui connaissaient Guy Agniel en conviendront avec moi, sont tellement caractéristiques de leur auteur, prennent une résonance particulière en cette fin d’année 2019, à mi-chemin entre les premier et deuxième référendum d’autodétermination prévus par l’accord de Nouméa. A quelques encâblures de cette nécessaire « séance de touchettes » que la Nouvelle-Calédonie imposera inévitablement à la Loi fondamentale française.

Dans le présent ouvrage, intitulé « L’Océanie dans tous ses États », réunissant des contributions en hommage à Guy Agniel, il semblait difficile pour la constitutionnaliste que je suis de ne pas parler de souveraineté. De souveraineté de la Nouvelle-Calédonie, de la France, des États et territoires d’Océanie... Sujets sur lesquels nous avons longuement échangés, moi sagement assise sur cette chaise en face de son bureau qui a vu défiler autant d’étudiants que de collègues venus prendre l’avis du « vieux », du « sage », du « sachant ».

Prenant en considération le contexte politique actuel de la Nouvelle-Calédonie, il m’est alors apparu intéressant de revenir sur l’un des derniers concepts formulés par Guy Agniel et d’essayer de prolonger la réflexion pour contribuer ainsi à faire revivre ses idées tout en les prolongeant et les actualisant pour tenir compte de l’évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie. En effet, s’atteler à exposer et développer les concepts proposés par notre regretté collègue de « délégation de souveraineté » et de « Pays d’Outre-Mer Associé (POMA) »² est alors apparu comme une évidence au vu de l’actualité politique du « Pays ».

¹ https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/la_delegation_de_souverainete_agniel.pdf

² Agniel Guy, *Relation associative, îles Cook et Niue : la conception néo-zélandaise de l’association* », Destins des collectivités politiques d’Océanie, volume I, Théories et pratiques, (dir. Jean-Yves FABERON, Viviane FAYAUD et Jean-Marc REGNAULT), P.U.A.M. 2011, pp. 363-371 ou encore Agniel Guy, *L’hypothèse de Pays d’Outre-Mer associé (POMA)* », Destins des collectivités politiques d’Océanie, volume II, Singularités,

Guy Agniel était un chercheur inventif, dans une quête insatiable de solutions nouvelles, à la hauteur de l’originalité de l’histoire politique et institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, son pays.

Son sens inné du verbe nous vaut aujourd’hui des expressions qui resteront définitivement dans le vocabulaire juridique calédonien. Il y a bien sûr le fameux « yoyo institutionnel »³ qui exprime si bien le mouvement de va-et-vient statutaire au cours des années 60 à 80, qui tantôt conduisait à un accroissement, tantôt à une réduction de l’autonomie de la Nouvelle-Calédonie.

On retiendra aussi le « droit à la bouderie »⁴ caractérisant certaines modalités de fonctionnement du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie en cas de crise politique, issues de la réforme de la loi organique statutaire de 2011⁵.

Malgré ce sens du verbe, Guy Agniel n’a jamais été satisfait de cette notion de « délégation de souveraineté », qu’il a explicité pour la première fois en 2008⁶ et qu’il souhaitait faire évoluer, sans jamais parvenir à trouver une formule acerbe et si explicite dont il avait le secret. Sur le fond, de la même manière, Guy Agniel n’est jamais parvenu à trancher sur certains points relatifs à ce concept visant à proposer une nouvelle conception des relations entre la République française et son outre-mer en général et la Nouvelle-Calédonie en particulier.

L’objet de cette contribution est triple. Il s’agit tout d’abord de remettre en lumière cette idée d’une délégation de souveraineté caractérisant une relation décomplexée de la République française avec ses collectivités ultramarines (I). Il s’agit ensuite de recentrer la réflexion sur la Nouvelle-Calédonie qui était en réalité seule visée par son auteur (II). Il s’agit enfin de faire évoluer la proposition de Guy Agniel dans une perspective réactualisée

(dir. Jean-Yves FABERON, Viviane FAYAUD et Jean-Marc REGNAULT), P.U.A.M. 2011, pp. 771-774.

³ G. Agniel, « L’expérience statutaire de la Nouvelle-Calédonie ou de l’étude du mouvement du yo-yo au service de l’évolution institutionnelle d’un territoire d’outremer », in "L’avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L’évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques", *Les études de la documentation française*, 1997, p. 41.

⁴ G. Agniel, « Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie : du « droit à la bouderie »... à la délégation de souveraineté ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2 (n° 90), pp. 227-238. DOI : 10.3917/rfdc.090.0227. URL : <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2012-2-page-227.htm>

⁵ Loi organique n° 2011-870 du 25 juillet 2011 modifiant l’article 121 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF* n° 0171 du 26 juillet 2011, p. 12705.

⁶ G. Agniel, « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, 2008/4 (n° 127), pp. 135-149. DOI : 10.3917/pouv.127.0135. URL : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2008-4-page-135.htm>

et comparatiste et ainsi nourrir la réflexion sur l'avenir constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie (III).

I – LA DÉLÉGATION DE SOUVERAINÉTÉ POUR LES « POMA » : POUR UNE RELATION D'ALTÉRITÉ ENTRE LA RÉPUBLIQUE FRANÇAISE ET LES COLLECTIVITÉS ULTRAMARINES

Selon Guy Agniel, la délégation de souveraineté avait pour objectif d'inviter à la réflexion pour reconnaître l'altérité de l'outre-mer français et sa coexistence harmonieuse avec la France métropolitaine au sein de la République française. Il en esquissait à grands traits les caractéristiques (A), qui ne sont pas sans rappeler certains éléments de la Communauté issue de la rédaction initiale de la Constitution de 1958 (B).

A - Une délégation de souveraineté à l'égard des « POMA »

Le concept de délégation de souveraineté a d'emblée été présenté par Guy Agniel comme relatif à l'ensemble de l'outre-mer français, visant à remplacer la juxtaposition actuelle de solutions individuelles, balisée par la dichotomie – de plus en plus illisible au demeurant - exprimée par les articles 73 et 74 de la Constitution. Notre regretté collègue prévoyait un « binôme constitutionnel », associant la France à son outre-mer, désigné sous le vocable de « Pays d'Outre-Mer Associé (POMA) », fondé sur le concept de délégation de souveraineté.

Pour Guy Agniel, le « POMA » a vocation à exercer en autonomie de nombreuses compétences, tout en insistant sur l'unicité de la compétence internationale, devant être réservée à l'État. On voit dans cette réserve l'expression de la déférence de Guy Agniel par rapport à sa discipline de prédilection, le droit international public. Sous cette réserve, le « POMA » peut potentiellement se voir confier l'exercice de toutes les compétences, dont certaines seront ensuite rétrocédées à l'État. Le « POMA » serait alors le mandant et la France le mandataire, dans un schéma très clairement affiché comme inspiré de l'exemple des Iles Cook, dont Guy Agniel a très tôt et en précurseur loué les atouts et le caractère particulièrement adapté à la problématique calédonienne.

Le transfert des différentes compétences se ferait sur une base volontaire et progressive, selon un calendrier décidé par une loi du pays de chaque assemblée locale, reprise dans une loi nationale. Ce calendrier serait donc décidé par chaque territoire en tenant compte des aspirations de sa propre population. Guy Agniel envisageait que ce concours de volontés puisse être matérialisé par un accord « international interne », de même

nature que la convention fiscale franco-calédonienne⁷. L'accord de délégation de souveraineté ainsi conclu serait ensuite soumis à référendum local.

La délégation serait consentie pour une durée déterminée tout en couvrant un temps suffisamment long pour assurer une certaine stabilité politico-institutionnelle. Le « POMA » déciderait lui-même du renouvellement de son statut.

En conséquence de cette organisation, des arrangements institutionnels devraient être consentis. Ainsi, les parlementaires issus des « POMA » n'auraient qu'une compétence consultative pour les textes nationaux intervenant dans les domaines de compétences transférés, une chambre paritaire (métropole/outre-mer) spécifique pouvant être créée pour adopter les textes spécifiquement conçus pour les collectivités ultra-marines, selon une logique proche des accords de coopération entre territoires d'outre-mer autonomes caribéens, prévus par le Statut du Royaume néerlandais⁸.

Enfin, une citoyenneté locale pourrait être créée dont les contours n'ont pas fait l'objet de développements de la part de l'auteur.

Voici en quelques paragraphes, dressé la construction institutionnelle proposée par Guy Agniel. On le voit, l'auteur n'a pas développé plus avant cette proposition dont la source d'inspiration, outre le statut des Iles Cook dont il a tâté perçu la pertinence pour la Nouvelle-Calédonie, réside en partie dans la Communauté de 1958 dont il maîtrisait fort bien les ressorts.

B – La délégation de souveraineté, en écho à la Communauté de 1958

Ce n'est donc pas un hasard si Guy Agniel proposait opportunément d'introduire les dispositions relatives à cette nouvelle architecture dans une nouvelle mouture du Titre XIII de la Constitution, lequel aurait pu être intitulé « Les Pays associés ».

Le Titre XII de la Constitution serait ainsi réservé aux collectivités métropolitaines, alors que le nouveau Titre XIII serait consacré à l'Outre-mer, remplaçant les dispositions initiales relatives à la Communauté, elles-mêmes abrogées en 1992⁹ puis remplacées par les dispositions transitoires

⁷ Convention entre le gouvernement de la République française et le conseil de gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et dépendances en vue d'éviter les doubles impositions et de prévenir l'évasion fiscale (ensemble un protocole), approuvée et publiée par la loi n° 83-676 du 26 juillet 1983, *JORF* du 27 juillet 1983.

⁸ Article 38 paragraphes 1 et 2 du Statut du Royaume.

⁹ Loi constitutionnelle n° 92-554 du 25 juin 1992 ajoutant à la Constitution un titre : « Des Communautés européennes et de l'Union européenne », *JORF*, n° 147 du 26 juin 1992.

relatives à la Nouvelle-Calédonie, issues de la révision constitutionnelle de 1998¹⁰ pour mettre en œuvre l’accord de Nouméa du 5 mai 1998¹¹.

Cette proposition n’est pas anodine dans la mesure où la proposition de Guy Agniel présente des similitudes avec les dispositions initiales de la Constitution de 1958 relatives à la Communauté. En effet, la Constitution de 1958 envisageait l’outre-mer sous différentes formes : à la classique différentiation entre les départements d’outre-mer (DOM) et les territoires d’outre-mer (TOM), s’ajoutaient les États membres de la Communauté (territoires d’Afrique Noire et Madagascar), formant avec la France un ensemble de type fédéral, ainsi que les États associés ayant accédés à l’indépendance mais pouvant passer des accords conventionnels d’association¹² avec la République française.

Il est à cet égard intéressant de constater que lors des débats préalables à la rédaction de la Constitution de 1958, la question de la nature de la relation entre la France et ses anciennes colonies avait été initialement envisagée en opposant deux options : fédération v. confédération. Contrairement à une idée reçue, l’option fédérale n’est donc pas un débat totalement étranger à la Vème République, bien que cantonné à l’outre-mer.

Néanmoins, le recours à une terminologie relevant d’un registre totalement opposé à la tradition jacobine et décentralisatrice française ne manqua évidemment pas de générer des oppositions. Afin de dépassionner le débat et la stigmatisation des discussions autour de ces deux options, le Comité consultatif constitutionnel tenta de trouver une méthode aboutissant à la mobilisation d’un lexique alternatif.

« La méthode utilisée est définie en ces termes par le président du comité consultatif constitutionnel : « cette méthode réaliste a permis d’aboutir à un accord sur la création d’une communauté. Celle-ci est conçue de telle façon qu’elle peut à la fois respecter la situation particulière de certains de ses membres et s’adapter à l’évolution du monde sans que soit à l’avance présumé le sens de cette évolution ». »¹³.

Le projet de constitution issu des travaux du comité avait en conséquence apporté un certain nombre de modifications au texte initial.

¹⁰ Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, n° 166 du 21 juillet 1998.

¹¹ Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, *JORF*, n°121 du 27 mai 1998, p. 8039.

¹² Parallèlement à la Communauté, le titre XIII de la Constitution concerne les États qui ont récemment accédé à l’indépendance (Indochine, Laos, Cambodge, Tunisie, Maroc). Il est prévu une association entre la France et ses États nouvellement indépendants. L’absence de lien organique vise à rassurer les jeunes États. Néanmoins, l’article 88 restera lettre morte et aucun accord d’association ne sera conclu.

¹³ F. Borella, « Le fédéralisme dans la Constitution française du 4 octobre 1958, *Annuaire de droit international*, 1958, p. 665.

Outre l'ajout dans le Préambule de la référence au principe de libre administration des peuples d'outre-mer que l'on retrouve toujours aujourd'hui, les rédacteurs avaient prévu la mutabilité du statut de TOM, laquelle pouvait aboutir à l'indépendance.

Il s'avère néanmoins que malgré le changement de vocabulaire, la dichotomie fédération/confédération figurait bien dans la version initiale de la Constitution telle que promulguée le 4 octobre 1958. F. Borella a fort bien explicité celle-ci en distinguant fédéralisme organique et fédéralisme inorganique. Ainsi que l'affirmait M. Prélot : « *Nous dirons que telle qu'elle se présente, la communauté est plus qu'une confédération, moins qu'un État fédéral* »¹⁴.

Les compétences relevant de l'État français étaient fixées par l'article 78 de la Constitution sous la forme d'un socle minimum de compétences communes, à savoir la politique étrangère, la défense, la monnaie, la politique économique et financière, la politique des matières premières stratégiques. La garantie des libertés fondamentales, le contrôle de la justice et le statut de la magistrature étaient pour leur part des compétences exclusives de l'État. Enfin, l'article 78 alinéa 2 de la Constitution prévoyait que, sauf accord particulier, le contrôle de la justice, l'enseignement supérieur, l'organisation générale des transports extérieurs et communs et des télécommunications étaient des compétences de la Communauté. Il était donc loisible de réduire ou d'élargir les compétences de la Communauté par la voie conventionnelle *via* « les accords de Communauté »¹⁵.

Si le socle de compétences incombant obligatoirement à l'État est plus important dans le cadre de la Communauté, on retrouve néanmoins le caractère malléable du partage de compétences et son adaptabilité à la situation particulière des territoires, ainsi que le caractère conventionnel de la relation entre la République française et le POMA proposée par Guy Agniel.

D'un point de vue institutionnel, les différences sont plus flagrantes entre la Communauté et les « POMA ». Pour rappel, la Communauté était dotée d'un président, dédoublement fonctionnel du Président de la République, omniprésent et seul détenteur de véritables pouvoirs. Le conseil exécutif, sorte de conseil intergouvernemental des États membres, avait simplement un rôle consultatif. Aux côtés de cet exécutif, figurait un Sénat de la Communauté, composé de délégués choisis par le Parlement et par les assemblées des États membres. Là encore, le Sénat n'avait le plus souvent

¹⁴ M. Prélot, *Pour comprendre la nouvelle Constitution*, Paris, Le Centurion, 1958, p. 57. Cité in F. Borella, Op, cit., p. 668.

¹⁵ Bien qu'il ne soit pas précisé si les accords en question étaient passés entre la France et chaque territoire ou État ou entre chaque État et la communauté.

qu’une compétence consultative¹⁶. Enfin, la cour arbitrale, composée de 7 juges nommés pour 6 ans par le Président de la Communauté, telle une Cour suprême d’un État fédéral, ne pouvait être saisie que par les États membres de la Communauté.

On le voit la structure institutionnelle proposée par Guy Agniel diffère sensiblement de celle de la Communauté. Cela s’explique certainement par le fait que la vocation de la délégation de souveraineté à englober l’ensemble de l’outre-mer français n’était pas totalement assumée par l’auteur, on y reviendra plus tard. En conséquence, le volet institutionnel de la construction englobante de l’outre-mer esquissée par Guy Agniel est moins convaincant.

Notons en tout état de cause que les dispositions de la Constitution de 1958 relatives à la Communauté seront rapidement révisées puisque tous les territoires ayant vocation à être membres de celle-ci sont devenus indépendants dès 1960. Dès lors, est opérée une révision de la Constitution¹⁷ afin de tenir compte des évolutions politiques en cours. L’idée est de préserver le principe de la Communauté en permettant à un État devenu indépendant ou souhaitant le devenir de rester membre de la Communauté, ce qui était exclu jusqu’alors. L’analyse à cet égard formulée par F. Borella fait particulièrement écho à la situation actuelle de la Nouvelle-Calédonie : « *La transformation de la Communauté constitutionnelle en Communauté conventionnelle apparaît ainsi comme le fruit de la revendication de l’indépendance sans rupture avec la France formulée par la Fédération du Mali et la République Malgache* »¹⁸.

En conséquence, sont alors prévues « *deux voies qui conduisent à l’indépendance : celle de la sécession, dont le Mali et Madagascar n’ont pas voulu et celle de la convention, qui n’implique ni rupture, ni séparation* »¹⁹.

De ces nouvelles dispositions, le Général De Gaulle dira le 5 juin 1960 devant le Sénat : « *La communauté conventionnelle qui tente de se construire depuis quelques mois est fondée sur des bases saines, mais l’avenir révèlera si son heure n’est pas ou trop tardive ou trop prématurée pour qu’elle puisse réussir* »²⁰.

¹⁶ Sauf lorsqu’il s’agissait de modifier les dispositions constitutionnelles relatives à la Communauté et dans les domaines où le Sénat avait reçu délégation des assemblées législatives des États membres de la Communauté. Dans ce dernier cas, les décisions du Sénat avaient la même valeur que la loi nationale.

¹⁷ Loi constitutionnelle n° 60-525 du 4 juin 1960, *JORF*, 8 juin 1960.

¹⁸ F. Borella, L’évolution de la Communauté en 1960 : de la Communauté constitutionnelle à la Communauté conventionnelle, *Annuaire français de droit international*, 1960, p. 930.

¹⁹ Intervention de M. Foyer, *JO Débats, Sénat*, 18 mai 1960, p. 212. Cité in Borella, *op. cit.* p. 939.

²⁰ Cité in Borella, *op. cit.*, p. 950.

La clairvoyance d’un discours masquant difficilement la conviction que ce ne sont pas les territoires venant d’accéder à l’indépendance qui utiliseront ces dispositions mais peut-être d’autres, plus tard, peut être souligné et renvoie aux questionnements actuels concernant la Nouvelle-Calédonie et qui ont largement influencé la pensée de Guy Agniel, car malgré l’affirmation d’une vocation à l’ensemble de l’outre-mer, la construction proposée par l’auteur calédonien semble à l’évidence pensée au premier chef pour la Nouvelle-Calédonie.

II – LA DÉLÉGATION DE SOUVERAINETÉ, UN CONCEPT INDUBITABLEMENT PENSÉ PAR LE PRISME DE L’AMBIVALENCE CALÉDONIENNE

Le statut de « POMA » et la délégation de souveraineté semblent en effet répondre prioritairement aux enjeux politiques et institutionnels spécifiques et actuels de la Nouvelle-Calédonie (A), plutôt que de s’adresser à l’ensemble de l’outre-mer (B).

A – Une solution sur mesure pour sortir de l’impasse calédonienne

De façon évidente, la réflexion de Guy Agniel sur cette délégation de souveraineté reflète sans conteste l’ambivalence consubstantielle à la situation calédonienne et se situe dans l’entre-deux, même si elle reste influencée par les convictions personnelles de l’auteur. L’équation telle que la formulait Guy Agniel était la suivante : comment répondre à une revendication indépendantiste qui paraît économiquement difficile à assumer, tout en satisfaisant au mieux la volonté politique ?

Cette ambivalence innerve la réflexion de l’auteur calédonien dans sa conception même, tel un paradigme inversé : c’est la Nouvelle-Calédonie qui transférerait à la France les compétences qu’elle serait dans l’incapacité d’exercer par elle-même. Le défi intellectuel fixé est clair, tout en étant empreint d’une ambivalence proche de la schizophrénie : il s’agit dans son esprit de permettre à la Nouvelle-Calédonie de déléguer sa souveraineté sans passer par la souveraineté. Là encore, on retrouve la personnalité chahuteuse de Guy Agniel et ce jeu du chat et de la souris, tant présente chez lui que ce soit dans ses écrits ou dans ses relations humaines.

« *Au-delà de l’accord de Nouméa, en-deçà de la souveraineté* », disait Guy Agniel. Outre l’influence historique évoquée plus haut, ce « *pacte de délégation de souveraineté* » révèle une autre source d’inspiration de Guy Agniel qu’il affectionnait particulièrement : les régimes politiques insulaires du Pacifique et plus marginalement de la Caraïbe, avec Porto Rico. En effet, le cadre constitutionnel français est un carcan trop rigide pour y puiser des éléments de solution, comme le disait

Nicolas Sarkozy lors d’un discours le 24 juin 2010. Pour construire sa proposition, Guy Agniel est allé puiser dans les exemples qu’il connaissait si bien et dont il était certainement le seul véritable expert français : les Iles Cook, Niue, les Mariannes du Nord ou encore les États fédérés de Micronésie, mais également d’autres exemples plus lointains comme Porto Rico.

D’ailleurs, il paraît assez clair que son parti pris pour un transfert de l’ensemble des compétences au « POMA » qui pourrait ensuite rétrocéder ses compétences à l’État central provient des Iles Cook. De même, la réserve quant à un transfert des relations internationales trouve certainement en partie son origine dans la Déclaration de la Nouvelle-Zélande de 2001 quant au droit des Iles Cook d’agir comme un État souverain et indépendant, tout en restant dans le giron d’un État néozélandais pour lequel la limite à ne pas franchir est la revendication d’un siège de membre de l’Assemblée générale des Nations-Unies²¹.

Ce détour par le droit comparé permet de discerner trois cadres de référence selon Guy Agniel²² :

- Le modèle du Commonwealth à l’américaine qui sous-tend la maîtrise complète ou quasi-totale des affaires internes et une autonomie plus relative dans la conduite des affaires extérieures, dans le cadre d’un « compact » ou « covenant » approuvé par les populations, dont les exemples les plus connus sont Porto Rico et les Mariannes du Nord. L’accord ainsi passé est un accord interne et non international et donc soumis à la Constitution des États-Unis d’Amérique²³. Cette solution se révèle être en réalité un mécanisme de décentralisation dont les caractéristiques sont finalement assez proches de l’actuel statut de la Nouvelle-Calédonie.
- Le modèle de l’État associé tels les États Fédérés de Micronésie, les Iles Marshall ou Palau qui bien qu’étant des États disposant d’un siège aux Nations-Unies sont « inféodés » aux États-Unis. Les relations entre ces petits États insulaires et l’hyperpuissance américaine sont matérialisées par un accord international, considéré par Guy Agniel comme « *la traduction en vocabulaire politiquement correct du protectorat de l’époque coloniale* »²⁴.

²¹ Cook Islands 2001 Joint Centenary Declaration, <https://www.mfat.govt.nz/assets/Pacific1/Cook-Islands-2001-Joint-Centenary-Declaration-signed.pdf>

²² G. Agniel, « Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie : du « droit à la bouderie »... à la délégation de souveraineté ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2 (n° 90), *op. cit.*

²³ *Ibid*, p. 233.

²⁴ *Ibid*, p. 234.

- Enfin, le modèle du territoire ou pays associé avec « délégation de souveraineté », dont les deux exemples connus sont les Iles Cook et Niue.

Parlant de la délégation de souveraineté, inspirée de l’expérience des Îles Cook, Guy Agniel ajoutait que « *l’expression n’est surement pas la plus heureuse* »²⁵. Pourtant, il était convaincu que cette dernière forme était la plus appropriée pour rapprocher les points de vue inconciliables des partisans de l’indépendance et des défenseurs d’une Nouvelle-Calédonie française.

Pas tout à fait souveraineté, mais plus que la simple autonomie, la construction posée par Guy Agniel a le mérite de se situer à mi-chemin entre les revendications indépendantistes et la volonté loyaliste. Si elle est susceptible de constituer une solution médiane satisfaisante en Nouvelle-Calédonie, elle ne semble néanmoins pas correspondre aux besoins exprimés par les autres collectivités ultramarines.

B – Une proposition difficilement transposable à l’ensemble de l’outre-mer français

Un élément de la théorie développée par Guy Agniel auquel il nous semble difficile de souscrire en l’état actuel des réflexions sur l’outre-mer est d’envisager un cadre unique pour englober des situations aussi différentes que celles de La Réunion ou Mayotte et de la Nouvelle-Calédonie.

Il semble en effet que le postulat même d’un statut à la carte selon un mode d’auto-organisation semble difficilement envisageable pour des territoires qui sont réticents à des évolutions statutaires minimales visant à les autonomiser de manière très marginale.

En effet, malgré la souplesse introduite dans sa conception, l’objectif d’une solution extensible à l’ensemble des collectivités ultramarines nécessiterait de tempérer certains aspects de la proposition formulée par Guy Agniel, tels que l’octroi d’un pouvoir législatif local généralisé.

Il paraît effectivement peu crédible d’envisager une extension de la loi du pays à l’ensemble des collectivités ultramarines. D’une part, parce que tout spécialiste du droit de l’outre-mer sait qu’il est assez évident que la représentation nationale ne serait pas prête à franchir un tel pas. D’autre part, parce que certaines collectivités ultramarines ne sont absolument pas demandeuses d’une telle autonomie.

On voit mal en effet La Réunion, dont les réticences quant à une évolution somme toute minimale de son pouvoir normatif est gravé dans le

²⁵ *Ibid*, p. 235.

marbre constitutionnel à l’article 73 alinéa 5 de la Constitution depuis 2003, adhérer à une telle évolution. Si les élus de La Réunion ont refusé la possibilité de bénéficier d’habilitations leur permettant d’intervenir dans les domaines de compétences étatiques par la voie réglementaire²⁶, il est fort peu probable que la collectivité soit encline quelques années plus tard²⁷ à revendiquer un statut de Pays d’Outre-Mer Associé lui conférant une autonomie de nature fédérale²⁸.

De même, la volonté de la population mahoraise exprimée par référendum en 2009²⁹ de transformer la collectivité de Mayotte en département régi par l’article 73 de la Constitution et exerçant les compétences des départements et régions d’outre-mer atteste de cette absence de vocation universaliste de la délégation de souveraineté et du statut de Pays d’Outre-Mer Associé.

Les référendums organisés dans les départements français d’Amérique en 2003³⁰ et 2010³¹ sur le fondement des articles 72-4 et 73 de la Constitution ne sont également pas foncièrement indicateur d’une volonté débridée de ces collectivités pour une autonomie telle que celle conférée par le statut de Pays d’Outre-Mer Associé. Certes, les populations de Saint-Martin et Saint-Barthélemy³² ont décidé de passer du statut de commune à

²⁶ Ces règles ne peuvent porter sur la nationalité, les droits civiques, les garanties des libertés publiques, l’état et la capacité des personnes, l’organisation de la justice, le droit pénal, la procédure pénale, la politique étrangère, la défense, la sécurité et l’ordre publics, la monnaie, le crédit et les changes, ainsi que le droit électoral, cette énumération pouvant être précisée et complétée par une loi organique.

²⁷ Rappelons que la proposition de Guy Agniel a été formulée en 2008.

²⁸ Et ce même si la dérogation introduite à l’article 73 alinéa 5 de la Constitution est aujourd’hui dénoncée par nombre d’élus et citoyens réunionnais. Voir la lettre ouverte à Emmanuel Macron de Anaïs Patel et Ferdinand Mélin-Soucramanien : <https://www.clicanoo.re/Societe/Article/2019/10/23/Lettre-ouverte-Emmanuel-Macron-de-Anais-Patel-et-Ferdinand-Melin>

²⁹ Référendum du 29 mars 2009 organisé sur le fondement de l’article 72-4 de la Constitution et portant sur la création de la collectivité unique de Mayotte régie par l’article 73 de la Constitution, acceptée à 95,24 % des populations concernées.

³⁰ Référendum du 7 décembre 2003 organisés sur le fondement de l’article 73 de la Constitution portant sur la création de la collectivité unique de Guadeloupe et de la collectivité unique de Martinique régies par l’article 73 de la Constitution, refusées respectivement par 72,98 % et 50,48 % des populations concernées.

³¹ Référendum du 10 janvier 2010 organisés sur le fondement de l’article 72-4 de la Constitution portant sur la création de la collectivité d’outre-mer de Guyane et de la collectivité d’outre-mer de Martinique régies par l’article 74 de la Constitution, refusées respectivement par 70,22 % et 79,30 % des populations concernées et référendum du 24 janvier 2010 organisés sur le fondement de l’article 73 de la Constitution portant sur la création de la collectivité unique de Guyane et de la collectivité unique de Martinique régies par l’article 73 de la Constitution, acceptées respectivement par 57,49 % et 68,32 % des populations concernées.

³² Référendum du 7 décembre 2003 organisés sur le fondement de l’article 72-4 de la Constitution portant sur la création de la collectivité d’outre-mer de Saint-Barthélemy et de

celui de collectivités de l’article 74 de la Constitution. Certes, la Guyane et la Martinique pourraient vouloir voir leur statut de collectivité unique, dont elles sont dotées depuis 2015, évoluer vers plus d’autonomie. Certes, les élus guadeloupéens réunis en Congrès les 26 et 27 juin 2019³³ ont adopté plusieurs résolutions visant à « *une évolution de la gouvernance locale* »³⁴ réclamant un pouvoir législatif local et une autonomie fiscale, tout en ne souhaitant pas une évolution vers une collectivité de l’article 74 de la Constitution...

Mais il paraît peu probable que les populations des collectivités ayant refusé de basculer du statut de collectivités de l’article 73 régies par le principe d’identité législative à celles de collectivités d’outre-mer de l’article 74, lesquelles se voient appliquer le principe de spécialité législative, il y a de cela quelques années, acceptent de s’engager dans une telle voie.

Dès lors, il semble que si l’architecture constitutionnelle actuelle ne semble plus apte à répondre à la diversité des aspirations des collectivités ultramarines, envisager l’universalité du statut de « POMA » au sens entendu par Guy Agniel semble une entreprise vouée à l’échec.

La Nouvelle-Calédonie connaît une situation politico-juridique très spécifique. En conséquence, il paraît plus pertinent de réfléchir isolément à la situation de cet archipel, qui est la seule collectivité ultramarine à revendiquer véritablement la sécession. Dès lors, et en cas de « Non » à l’indépendance réitérés aux deux référendums restant à organiser d’ici fin 2022, l’évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie se fera certainement dans le sens d’une autonomie accrue, tout en devant rester dans le giron de l’État français pour respecter la volonté exprimée à trois reprises par les populations concernées.

III – RESTER FRANÇAIS EN SORTANT DE LA RÉPUBLIQUE : AU-DELA DE LA COMMUNAUTÉ, EN DEÇA DE LA SOUVERAINÉTÉ INTERNATIONALE

À cet égard, la base de réflexion que constitue la proposition de Guy Agniel d’un statut de Pays d’Outre-Mer Associé paraît féconde, même si elle nécessite quelques ajustements. En effet, il apparaît que la recherche d’une solution pérenne – qui était l’objectif posé par Guy Agniel – si d’aventure elle s’avérait envisageable sans passer par le « Oui » au référendum d’autodétermination, semble devoir passer par une relation de

la collectivité d’outre-mer de Saint-Martin régies par l’article 74 de la Constitution, acceptées respectivement par 95,51 % et 76,17 % des populations concernées.

³³ M. Thomas, « Vers un statut d’autonomie pour la Guadeloupe sans le dire expressément », *People Bo Kay*, 29 juin 2019. <https://www.people-bokay.com/vers-un-statut-dautonomie-pour-la-guadeloupe-sans-le-dire-expressément/>

³⁴ Résolution n° 1.

type fédérale (B) qui pourrait justifier une sortie de la Nouvelle-Calédonie du cadre républicain pour éviter la propagation de la solution à d'autres collectivités (A).

A – La nécessité d'une autonomie accrue passant par une sortie de la Nouvelle-Calédonie de la République française

On l'a vu, l'option fédérale pour l'outre-mer n'est pas un débat totalement étranger à la Vème République puisque à l'origine des discussions sur le contenu de la Constitution de 1958, des architectures fédérales ont été mobilisées pour penser les relations entre la République française et une partie de son outre-mer. Au surplus, le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie, caractérisé par une relation de nature régionale avec la République française, a ouvert la boîte de Pandore : la plasticité du cadre constitutionnel est avérée – particulièrement à l'égard de l'outre-mer - et l'éventualité d'une évolution vers une logique fédérale est désormais tout à fait crédible.

Dès lors, au partage approfondi des compétences mis en place par l'accord de Nouméa, on pourrait assister à une évolution vers un véritable partage de l'exercice de la souveraineté entre la République française d'une part et la Nouvelle-Calédonie, d'autre part.

Dans l'idée développée par Guy Agniel, toutes les compétences étatiques sont susceptibles d'être exercées par le « POMA », pays associé décidant d'un commun accord avec l'État français, des compétences exercées par la Nouvelle-Calédonie et ses subdivisions territoriales, de celles dont l'exercice sera partagé et de celles dont l'exercice sera rétrocédé à l'État.

Néanmoins, si l'idée est de trouver une solution pérenne pour la Nouvelle-Calédonie et donc acceptable aux yeux des indépendantistes, il semble inévitable d'aller plus loin que la proposition formulée par Guy Agniel, faisant écho au présentiment du Général de Gaulle s'agissant du caractère prématuré de la Communauté conventionnelle mise en place en 1960. En effet, il est peut-être temps pour la Nouvelle-Calédonie de couper le cordon organique afin de favoriser l'acceptabilité d'une solution conventionnelle afin de garantir sa pérennité. Il apparaît dès lors aujourd'hui nécessaire de se tourner vers l'esprit « fédéraliste » de la rédaction initiale de la Constitution de 1958 à l'égard de son outre-mer et de considérer que la Nouvelle-Calédonie ne soit plus une collectivité territoriale de la République française mais un « POMA », tout en préservant la nature unitaire de l'État français dans son ensemble.

Ainsi, la Nouvelle-Calédonie pourrait être extraite du corps de la Constitution par une abrogation du titre XIII introduit en 1998. Ses relations

avec la République française pourraient alors être régies par un document annexé à la Constitution, auquel il serait fait référence dans le Préambule, au même titre que la Charte de l'environnement par exemple. Il pourrait ainsi être introduit un 3^{ème} alinéa au Préambule de la Constitution de 1958 faisant référence au lien unissant la République française et le Pays de Nouvelle-Calédonie, symboliquement placé juste à la suite de l'affirmation de la libre détermination des peuples.

Un tel positionnement constitutionnel permettrait une plus grande latitude pour dessiner les relations entre la République française et la Nouvelle-Calédonie, tout en limitant les risques de propagation de la demande autonomiste des autres collectivités, provoquant une dislocation de l'outre-mer français.

B – Une organisation régie par les principes structurant de la relation fédérale

Ainsi, la Nouvelle-Calédonie pour se voir autorisée à élaborer elle-même sa propre organisation interne, en contrepartie d'une participation limitée à la prise de décision étatique mais dans le cadre d'une autonomie renforcée.

1) Un pouvoir d'auto-organisation

Le Pays de Nouvelle-Calédonie serait maître de son organisation interne et disposerait de sa propre constitution. L'utilisation, symbolique, de la notion de « constitution » pour dénommer la loi fondamentale du pays, si elle inquiète dans la tradition française, ne doit pourtant pas être anxiogène. En effet, outre les États fédérés, nombres de territoires ultramarins, y compris dans le cadre d'États unitaires, sont régis par des « constitutions ». Alors que le carcan constitutionnel de l'État unitaire est généralement considéré comme sous-tendant nécessairement que l'organisation des collectivités infra étatiques soient de la compétence de l'État central, ce qui aurait pour conséquence une impossibilité de conférer aux territoires un pouvoir d'auto-organisation, on peut par exemple citer les trois pays autonomes néerlandais de la Caraïbe, Aruba, Curaçao, Sint Maarten, dont les statuts constitutionnels sont fixés à la fois par le Statut du Royaume et par leurs propres constitutions, l'autorité de la Constitution des Pays-Bas étant limitée au territoire européen.

Ainsi, les populations de Nouvelle-Calédonie pourraient adopter leur propre loi fondamentale, selon des modalités que les autorités calédoniennes détermineraient elles-mêmes. Cette évolution nécessiterait d'aller au-delà de ce qui semble avoir été envisagé jusqu'ici. En effet, si le bilan des ateliers organisés par l'État sur la gouvernance laisse apparaître la possibilité que la Nouvelle-Calédonie puisse décider de son organisation interne (provinces,

communes...), elle ne pourrait pas choisir sa propre organisation, qui resterait de la compétence de l'État. On perçoit néanmoins une évolution dans la mesure où s'il n'est pas envisagé que la Nouvelle-Calédonie, aussi autonome soit-elle, puisse être dotée d'un pouvoir d'auto-organisation, il est néanmoins admis que son organisation interne puisse être fixée dans ses grandes lignes par une loi organique statutaire brève, renvoyant à des lois du pays organiques, plus faciles à modifier.

À titre comparatif s'agissant de territoires ultramarins évoluant dans un cadre unitaire, il apparaît qu'outre les Îles Cook et Niue, Aruba, Curaçao et Sint Marteen disposent d'un pouvoir d'auto-organisation plus ou moins encadré, de même que les territoires d'outre-mer britanniques.

S'agissant des territoires néerlandais, par exemple, les « Pays » sont considérés comme des « Partenaires » qui ont ainsi la possibilité de bloquer un texte statutaire qui ne leur convient pas. Néanmoins, les statuts des « Pays » doivent respecter le « Statut du Royaume », texte extra constitutionnel réglant les relations entre le Royaume et ses « partenaires » ultramarins.

Au Royaume-Uni, chaque territoire décide de son statut, lequel est validé par référendum local. Il doit néanmoins également être ratifié par le Parlement britannique, qui peut le modifier.

En tout état de cause, qu'il s'agisse des territoires hollandais ou britanniques, ils sont régis par des « Constitutions », comme c'est également le cas des Îles Cook et de Niue. Ainsi, aux Pays-Bas, par exemple, les textes statutaires sont dénommés officiellement « Staatregeling » ou « règlement d'État », mais sont appelé communément « constitution ».

Ces constitutions sont adoptées selon une procédure spécifique par une « loi du pays » adoptée à la majorité des deux tiers des suffrages exprimés, comme tout projet visant à modifier le statut des POM au niveau étatique. Des gardes fous sont néanmoins établis car tout amendement d'une Constitution locale doit être soumis pour accord au Gouvernement national si cela touche aux droits et libertés fondamentaux, aux pouvoirs du Gouverneur, du Parlement local ou au système juridictionnel. Seule autre contrainte, le Statut du Royaume impose le caractère démocratique des régimes politiques caribéens, ce qui entraîne pour eux l'obligation de prévoir un catalogue complet de droits et libertés fondamentales dans leur constitution.

Cela signifie que, y compris dans le cadre de l'État unitaire, une dissociation entre Constitution et État souverain est concevable. Bien sûr, le débat sémantique revêt une dimension éminemment politique quant à l'acceptation de l'utilisation de la notion de Constitution. Ce débat reste très prégnant en Nouvelle-Calédonie où le simple fait d'envisager la rédaction

d'un « Préambule » pour le futur statut de la Nouvelle-Calédonie proclamant l'ensemble des valeurs fondamentales de la société calédonienne a été considéré par nombre d'élus loyalistes comme les prémisses de l'indépendance, le terme de « Préambule » étant perçu comme renvoyant implicitement mais nécessairement à celui de Constitution.

2) La participation

Guy Agniel prévoyait une participation limitée des « POMA » à l'exercice du pouvoir étatique. Là encore, l'exemple néerlandais est intéressant.

Les « Pays » participent au pouvoir constituant : leur accord est en effet nécessaire lorsque la révision constitutionnelle est susceptible de les concerner. Cette participation prend la forme d'une loi du pays adoptée à la majorité des 2/3 des suffrages exprimés

Les « Pays » néerlandais participent par ailleurs de façon limitée au pouvoir législatif national. Ils ne sont pas représentés au Parlement national. Néanmoins, chaque « Pays » est représenté par un ministre plénipotentiaire qui peut proposer des projets de loi du Royaume, qui seront envoyés aux organes représentatifs des POM intéressés avant d'être soumis au Parlement, alors complété par les Ministres plénipotentiaires.

L'opposition du ministre plénipotentiaire à un projet de loi oblige un vote à la majorité des 3/5^{ème} du texte par le Parlement pour qu'il soit opposable au « Pays ».

Enfin, la participation au pouvoir exécutif *via* les ministres plénipotentiaires est prévue. Ceux-ci font partie du Gouvernement. S'ajoute la possibilité pour un gouvernement local de se faire représenter par un membre du Conseil des ministres local. Le ministre plénipotentiaire participe aux délibérations du Conseil des ministres ou d'autres organes exécutifs nationaux dès lors que les dispositions en discussion sont susceptibles d'avoir un impact sur son pays. De même, en matière de droit international où lorsque un traité peut affecter les intérêts particuliers du pays, son ministre plénipotentiaire participe aux négociations. Il peut s'opposer à l'application d'une disposition dont il considère qu'elle porterait atteinte aux intérêts du pays dès lors que deux conditions sont remplies : la disposition doit être gravement préjudiciable au Pays et avoir un caractère contraignant.

De manière plus marginale, une participation potentielle des Pays au pouvoir judiciaire existe. Le Conseil d'État du Royaume peut en effet être complété par un membre de chaque Pays si ceux-ci en font la demande. Ils délibèrent sur les décisions qui concernent leur Pays respectif. Il en est de même pour la Cour suprême des Pays-Bas.

3) L'autonomie

S'agissant des compétences restant dans les mains de l'État central, elles peuvent être réduites à ce qui apparaît comme étant un minimum : la défense, les garanties des libertés, affaires étrangères (partiellement) et la nationalité.

À cet égard, l'article 41 du Statut du Royaume des Pays-Bas dispose que : « *Les Pays-Bas, Aruba, Curaçao et Sint Maarten conduisent leurs propres affaires de manière indépendante* ». La répartition des compétences ne peut pas être modifiées unilatéralement par l'État central, ce qui diffère de l'irréversibilité constitutionnelle en Nouvelle-Calédonie.

S'agissant de la question particulière de l'autonomie internationale, elle va jusqu'à permettre aux Pays d'être membres d'organisations internationales et de conclure des traités internationaux économiques et financiers pour leur pays.

L'administration de la justice relève de l'autonomie des pays eux-mêmes.

Ainsi, aux Pays-Bas, les Pays ont décidé de mutualiser leur système judiciaire sur la base d'un accord mutuel en fondant une Cour de justice commune compétente en première instance et en appel. Dans des cas très retréints, et uniquement lorsqu'est soulevée une question d'une importance fondamentale, est prévue la possibilité d'un pourvoi en cassation devant la Cour Suprême des Pays-Bas. Saint Maarten s'est par ailleurs doté d'une Cour constitutionnelle.

Deux juridictions originales peuvent par ailleurs être mises en lumière dans la Caraïbe.

La première est la Cour Suprême de la Caraïbe orientale, à la fois Cour d'appel (itinérante) et Haute Cour de Justice. Elle se déplace dans les différents États et territoires pour statuer sur les décisions rendues par les tribunaux de première instance des États membres, tant en matière civile que pénale.

La seconde est la Cour de Justice Caribéenne. A la fois Cour Suprême (pour les Barbades par exemple) et Cour internationale pour l'application du traité de la CARICOM, elle remplace dans plusieurs pays le rôle joué antérieurement par le Judicial Committee of the Privy Council britannique. En effet, les appels des décisions de la Cour suprême de la Caraïbe orientale reviennent soit au Judicial Committee of the Privy Council britannique, soit à la Cour de Justice Caribéenne. L'architecture judiciaire est décidée par les États et territoires insulaires eux-mêmes.

Ainsi, alors que la Barbade (2005), Belize (2010) et la Dominique (2015) ont fait le choix de se départir du Judicial Committee of the Privy

Council britannique pour bénéficier de la Cour de Justice Caribéenne comme Cour suprême, par référendum du 6 novembre 2018, Grenade et Antigua et Barbuda ont rejeté cette possibilité.

4) *Les questions de nationalité et de citoyenneté*

Enfin, s’agissant des questions liées à la citoyenneté et à la nationalité, l’exemple des territoires britanniques est intéressant. En raison des modifications apportées par la loi, la plupart des personnes vivant dans les territoires d’outre-mer détiennent maintenant à la fois la citoyenneté britannique et la citoyenneté d’un territoire britannique d’outre-mer. Quiconque ne veut pas être citoyen britannique peut y renoncer pour ne conserver que la citoyenneté d’un territoire britannique d’outre-mer. A moins d’être également citoyen britannique, les personnes sont soumises à des contrôles d’immigration, n’ont pas automatiquement le droit de vivre ou de travailler au Royaume-Uni et ne sont pas considéré comme un ressortissant britannique par l’Union européenne.

On peut par ailleurs tirer des enseignements des situations passées sous l’empire de la Constitution de 1958, qui à ses prémises, a connu le découplage entre nationalité et citoyenneté. Ce débat renvoie aux débats lors de la mise en place de la communauté française en 1958.

Selon une partie de la doctrine d’alors, la compétence pour légiférer en matière de nationalité est une compétence de droit interne. Il en ressort donc que lorsqu’un État possède une autonomie interne, il est possible de lui conférer la compétence relative à la nationalité pour lui permettre de définir les conditions de sa propre nationalité.

Ainsi, pour P.-F. Gonidec³⁵, il ne faut pas faire de confusion entre souveraineté internationale et compétence pour définir le lien de nationalité. En effet, il n’est pas nécessaire qu’un État possède la souveraineté internationale pour légiférer en matière de nationalité. Lorsque les internationalistes définissent cette dernière, ils prennent soin de ne pas introduire dans leur définition la souveraineté internationale.

Selon A. Makarov, le caractère étatique d’un groupement territorial suffit pour affirmer l’existence d’une nationalité : « *cet État peut être dépourvu de la Souveraineté, la nationalité existe tout de même* »³⁶. De

³⁵ P.F. Gonidec, Note sur la nationalité et les citoyennetés dans la Communauté, *Annuaire français de droit international*, volume 5, 1959. pp. 748-761.

<https://doi.org/10.3406/afdi.1959.1465>

https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1959_num_5_1_1465

³⁶ A. Makarov, Règles générales du droit de la nationalité, *Recueil des cours de l’Académie de Droit international de La Haye*, 1949, I, p. 283.

même, pour J.-P. Niboyet, il n'est pas nécessaire qu'un État soit pleinement indépendant pour donner sa nationalité³⁷.

D'ailleurs, certains États membres de la communauté, donc non pleinement indépendants, avaient des ressortissants avec une nationalité propre (ainsi en était-il du Togo en 1958 ou encore du Cameroun avant l'indépendance). Ainsi en est-il de la Palestine aujourd'hui.

Juridiquement, la nationalité est définie comme « l'existence juridique d'une personne à la population constitutive d'un État »³⁸. Ainsi, les populations des « Républiques d'Outre-Mer » n'étaient plus des populations de la République française mais de leur propre pays, ceci étant toléré par la Constitution française de 1958.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, l'édition, à l'article 21 de la loi organique statutaire de la compétence de l'État en matière de nationalité, semble relever de l'évidence. Pourtant, les développements précédents le démontrent, une solution différente pourrait être retenue.

Bien sûr, en l'absence de la souveraineté internationale, cette compétence en matière de nationalité a des effets limités à l'égard des autres États et il est alors nécessaire de prévoir des nationalités multiples comme ce fut le cas au Togo et au Cameroun avant leur indépendance.

Théorisé par Georges Scelle, le triptyque de l'État fédéral - autonomie, auto-organisation et participation – semble tout à fait pertinent pour délimiter le cadre de la réflexion sur l'avenir constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie. Néanmoins, il convient d'aller au-delà de ce que l'on peut même rencontrer dans les États fédéraux, particulièrement s'agissant de l'exercice de la compétence en matière de relations internationales, voire de celle de la justice.

En quoi cette proposition diffère-t-elle de la solution du territoire associé de type Iles Cook demanderont certains ? Elle ne l'est pas parce qu'elle ne le peut pas. Excepté dans l'hypothèse d'un « Oui » au référendum, c'est-à-dire de l'accession de la Nouvelle-Calédonie à la souveraineté internationale et au statut d'État. Si le « Non » l'emporte à l'issue des trois consultations prévues par l'accord de Nouméa, il ne sera pas possible d'aller au-delà de l'autonomie accordée par la Nouvelle-Zélande aux Iles Cook, car cette organisation touche aux confins de l'autonomie dont peut jouir une entité non souveraine sur le plan international, caractérisée par une autonomie pleine sur le plan interne et relative en matière de relations internationales.

³⁷ J.-P. Niboyet, *Traité de Droit international privé*, 2^e Ed., t. I, p. 81.

³⁸ H. Batiffol, *Traité élémentaire de Droit international privé*, 2^e Ed., n° 60.

Guy Agniel l'avait compris depuis bien longtemps puisqu'il proposait dès les premières années de la mise en œuvre de l'accord de Nouméa de s'intéresser au statut tout à fait particulier des Îles Cook. Il avait bien compris que seule cette solution, qui aujourd'hui est rejetée par les uns comme insuffisante et par les autres comme, au contraire, excessive, pouvait constituer une réponse pérenne à la situation calédonienne. Si elle ne convient ni aux uns, ni aux autres parmi les acteurs politiques en Nouvelle-Calédonie, elle apparaît pourtant à l'observateur impartial comme la solution médiane sur un plan politico-juridique. Mais il est vrai qu'elle fait fi de ce qu'il y a de plus irrationnel dans les revendications des uns et des autres et qui est pourtant ce qui fait achopper la recherche d'une solution consensuelle : l'ineffable conviction que sa revendication est la voie à emprunter.

Retour sur le protectorat

Par Jean-Paul Pastorel
Professeur de droit public
Université de la Polynésie française

Dans le débat sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, notre collègue Guy Agniel a nourri la discussion en comparant la rigidité de l'architecture administrative française et le pragmatisme anglo-saxon qui a accompagné les évolutions des anciennes possessions britanniques dans le Pacifique. À travers des exemples étrangers (États fédérés de Micronésie, République des îles Marshall, République de Palau ou Belau), il a même constaté qu'on pouvait encore recourir à la formule par essence coloniale du protectorat qui, sous un habillage « *politiquement correct* » d'« *État associé* », permet de réguler les relations entre une puissance administrante et ses anciennes colonies¹. Il nous a donc semblé intéressant d'offrir, à titre d'hommage à Guy Agniel, ces libres propos sur le protectorat.

Étape dans la construction des empires coloniaux au XIX^{ème} siècle, le protectorat s'est présenté soit comme une première marche dans le processus de subjugation des peuples autochtones, soit comme un mode de domination coloniale souple inspiré du système d'*Indirect Rule*² de l'Angleterre victorienne qui préfère contrôler plutôt qu'administrer directement. Le protectorat est donc un moyen d'extension de l'influence politique et économique des États colonisateurs sous la forme d'une tutelle qu'ils exercent sur des pays considérés à l'époque comme « *moins civilisés* ». Les premiers protectorats établis dès le milieu du XIX^{ème} siècle en Océanie, sur Tahiti, Moorea et les Tuamotu³, en Afrique, des sources du Niger jusqu'à Tombouctou, du Fouta-Djallon à Timbo en Guinée, au Dahomey ou sur les rives du Congo, ou même à Madagascar, s'inscrivent dans la compétition avec les autres puissances européennes⁴ qui affirment leur désir d'expansion à travers des espaces non encore totalement explorés

¹ Agniel (G.), « Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie : du « droit à la bouderie »... à la délégation de souveraineté », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2, n° 90, pp. 227-238.

² Chailley-Bert (J.), *La colonisation de l'Indo-Chine, l'expérience anglaise*, Colin, 1892 ; *Java et ses habitants*, Colin, 1900 ; *L'Inde britannique*, Colin, 1910. Sur la notion d'*Indirect rule*, voir Lloyd (T.-O.), *The British Empire 1558-1995*, Oxford University Press, 1996, Fisher (M.-H.), « *Indirect Rule* » in *India, Residents and the Residency System, 1764-1857*, Oxford University Press, 2nd ed., 1998, Sarkar (A.-K.), « *The British Policy of Indirect Rule* », *Tawarikh, International Journal for Historical Studies*, 2014, vol. 5 (2), pp. 135-144, ainsi que la thèse de Sarah Rivron, Université de Poitiers, 2014.

³ Laux (C.), « Rivalités coloniales et rivalités missionnaires en Océanie », *Histoire et Missions Chrétiennes*, n° 6, 2008/2, pp. 5-26.

⁴ Vignes (K.), « Étude sur la rivalité d'influence entre les puissances européennes en Afrique équatoriale et occidentale depuis l'acte général de Berlin jusqu'au seuil du XX^{ème} siècle », *Revue d'histoire de l'outre-mer*, 1961/170, pp. 15-95.

et considérés comme « *sans maître* » (*terra nullius*). Ces traités ne sont, comme disait le professeur Guggenheim, que des « *traités d'assujettissement* » et le vernis de la souveraineté du pays protégé ne résiste guère aux épreuves du temps. Le protectorat laisse souvent la place à l'administration directe qui achève, dans le cadre de la colonie, le processus de domination sans contrepoids. Telle fut l'évolution des îles polynésiennes progressivement annexées de 1880 à 1901 au sein des Établissements français de l'Océanie⁵, des Comores transformées en colonie⁶ entre 1866 et 1886, comme de Madagascar en 1896⁷, et des protectorats africains réunis dans l'Afrique occidentale française ou dans l'Afrique équatoriale française.

Mais lorsque les conditions sociales et politiques ne permettent pas l'annexion, le protectorat peut devenir aussi une alternative à la colonie⁸ parce qu'il offre à l'État colonisateur « *les avantages équivalents à ceux que l'on attend habituellement des colonies, tout en évitant les charges et les responsabilités qu'entraîne l'annexion pure et simple* »⁹. Comme le résumera Lyautey¹⁰, il « *garde ses institutions, se gouvernant et s'administrant lui-même avec ses organes propres, sous le simple contrôle d'une puissance européenne, laquelle substituée à lui pour la représentation extérieure prend généralement l'administration de son armée, de ses finances, le dirige dans son développement économique* ». Et de conclure : « *Ce qui domine et caractérise cette conception, c'est la formule « contrôle » opposée à la formule « administration directe* »¹¹. Le protectorat évite aussi, sur fond d'inégalité des races, toute assimilation et tout accès à l'égalité politique et administrative¹² des populations autochtones, considérées comme « *inaptes* » à se servir des pouvoirs et des libertés qui leur seraient reconnus¹³. Il se traduit d'ailleurs souvent par une gouvernance

⁵ Meltz (R.), « Du protectorat à l'annexion. La lente « pacification » des Îles Sous-le-Vent (Polynésie) », *Monde(s)*, 2013/2, n° 4, pp. 233-250.

⁶ Martin (J.), *Comores : quatre îles entre pirates et planteurs*, t.II : *Genèse, vie et mort du protectorat (1875-1912)*, L'Harmattan, 1983.

⁷ Massiot (M.), *L'administration publique à Madagascar. Évolution de l'organisation administrative, territoriale de Madagascar de 1896 à la proclamation de la République Malgache*, LGDJ, 1971.

⁸ Deperchin (A.) et Lekéal (F.), « Le protectorat, alternative à la colonie ou modalité de colonisation ? Pistes de recherche pour l'histoire du droit », *Clio Thémis, Revue électronique d'histoire du droit*, 2011/4, pp. 1-18, plus particulièrement n° 22.

⁹ Despagnet (F.), *Essai sur les protectorats. Étude de droit international*, Librairie de la société générale du recueil, Sirey, 1896, p. 137.

¹⁰ Lyautey (L.-H.), « Politique du protectorat, 18 nov. 1920 », in *Lyautey l'Africain. Textes et lettres du maréchal Lyautey présentés par Pierre Lyautey*, t. IV, 1919-1925, Plon, 1957, p. 28.

¹¹ Venier (P.), « Lyautey et l'idée de protectorat de 1894 à 1902, genèse d'une doctrine coloniale », *Revue d'histoire de l'outre-mer*, 1991, n° 293, pp. 499-517.

¹² Pastorel (J.-P.), « Le principe d'égalité outre-mer », *Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 35, in *La Constitution et l'outre-mer*, avril 2012, pp. 73-93.

¹³ Sarraut (A.), *Grandeur et servitude coloniales*, éd. du Sagittaire, 1931, pp. 166-167 et 171.

qui se rapproche de l'administration directe, y compris dans le Maroc de Lyautey¹⁴. Mais, il est censé coûter moins cher qu'une véritable colonie et surtout, il est destiné à faire évoluer les populations locales dans leur cadre social traditionnel en maintenant l'apparence des institutions locales et de l'organisation indigène¹⁵ (« *dominer moins pour dominer mieux*¹⁶). Après le protectorat sur la Tunisie (1881), et à l'instar des autres puissances coloniales, la République impériale optera pour cette formule non seulement au Maroc mais aussi en Tunisie, en Afrique ou en Asie du Sud-Est.

Le protectorat s'est aussi présenté comme une étape dans le processus de la décolonisation. En effet, au tournant des indépendances, toutes les politiques d'assistance et de coopération ont introduit une diplomatie fondamentalement dissymétrique et constitué un instrument de pression sur les anciennes colonies en les maintenant dans les zones d'influence respectives des grandes puissances¹⁷. Ne peut-on voir dans ces zones d'influence – qui, faute d'existence dans l'ordre juridique, ont leur place dans le système politique international¹⁸ – une survivance du « *protectorat* » ?

Les études de Guy Agniel s'inscrivent résolument dans cette problématique. Peut-on recourir encore à cette formule, *a priori* désuète, pour envisager des modes de gouvernance de collectivités qui aspireraient à la souveraineté sans en avoir totalement les moyens ? Le « *protectorat* » – quelle qu'en soit la dénomination contemporaine – pourrait-il encore représenter une variété de solutions ? Pour répondre à cette question, il nous semble indispensable d'envisager la question sous l'angle de la personnalité internationale (I) et celui du cadre conventionnel des relations interétatiques (II).

I. AMBIGUÏTÉS SUR L'EXISTENCE DE LA PERSONNALITÉ INTERNATIONALE DE L'ÉTAT PROTÉGÉ

L'État protecteur ne peut agir que « *cum auctoritate tutoris* » et ne fait pas perdre au gouvernement protégé son aptitude à la compétence internationale. En théorie, l'État protégé conserve sa souveraineté. C'est un

¹⁴ Flory (M.), *La notion de protectorat et son évolution en Afrique du Nord*, LGDJ, 1955 et Rivet (D.), *Lyautey et l'institution du Protectorat au Maroc, 1912-1925*, thèse Université Paris Créteil Val de Marne, 1985, 2 vol., L'Harmattan 1988, et *Le Maroc de Lyautey à Mohammed V. Le double visage du Protectorat*, Denoël, 1999.

¹⁵ Rougier (P.), *Précis de législation et d'économie coloniale*, Larose, 1895.

¹⁶ Le Cour Grandmaison (O.), *La République impériale, politique et racisme d'État*, Fayard, 2009, p. 135.

¹⁷ Flory (M.), « Décolonisation et succession d'États », *Annuaire français de droit international*, 1966/12, pp. 577-593, et notamment p. 588.

¹⁸ Virally (M.), « Cours général de droit international public », *Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1983-V, t. 183, p. 114.

État « *vassal* » – pour reprendre l’expression de Georges Scelle¹⁹ – mais il subsiste comme État. Il n’a donc pas abdiqué sa personnalité internationale (A). Toutefois, l’empiètement de l’État protecteur sur les compétences externes ou internes de l’État protégé peut empêcher le gouvernement protégé d’exercer toutes les activités juridiques internationales comme le ferait un gouvernement ayant le plein exercice de sa compétence. La souveraineté de l’État protégé peut alors devenir une pure fiction. Or, ainsi que le précisera la Commission du droit international, les « *protectorats coloniaux entrent dans la catégorie des colonies* »²⁰. Seuls les protectorats « *authentiques* » disposent de leur compétence internationale (B).

A. En théorie, tous les protectorats conservent leur compétence internationale

En théorie, le protectorat se caractérise par le maintien d’un dualisme institutionnel dans l’appareil gouvernemental et administratif ainsi que par la reconnaissance d’un pluralisme juridique qui en constitue le prolongement nécessaire.

Le Conseil d’État se déclare ainsi incompétent pour connaître des actes administratifs concernant un État protégé en raison de ce qu’un « *accord [intervenue entre le gouvernement français et le roi du Cambodge] se rattache à l’exercice des pouvoirs du gouvernement en matière diplomatique et internationale, dont les effets ne peuvent être discutés devant le Conseil d’État par la voie contentieuse* »²¹. Dans un arrêt de 1955, la haute juridiction administrative réitère sa position²². Dans les protectorats sur la base desquels a été édifiée la théorie générale, la capacité internationale n’est donc pas remise en cause.

Tout en relevant que « *le protectorat est une institution qui exige d’être envisagée avant tout selon les conditions de chaque cas individuel, bien que ces cas puissent être groupés dans certaines catégories distinctes* »²³, les juridictions internationales s’emploient aussi à connaître des différends relatifs au régime [international] de protectorat « *établi par une Nation d’ordre supérieur sur un État non encore développé mais*

¹⁹ Scelle (G.), *Droit international public*, Domat-Montchrestien, 1944, p. 149.

²⁰ Commission du droit international, *Annuaire du droit de la Commission du droit international 1972*, vol. 2, Publication des Nations Unies, 1974, p. 4.

²¹ CE 18 déc. 1891, *Vandelet et Faraut*, Note Hauriou (M.) sous S. 1893, 3, 129 : dans cette affaire, le commissaire du gouvernement Le Vavasseur de Précourt a assimilé les actes émanant d’un pays soumis au protectorat de la France à ceux produits par une puissance étrangère. Voir aussi CE 1^{er} févr. 1851, *Lucas* (sur le protectorat de Tahiti).

²² CE Ass. 27 mai 1955, *Société Kovit*, *Revue pratique de droit administratif*, 1955, pp. 167-168, concl. Laurent (M.), *ibid*, pp. 150-154 et note Kiss (A.-C.), *Annuaire français de droit international*, 1965/2, pp. 776-791.

²³ CPJI 1^{er} mai 1925, *Aff. des biens britanniques au Maroc Espagnol (Espagne c/ Royaume-Uni)*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, pp. 615-742 et notamment p. 647.

pourtant souverain et aspirant au développement sur son territoire des institutions qui sont l'œuvre de la civilisation et du progrès social »²⁴.

Ainsi, dans l'affaire « *des droits des ressortissants des États-Unis au Maroc* », le Gouvernement français ne conteste pas que le Maroc, même sous le protectorat, a conservé, en vertu du traité de protectorat de 1912, sa personnalité d'État en droit international. L'État protégé peut alors, et dans ces conditions, être un sujet du droit international²⁵ : « *en vertu de ce traité [de protectorat], le Maroc demeure un État souverain, mais il conclue un accord de caractère contractuel par lequel la France s'engage à exercer certains pouvoirs souverains au nom et pour le compte du Maroc, et à se charger, en principe, de toutes les relations internationales du Maroc* ». Si l'État protecteur contrôle la fonction exécutive du protectorat au point de traiter directement avec les États tiers, il ne participe à l'activité internationale de l'État protégé et à ses tractations diplomatiques qu'en tant que tuteur et « *pour son compte* ».

B. En pratique, seuls les protectorats « authentiques » disposent de la compétence internationale

Force est de constater qu'il n'y a pas deux protectorats absolument identiques²⁶. La doctrine du milieu du XXe siècle distingue plusieurs catégories de protectorats en fonction du degré d'autonomie réservé à l'État protégé : *protectorat « de droit des gens »*, établi entre entités de même culture et civilisation mais de puissance différente, *protectorat « colonial »*, et « *quasi-protectorat* » ou « *protectorat de fait* » des grandes puissances sur des États en apparence indépendants²⁷. Or, seul le protectorat « *authentique* » est considéré comme un acteur à *part entière* de la vie internationale. Seul le protectorat « *authentique* » participe aux grandes conférences ou aux congrès, aux opérations internationales de législation, de codification, et aux interventions exécutives.

Parce qu'elle n'organisait qu'une « *société particulière d'États, et non point « la » Société internationale* »²⁸, la Société des Nations (SDN) est

²⁴ CPJI 7 févr. 1923, Avis consultatif n° 4, *France c/ Grande-Bretagne (décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc)*, série B, p. 13.

²⁵ CIJ, 27 août 1952, *Aff. des droits des ressortissants des États-Unis au Maroc*, Rec. 1952, p. 185 et p. 188. Voir Elias (T.O.), "The Era of Protectorates, Colonies and Capitulations", in *The International Court of Justice and some Contemporary Problems*, Springer, 1983, pp. 300-316.

²⁶ Girault (A.), *Principes de colonisation et de législation coloniale*. Troisième partie : *L'Afrique du Nord. Algérie, Tunisie, Maroc*, t. IV, Sirey 4^e éd. 1921, Sirey, p. 433.

²⁷ Delbez (L.), *Les principes généraux du droit international public*, LGDJ, 3^e éd., 1964, p. 108.

²⁸ Scelle (G.), « L'admission des nouveaux membres de la SDN par l'Assemblée de Genève », *Revue générale de droit international public*, 1921/3, pp. 122-138 et particulièrement p. 125.

ainsi réticente à intégrer en son sein les États totalement « *dépendants* » ou les petits États soumis à l'influence de puissances voisines. Au souci de limiter l'entrée à l'Assemblée de la Société à un groupe d'États qui affirmaient un commun idéal de moralité internationale, s'ajoute la crainte d'avoir à défendre les nouveaux membres contre des agressions escomptées venant du dehors²⁹.

L'article 1^{er} alinéa 2 de la Charte de la SDN dispose que « *tout État, dominion ou colonie qui se gouverne librement [...] peut devenir membre de la Société [...] pourvu qu'il donne des garanties effectives de son intention sincère d'observer ses engagements internationaux* ». C'est sur cette base que la SDN refuse l'adhésion de la principauté du Liechtenstein³⁰ en excipant certes de l'exiguïté de son territoire et de sa population³¹ mais surtout de « *l'impossibilité où se trouverait [ce pays] de s'acquitter de toutes les obligations internationales qui lui incomberaient selon les stipulations du Pacte* », notamment en participant aux opérations de maintien de la paix et en contribuant aux dépenses de toute nature de l'Organisation. La Principauté de Monaco ne parvient pas davantage, en dépit de ses nombreuses tentatives³², à intégrer la SDN, en raison de « *l'amitié protectrice* » (traité du 17 juil. 1018) que la République française lui témoigne. N'est pas non plus accueillie à la SDN la petite République de Saint-Marin, liée à l'Italie par un traité de « *bon voisinage et d'amitié* » (Conv. 22 mars 1862).

À l'inverse, les *dominions* britanniques – États autonomes rattachés au Royaume Uni par la seule allégeance à la Couronne – ainsi que l'Inde britannique, qui « *conservent, dans une certaine mesure, une personnalité internationale distincte* »³³, siègent à l'Assemblée de la SDN dès 1919 (l'État libre d'Irlande adhérant en 1923³⁴), même si le délégué britannique à Genève continue encore un temps de représenter l'Empire tout entier au

²⁹ Rougier (M.), « La première Assemblée de la SDN », *Revue générale de droit international public*, 1921/3, pp. 222-242.

³⁰ Comptes rendus de la deuxième assemblée, 1921, séance plénière, p. 686. Voir : Kohn (W.), « The Sovereignty of Liechtenstein », *American Journal of International Law*, 1967, 61(2), pp. 547-557.

³¹ Vellas (P.), « Les États exigus en droit international public », *Revue générale de droit international public*, 1954, pp. 559-581.

³² Bézias (J.-R.), « La France et l'intégration internationale de la Principauté de Monaco », *Guerres mondiales et conflits contemporains*, 2006/1, pp. 93-103.

³³ Commission du droit international, *Annuaire du droit de la Commission du droit international 1972*, *op. cit.*, p. 4.

³⁴ Voir le discours du ministre anglais Austen Chamberlain en mars 1927, cité par Gillissen (C.), « Du dominion à la République », in *Une relation unique, les relations irlandaises britanniques de 1921 à 2001*, Presses universitaires de Caen, 2005, pp. 37-128 et plus particulièrement § n° 102. À propos du cas de l'Irlande, voir : Kennedy (M.), *Ireland and the League of Nations*, Blackrock, Irish Academic Press, 1996, pp. 21-42.

Conseil de la SDN³⁵. De même, l'Égypte, dont l'indépendance est formellement reconnue par l'Angleterre dès 1922, n'est admise à la SDN que lorsque la puissance administrante renonce définitivement au régime capitulaire dans les années 1936-1937³⁶.

Autrement dit, tant qu'un pays n'est pas considéré comme suffisamment indépendant pour exercer ses prérogatives de membre de la communauté internationale, il ne peut se joindre aux acteurs principaux de la vie internationale. Dans son avis consultatif sur le régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, la Cour permanente de justice internationale a eu l'occasion de préciser qu'un régime économique et commercial « *spécial* » comportant des privilèges en faveur d'un autre État serait de nature à menacer l'indépendance d'un pays³⁷. Dans un sens, la souveraineté est interprétée comme la capacité d'un État à exercer de manière autonome toutes les fonctions étatiques essentielles. Pour que des États protégés soient partie prenante de la vie des nations, ils doivent être autre chose qu'une simple annexion déguisée, qu'une simple fiction juridique³⁸.

II. AMBIGUÏTÉS SUR LE CADRE CONVENTIONNEL ENTRE L'ÉTAT PROTECTEUR ET L'ÉTAT PROTÉGÉ

Tandis que les colonies sont regardées comme de simples prolongements territoriaux de leur métropole, les protectorats sont censés entretenir avec cette dernière une relation contractuelle d'association (A). Mais à bien y regarder, le protectorat ne résulte pas vraiment d'un lien plus ou moins contractuel entre le protecteur et le protégé en ce sens que sous l'apparence d'un contrat entre deux États, cette institution est surtout le produit d'un rapport de force (B).

A. En théorie, le protectorat est fondé sur un traité international

Le protectorat entre un gouvernement protecteur et un gouvernement protégé ou sous tutelle se traduit par un traité. Ce traité est l'acte

³⁵ Benians (E.A.), Butler (J.) et Carrington (C.E.), "The Cambridge History of the British Empire", t. 3, in *The Empire-Commonwealth, 1870-1919*, Cambridge University Press, 1959 ; Grimal (H.), *De l'Empire britannique au Commonwealth*, Armand-Colin, 1971, pp. 254-257.

³⁶ Traité d'alliance signé le 26 août 1936.

³⁷ CPJI Avis, 5 sept. 1931, *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*, Série A/B, n° 41, pp. 36-54.

³⁸ Guggenheim (P.), *Traité de droit international public*, Librairie Georg, 2^e éd., 1967 ; Trilsch (M.), « Protectorates and Protected States », Max Planck Encyclopedia of Public International Law, t. VIII, 2012, p. 551.

d'application du statut de droit qui résulte des rapports entre les deux gouvernements intéressés³⁹.

Le traité permet aux autres membres de la communauté internationale de s'assurer de la régularité de l'opération et de reconnaître, le cas échéant, l'investiture revendiquée par l'État protecteur. En conséquence, l'établissement d'un protectorat doit être notifié aux autres puissances. L'étendue des pouvoirs d'un État protecteur sur le territoire de l'État protégé dépend autant du statut établi entre le gouvernement protecteur et le gouvernement protégé que des conditions dans lesquelles le protectorat a été reconnu par les tierces puissances vis-à-vis desquelles on a l'intention de se prévaloir des dispositions de ce traité⁴⁰.

L'État protecteur a en effet « *le devoir de répondre au lieu et place du protégé* » en garantissant aux États tiers l'exécution des obligations internationales de l'État protégé⁴¹ : « *Pour ce qui est du Maroc, il paraît, sans qu'il soit nécessaire d'entrer dans un examen du Traité franco-marocain du 30 mars 1912 et du Traité franco-espagnol du 27 novembre de la même année, que dans ces relations internationales l'État marocain est représenté par les Puissances protectrices, notamment aussi en ce qui concerne le régime des étrangers (art. 5 du Traité du 30 mars 1912)*⁴² ». Les traités conclus par un État protégé avec des États tiers avant l'établissement du protectorat demeurent en vigueur nonobstant la modification intervenue dans son statut : « *dans l'exercice de cette fonction, la France est liée non seulement par les dispositions du Traité de Fez [sur le protectorat français sur le Maroc], mais également par toutes les obligations conventionnelles auxquelles le Maroc avait été soumis avant le protectorat et qui, depuis lors, n'ont pas pris fin ou n'ont pas été suspendues par accord avec les États intéressés* »⁴³.

Les rapports entre le protecteur et le protégé sont donc à envisager comme une affaire intérieure entre ces deux puissances, mais vis-à-vis de l'étranger, les responsabilités du protecteur et du protégé, tout en étant juridiquement distinctes, se fondent en une seule, à la charge de l'État

³⁹ Scelle (G.), *Droit international public*, *op. cit.*, p. 149.

⁴⁰ Commission du droit international, *Annuaire du droit de la Commission du droit international 1972*, *op. cit.*, p. 4.

⁴¹ Rowny (K.), « Le protectorat international et la succession aux traités », *Revue générale de droit international public*, 1969/1, pp. 89-123 ; Costelloe (D.), « Treaty Succession » in *Annexed Territory*, *International & Comparative Law Quarterly*, vol. 65/2, 2016, pp. 343-378.

⁴² *Affaire des biens britanniques au Maroc espagnol (Espagne c/ Royaume Uni)*, sentence arbitrale rendue le 1^{er} mai 1925 par Max Huber, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II, p. 647.

⁴³ CIJ, 27 août 1952, *Aff. des droits des ressortissants des États-Unis au Maroc*, *op. cit.*, p. 188.

protecteur. Lorsque la puissance protectrice a des pouvoirs étendus de contrôle sur le protégé, elle engage sa responsabilité internationale⁴⁴.

B. En pratique, le lien conventionnel fait souvent défaut

Dans la pratique, on peut avoir des doutes sur la réalité de la nature conventionnelle du lien entre la puissance « *protectrice* » et le « *protégé* ». Dans son arbitrage en l'affaire de l'Ile de Palmas⁴⁵, Max Huber explique « *qu'il n'y a pas là d'accord entre égaux ; c'est plutôt une forme d'organisation intérieure d'un territoire colonial, sur la base de l'autonomie des indigènes... Et c'est [ainsi] la suzeraineté exercée sur l'État indigène qui devient la base de la souveraineté territoriale à l'égard des autres membres de la communauté des nations* »⁴⁶.

Tout en admettant que de tels accords avec des chefs locaux pouvaient constituer un mode d'acquisition dérivé de territoires – mais en aucun cas un titre originaire acquis par l'occupation d'une *terra nullius*⁴⁷ – la Cour internationale de justice se garde d'interpréter la portée de ces accords. Elle aura l'occasion de préciser que le traité de protection « *ne saurait être déduit de son seul titre* »⁴⁸.

Ce qui signifie que deux traités de protection peuvent avoir une nature différente et qu'ainsi que le reconnaissait l'un des meilleurs spécialistes de la législation coloniale française, ancien directeur des colonies et président de section au Conseil d'État, « *il est impossible de définir [le traité de protectorat] par une formule précise* »⁴⁹. Il s'ensuit qu'à l'instar des nombreux traités⁵⁰ conclus avec des chefs Africains par des représentants de gouvernements européens ou par certaines organisations privées qui, plus tard, les cédaient à leurs gouvernements respectifs⁵¹, un

⁴⁴ Sereni (A.P.), « La représentation en droit international », Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1948, vol. 73-II, p. 146 et suiv.

⁴⁵ *Affaire de l'Ile de Palmas (États-Unis c/ Pays-Bas)*, sentence arbitrale rendue le 4 avr. 1928 par Max Huber, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 839, obs. Jessup (P.C.), American Journal of International Law, vol. 22/4, 1928, pp. 735-752.

⁴⁶ Revue générale de droit international public, t. XLII, 1935, p. 187.

⁴⁷ CIL Avis 16 oct. 1975, *Aff. du Sahara Occidental*, Rec., 1975, pp. 12-74, § 80 et 81.

⁴⁸ CIJ 10 oct. 2002, *Affaire de la frontière terrestre et maritime (Cameroun c/ Nigéria)*, Rec., 2002, p. 303, § 205.

⁴⁹ Dislère (P.), *Traité de législation coloniale*, 3^e éd., 1^{re} partie, Dupont, 1906, p. 240 et suiv.

⁵⁰ Brunschwig (H.), *Le partage de l'Afrique Noire*, Flammarion, 1971 : d'après Henri Brunschwig, pas moins de 344 « traités » auraient été ainsi passés par ou pour le compte de la France.

⁵¹ Alexandrowicz (C.-H.), « Le rôle des traités dans les relations entre les puissances européennes et les souverains Africains », Revue internationale de droit comparé, 1970/22-4, p. 703 ; Uzoigwe (G.N.), « Spheres of Influence and the Doctrine of the Hinterland in the Partition of Africa », Journal of Asian Studies (JAS), 1976, vol. III, n° 2, pp. 183-203, et plus particulièrement, pp. 189-193.

traité passé avec « *d'importants chefs indigènes exerçant un pouvoir local sur des parties identifiables de territoire* » ne peut être assimilé à un véritable protectorat⁵². La défaillance du pouvoir dans ces régions atteint un degré tel qu'il n'est plus possible de parler d'exercice de la souveraineté⁵³. Or, le protectorat authentique implique un traité entre États constitués.

EN GUISE DE CONCLUSION,

Nos réflexions sur les protectorats aboutissent à ce constat. Il en va des États protégés comme des États associés. Certains disposent de leur personnalité internationale, d'autres pas. Certains ont négocié leur association avec la puissance protectrice, d'autres se sont vu plus ou moins imposer ce cadre conventionnel⁵⁴. Dans le mouvement de décolonisation des micro-États du Pacifique, ces statuts « *à la carte* » ont constitué une alternative à l'indépendance. Alternative heureuse si l'on considère qu'elle vaut mieux que l'échec d'un processus de décolonisation⁵⁵ ou malheureuse si l'on s'en tient à ce que ces « *quasi-États* » restent privés de leur souveraineté⁵⁶. Mais le statut « *n'est pas tout* »⁵⁷ comme l'explique Mathias Chauchat qui démontre que, paradoxalement, les îles Cook associées à la Nouvelle-Zélande et ne disposant pas de siège à l'ONU sont plus indépendantes que les États fédérés de Micronésie qui sont un État indépendant et souverain mais totalement aligné sur la puissance tutélaire américaine. La notion de souveraineté elle-même – dont le professeur

⁵² CIJ 10 oct. 2002, *Affaire de la frontière terrestre et maritime*, *op. cit.*, § 205.

⁵³ Flory (M.), « Le couple État-territoire en droit international contemporain », *Cultures & Conflits*, 1996/1, n° 21-22, pp. 251-288.

⁵⁴ Mélin-Soucramanien (F.) et Courtial (J.), *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Documentation française, Rapport au Premier ministre, 2014, p. 25 ; Urvoas (J.-J.), *État associé ou fédéré, des pistes pour l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Le Club des juristes, 2017.

⁵⁵ Jackson (R.), *Quasi-States : Sovereignty, International Relations and the Third World*, Cambridge Univ. Press, 1999; Aldrich (R.), "The Decolonization of the Pacific Islands", *Itinerario*, 2000, vol. 24, n° 3-4, pp. 173-191; Connell (J.), "We are not Ready: Colonialism or Autonomy in Tokelau", in Baldacchino (G.) et Milne (D.), *In the Case for Non-Sovereignty: Lessons from Sub-National Island Jurisdictions*, Routledge, 2009, pp. 157-169; Baldacchino (G.), *Island Enclaves: Offshoring Strategies, Creative Governance, and Subnational Island Jurisdictions*, McGill-Queen's University Press (Montreal), 2010 : dans cet ouvrage, l'auteur écrit : "The metropolitan player can meanwhile exercise a "soft imperialism" [...] and can target its smaller island beneficiaries with its munificence" (pp. 19-20).

⁵⁶ Henderson (J.), "Micro-States and the Politics of Association: The Future of New-Zealand's Links with the Cook Islands and Tokelau", in Von Busch (W.) et al., *New Politics in the South Pacific*, University South Pacific (Suva), 1994, pp. 99-112; Chappell (D.), "Historical Perspectives of Independence", 2010, *Revue juridique polynésienne*, vol. XI, pp. 71- 90 et notamment p. 84.

⁵⁷ Chauchat (M.), « Les expériences étrangères en matière d'États complexes dans le Pacifique », in *Le droit constitutionnel calédonien*, colloque Université de la Nouvelle-Calédonie (LARJE), 12-13 juil. 2010, Politeia 2011/10.

Basdevant disait déjà en son temps qu'elle était « une pure mystique »⁵⁸ – ne devrait-elle pas être revisitée à l'heure de la globalisation et des institutions transnationales⁵⁹ ? Chacun sait, nous rappellent encore nos collègues Marc Debene et Alain Moyrand⁶⁰, que « *la gouvernance mondiale ou régionale est constituée de multiples liens d'interdépendance qui rendent anachronique le discours national* ». La souveraineté, expliquait Jean-Marie Tjibaou, « *c'est le droit de choisir ses partenaires [...], de négocier les interdépendances* »⁶¹. De sorte que si l'on devait tirer un enseignement de l'expérience des protectorats, c'est celui du pragmatisme avec lequel les puissances occidentales ont inauguré des modes de gouvernance très divers autour d'une formule de domination dont les modalités variaient dans l'espace et le temps⁶². Débarrassé du relativisme juridique, politique et moral et du paternalisme qui imprégnaient la « *science coloniale* »⁶³, et à condition de s'inscrire dans le cadre d'une véritable « *délégation de souveraineté* » – pour reprendre le concept avancé par Jean-Yves Faberon et Guy Agniel⁶⁴ –, excluant tout relent néo-colonialiste⁶⁵, la formule de l'État protégé peut donc encore servir à accompagner les évolutions statutaires des reliquats des anciennes colonies et répondre à la question récurrente de la décolonisation d'entités qui ne sont pas nécessairement viables par elles-mêmes sur la scène internationale. Cette voie n'est pas la plus simple à emprunter mais elle est peut-être la plus sage.

⁵⁸ Basdevant (J.), « Règles générales du droit de la paix », Cours de l'Académie de droit international de La Haye, vol. 58, 1936 ; p. 580.

⁵⁹ Dumienski (Z.), *Microstates as Modern Protected States: Towards a New Definition of Microstatehood*, Center for Small States, Univ. Auckland, 2014; Sharman (J.C.), "Sovereignty at the Extremes: Micro-States", *World Politics, Political Studies*, 2016, vol. 65, 3, pp. 559-575.

⁶⁰ Debene (M.) et Moyrand (M.), « Entre autonomie et indépendance existe-t-il des formes politiques intermédiaires ? À propos des collectivités françaises d'Océanie », *Bulletin juridique des collectivités locales*, 2013/4, pp. 240-246.

⁶¹ Chauchat (M.), « Une question sèche et clivante », *Actualité juridique Droit administratif*, 2018/15, p. 1.

⁶² Daresté (P.), *Traité de droit colonial*, Imprimerie du Recueil de législation, de doctrine et de jurisprudences coloniales, 2 vol., 1931-1932.

⁶³ Paty (M.), « Science et colonialisme », in Ambrière (M.), *Dictionnaire du XIX^{ème} siècle européen*, Presses Universitaires de France, 1997, pp. 1087- 1088.

⁶⁴ Agniel (G.), « Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie », préc., p. 237. Voir aussi Faberon (J.-Y.) et Agniel (G.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La Documentation française, 2000.

⁶⁵ Agniel (G.), « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, pp. 135-149.

**L'indépendance-association alias « indépendance-
partenariat » de la Nouvelle-Calédonie : un miroir aux
alouettes pour ses zéloteurs et une porte grand-ouverte à
l'expansionnisme chinois dans le Pacifique Sud**

Par Robert Bertram

Docteur en droit public

*Directeur de publication de la Revue juridique, politique
et économique de Nouvelle-Calédonie*

*En hommage à Guy que j'ai côtoyé
professionnellement lorsqu'il était
déjà responsable du contentieux
économique de la Nouvelle-Calédonie*

Dans le Pacifique Sud, Palaos reste pour le moment le dernier pays souverain à avoir accepté, en 1994, une libre-association avec les États-Unis d'Amérique. La Nouvelle-Calédonie sera-t-elle le prochain État, qui par son autodétermination¹, deviendrait État-associé avec son ancienne puissance de tutelle, voire une autre puissance ? La proposition parcellaire du camp indépendantiste² de demander aux électeurs de choisir une « souveraineté avec partenariat » s'est soldée par un rejet lors de la première consultation référendaire le 4 novembre 2018³. Que le choix sémantique de « partenariat » à la place « d'associé » relève d'un calcul électoral est purement anodin. Par contre une telle proposition sans analyse historique et géopolitique de la région s'avère plus délicate. Maintenant, parler d'association d'États en occultant l'hégémonie de la Chine pourrait s'avérer une faute majeure. Il est vrai que cette représentation étatique s'est remarquablement bien déroulée pendant des dizaines d'années avec les cinq États associés dans le Pacifique océanien⁴. Cependant, il convient d'avoir à l'esprit que ces associations étatiques ont été conclues en dehors d'une Chine qui n'était pas encore une puissance économique dominante. Actuellement, la situation est rigoureusement différente avec une Chine dont la prépotence économique est réelle : les desseins qu'elle projette dans la région ne laissent augurer que bien des déboires pour les États en quête de fonds pour leur développement. La nouvelle orientation économique

¹ Accord de Nouméa, *JORF* n° 121 du 27 mai 1998, p. 8039.

² Le Palika, lors de son 42^{ème} congrès les 10, 11 et 12 novembre 2017, à la tribu d'Arama sur la commune de Poum, propose « une indépendance en partenariat avec la France ».

³ La consultation sur l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie avec une participation de 81,01 % donne 56,67 % pour le non à l'indépendance et 43,33 % pour le oui. <https://www.elections-nc.fr/elections-2018-2019/referendum-2018/les-resultats>

⁴ Bastien Vandendyck, « Le développement de l'influence chinoise dans le Pacifique océanien », *Asia Focus et Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2018/1, n° 31, pp. 199-209, 316 pages.

chinoise avec sa route océanique de la soie risque de déstabiliser une éventuelle partie de l'architecture géopolitique de la région.

Sur le plan international, c'est la résolution 1541 du 15 décembre 1960 de l'Organisation des Nations Unies (ONU) qui officialise l'association entre États indépendants en édictant que l'« *on peut dire qu'un territoire non autonome a atteint la pleine autonomie [...] quand il s'est librement associé à un État indépendant* ». La tendance à « l'association » d'États ne s'est pas révélée fructueuse puisque force est de constater que celles-ci furent modestes et ne concernèrent véritablement que les micro-États⁵.

Pour ce qui concerne la région du Pacifique océanien, il existe plusieurs micro-États⁶ mais seulement cinq sont associés à d'autres puissances étatiques. Nous relevons les États Fédérés de Micronésie, les îles Palaos⁷ et les îles Marshall associés aux États-Unis, les îles Cook et Niue⁸ associés à la Nouvelle-Zélande⁹.

Selon le droit international, c'est le substantif association qui est employé, et selon le droit national français, un glissement sémantique est opéré depuis quelques années par la doctrine tendant à utiliser le terme de partenariat (I). De ces arguties intellectuelles propres à l'Occident, la Chine n'a que faire. Elle considère qu'elle a une politique économique à mener à bien et qu'elle dispose pour ce d'une puissance financière considérable. Celle-ci peut lui permettre de mettre en place une nouvelle route océanique de la soie, et à terme par une politique « du carnet de chèques » faire entrer

⁵ Arnaud Duranthon, « Qu'est-ce qu'un micro-État aujourd'hui ? L'exemple des micro-États d'Océanie », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/4 (n° 92), pp. 785-797.

⁶ Nauru, Tuvalu, îles Marshall, îles Cook, Niue, Palaos, Micronésie, Tonga, Kiribati, Samoa, Vanuatu.

⁷ Raymond Goy, « L'évolution vers l'indépendance des îles Palaos », « La fin de la dernière tutelle », *Annuaire Français de Droit International*, vol. 40, année 1994, éd. du CNRS, Paris, pp. 356-370.

⁸ L'ONU reconnaît officiellement depuis 2013 comme observateurs non membres les îles Cook comme État non membre depuis 1992 et Niue comme État non membre depuis 1994, mais qui ne sont pas reconnus en tant qu'États selon le droit international car ces îles, Cook et Niue sont sous souveraineté néo-zélandaise. Ces îles sont juridiquement des territoires dépendants en libre association avec la Nouvelle-Zélande. Du fait de leur association avec la Nouvelle-Zélande, ces îles ne disposent pas de la souveraineté extérieure et de ce fait ne peuvent en principe devenir membres des Nations Unies.

⁹ Léa Havard, « *L'État associé : recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique océanien* », thèse de doctorat en droit public, Université de Bordeaux, 14 novembre 2016, 631 pages. Les trois États : îles Marshall et les États Fédérés de Micronésie sont en libre-association avec les États-Unis depuis 1986 et Palaos depuis 1994. Les îles Cook sont en libre-association avec la Nouvelle-Zélande depuis 1965 et Niue depuis 1974. Ainsi, les trois États en association avec les États-Unis sont membres de l'ONU et les deux États en association avec la Nouvelle-Zélande ne sont pas membres de l'ONU.

dans sa sphère d'influence tous les petits micro-États qu'ils soient associés ou non¹⁰ (II).

I. – LE GLISSEMENT SÉMANTIQUE ENTRE ASSOCIATION ET PARTENARIAT

Selon le droit international, un « État associé » est un État souverain qui signe une convention de partenariat, c'est-à-dire un accord de volontés, avec un autre État et destiné à produire des obligations. Par contre, la formulation « État avec partenariat » n'existe pas dans les diverses résolutions de l'ONU, mais cela n'empêche pas que des accords, des conventions, des résolutions de partenariat existent au sein de cette organisation internationale.

A - Association ou partenariat, une simple question de modernité ?

La Nouvelle-Calédonie est décrite comme une terre tumultueuse, faite de contrastes, une terre où le maniement des concepts se mêle et s'entrecroise. Le concept d'association n'est pas étranger dans le discours politique indépendantiste calédonien. Il a déjà été émis par Pascal Naouna, président du plus vieux parti calédonien, l'Union calédonienne :

« L'idée d'indépendance pure et simple évolue petit à petit vers l'idée d'un État associé à la France, pour tenir compte des réalités de la mondialisation. On y va, même si certains n'osent pas ou ne veulent pas le dire »¹¹.

Prononcé douze ans avant la fin de l'Accord de Nouméa, ce discours disruptif n'avait pas soulevé à l'époque, de commentaires particuliers. Un an avant la consultation du 4 novembre 2018, cette idée a été reprise par un autre mouvement indépendantiste, le Parti de Libération Kanak (Palika), avec l'appellation « partenariat ». Il s'agit pour le Palika d'une modernisation de ce substantif en phase avec la doctrine actuelle. Ce parti propose, lors de son 42^{ème} congrès¹² à Poum, de défendre auprès des électeurs calédoniens « *une indépendance en partenariat avec la France* ».

¹⁰ Un bémol peut être émis au profit des États-Unis qui peuvent, s'ils le désirent, largement résister financièrement aux sirènes commerciales de la Chine alors que la Nouvelle-Zélande est dépourvue de toute résistance financière. Cependant, une approche politique n'est jamais à exclure. C'est ce qui s'est passé le 12 novembre 2018 aux îles Marshall avec le dépôt d'une motion de censure pour renverser la présidente Hilda Heine. Le projet de création d'un territoire complètement autonome, d'un paradis fiscal exempté d'impôts serait, selon la présidente, une tentative de la Chine d'instituer un cheval de Troie pour contrôler une partie de l'archipel. <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaledonie/presidente-iles-marshall-echappe-motion-censure-accuse-pekinn-649056.html>

¹¹ Pascal Naouna, président de l'Union Calédonienne de 2001 à 2007, *Les Nouvelles Calédoniennes*, 9 novembre 2006, p. 6.

¹² Congrès tenu à la tribu de Arama à Poum du 10 au 12 novembre 2017.

Cette option de partenariat avec la France est, selon ce parti, la seule qui propose un projet pour l'avenir :

« - C'est celui d'une indépendance en partenariat avec la France car il permet de répondre aux préoccupations des gens. Ce projet ne rebute pas la population mais nécessite une explication sur la feuille de route et notamment l'intérêt et les enjeux de la phase de transition 2018-2022.

- Le projet de maintien au sein de la RF c'est celui qui existe déjà. Il a un horizon, il est valable jusqu'en 2022. Quelques soit les variantes il propose le statu quo »¹³.

Si l'on se réfère à la Constitution de la République française, celle-ci mentionne le terme « associé » tel que stipulé dans la résolution phare de l'ONU¹⁴. L'utilisation du terme « partenariat » par la doctrine peut de nos jours, en partie, s'expliquer historiquement¹⁵. Pour ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, il faut prendre en considération la tentative d'Edgard Pisani, délégué du Gouvernement, de proposer aux Calédoniens le 7 janvier 1985 un référendum tendant à obtenir « *la constitution de la Nouvelle-Calédonie en un État indépendant associé à la France dans les conditions prévues par l'article 88 de la Constitution* ». Cette proposition unilatérale du délégué du Gouvernement est rejetée par le FLNKS lors de son congrès de Nakéty le 9 février 1985 et également massivement le 31 mai 1985 par l'Assemblée territoriale.

Sur le plan juridique interne, la Constitution actuellement en vigueur ne conserve, à titre anecdotique, qu'un seul article traitant de la possibilité de nouer des associations entre États. Il s'agit de l'article 88 qui n'a, à ce jour, jamais été mis en application : « *La République peut conclure des accords avec des États qui désirent s'associer à elle pour développer leurs civilisations* ». Par contre, sur le plan du droit international, c'est relativement laconique. Diverses dispositions très générales sur la libre

¹³ Présentation du congrès extraordinaire à la tribu de Tchamba, Ponérihouen, 25 mai 2018, <https://www.capsur2018.nc/?p=4296>

¹⁴ Résolution 1541 (XV) Principes qui doivent guider les États Membres pour déterminer si l'obligation de communiquer des renseignements, prévue à l'alinéa e de l'Article 73 de la Charte, leur est applicable ou non, du 15 décembre 1960, 948^{ème} séance plénière.

¹⁵ La mise en place de l'Union française en 1946 était, dès le départ, vouée à l'échec car les inégalités dans une association de pure forme entre les différents peuples étaient trop importantes. L'écart entre les principes affichés d'égalité et la réalité était beaucoup trop contradictoire puisque la France s'arrogeait toutes les prérogatives ne laissant aux autres territoires que la seule possibilité d'émettre des avis.

La tentative du Général de Gaulle d'instituer la Communauté française en remplacement de la défunte Union française avec la mise en place de la V^{ème} République a été également un échec pour les mêmes raisons. Un refus de reconnaître à égalité la souveraineté des autres membres composant cette Communauté. L'indépendance des anciennes colonies à partir de 1960 sonne le glas de cette volonté de mettre en place une association politique entre la France et son ancien empire colonial.

association sont énoncées par l'ONU, que l'on peut relever dans le *Principe VI b)* et le *Principe VII* de l'annexe de la résolution 1541 de l'ONU :

Principe VI : « On peut dire qu'un territoire non autonome a atteint la pleine autonomie :

b) Quand il s'est librement associé à un État indépendant ; »¹⁶

Principe VII :

« a) La libre association doit résulter d'un choix libre et volontaire des populations du territoire en question, exprimé selon des méthodes démocratiques et largement diffusées. Elle doit respecter l'individualité et les caractéristiques culturelles du territoire et de ses populations, et conserver aux populations du territoire qui s'associe à un État indépendant la liberté de modifier le statut de ce territoire en exprimant leur volonté par des moyens démocratiques et selon des méthodes constitutionnelles.

b) Le territoire associé doit avoir le droit de déterminer sa constitution intérieure, sans ingérence extérieure, conformément aux méthodes constitutionnelles régulières et aux vœux librement exprimés de ses populations. Cela n'exclut pas les consultations que pourraient appeler ou exiger les clauses de la libre association ».

De l'ambiguïté « factice » de ces deux termes « association et partenariat », il ressort de l'étude « *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie* »¹⁷ menée par Jean Courtial et Ferdinand Mélin-Soucramanien que quatre hypothèses d'achèvement de l'Accord de Nouméa sont plausibles, en l'occurrence « La pleine souveraineté avec partenariat ». Les auteurs ne manquent pas de préciser que pour cette hypothèse, la Nouvelle-Calédonie doit bénéficier d'un statut de pleine souveraineté, c'est-à-dire disposer de la « compétence de sa compétence ».

Ces auteurs, dans leurs réflexions, justifient aussi le terme « partenariat » au lieu du mot « association ». Ils considèrent que l'application de l'article 88 de la Constitution relève d'un « langage daté » et qu'il ne correspond donc plus au monde contemporain. À cet égard, ils énoncent qu' :

« Il n'est nul besoin de faire appel à une notion obscure, historiquement dépréciée, qui brouillerait la vue sans rien apporter d'utile. Si l'article 88 de la Constitution est une coquille vide, c'est probablement parce que son paternalisme est devenu inadapté au monde contemporain »¹⁸.

Par contre, pour le partenariat, ils considèrent que :

¹⁶ Il convient de préciser que cette association peut être conclue avec n'importe quel État indépendant, rien ne précise qu'il s'agirait obligatoirement de la puissance administrante. Il en est de même avec le « c » concernant l'intégration.

¹⁷ Jean Courtial, Ferdinand Mélin-Soucramanien, « *Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie* », éd. La Documentation française, Collection des rapports officiels, octobre 2013, 85 pages.

¹⁸ *Ibid*, p. 26.

« Parce qu'il se fonde sur le principe d'égalité entre États souverains reconnus par la communauté internationale, le partenariat, ne représente pas une souveraineté minorée, encadrée, soumise à celle d'un État « grand frère » mais au contraire une souveraineté pleine et entière ; un dialogue d'État souverain à État souverain ; une rencontre de volontés souveraines ; un choix d'indépendance dans une interdépendance consentie. De plus, chacun des États conserve la capacité de dénoncer unilatéralement toute convention le liant à l'autre État ».

Les arguments développés pour expliquer ce choix sont naturellement fondés et ne sont pas contestables en soi. Il faut néanmoins pondérer la comparaison. Il est problématique de comparer un partenariat entre États continentaux qui relève de relations particulières par rapport à un partenariat impliquant un État insulaire car les liens entre eux sont différents, ne serait-ce que par leur situation géographique. Les deux auteurs du rapport *« Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie »* développent très longuement la relation de partenariat qui existe entre Monaco et la France. Il est patent que les contextes géographiques sont différents. Il n'y a rien de comparable entre la Principauté de Monaco, complètement insérée dans la sphère géographique, culturelle, historique de la France, et une île située à près de 18 000 km dans le Pacifique océanien aux prises avec des influences géopolitiques prégnantes et multiples. Il ne me semble pas pertinent de méconnaître cet aspect factuel. Le plus important à retenir est que, chaque État étant souverain, il peut recouvrer sa liberté à tout moment. Que penser de la pérennité des associations d'États dans le Pacifique océanien avec une Chine de plus en plus conquérante sous couvert d'économie ?

En dehors de ces considérations générales rien ne permet de prédéterminer un modèle en la matière. La seule chose que l'on peut vraiment avancer est que seuls les États souverains peuvent s'associer. Ces États peuvent en toute liberté signer une convention de partenariat dont les contours varient afin d'arriver à un équilibre satisfaisant de part et d'autre.

B - Le positionnement inconfortable des micro-États face à la Chine

N'étant pas un État dit « classique », le micro-État est défini plutôt par la négation et surtout par l'obligation de subir, plus que d'autres, des interdépendances. Que des micro-États se figurent pouvoir négocier d'égal à égal des interdépendances avec des États relevant des superpuissances frôle une fatuité pouvant faire sourire si elle n'était pas, parfois, catastrophique pour les populations. Le problème dans ce raisonnement, c'est que les États, s'ils sont tous considérés juridiquement par l'ONU sur un pied d'égalité, ne le sont en réalité absolument pas. L'interdépendance ne signifie pas égalité dans les rapports de force au cours des discussions. L'indépendance qui

permet les interdépendances n'est valable que pour des États de même puissance, de même niveau de développement. Les micro-États ne sont pas en mesure d'imposer quoi que ce soit envers les grandes puissances, cela a été expliqué depuis longtemps¹⁹. On ne peut décemment croire à l'établissement d'une relation équitable entre une superpuissance et un micro-État. Le nouvel État l'apprendrait très vite à ses dépens²⁰ mais trop tard.

Les caractères traditionnels du micro-État sont sa petite taille géographique, sa très faible économie et une faiblesse démographique. Le phénomène de l'insularité caractérise aussi couramment le micro-État²¹. Ces États que l'on peut considérer dans la réalité comme « fictifs » choisissent l'association pour, en général, mais pas toujours, leur permettre de toucher des prébendes, de nouer des liens indispensables pour satisfaire leurs besoins et, naturellement, essentiellement par des transferts financiers conséquents. Les exemples économiques d'États associés dans le Pacifique sont particulièrement négatifs au regard des transferts financiers de la métropole envers la Nouvelle-Calédonie²².

Les transferts financiers des États-Unis au profit des pays qui ont signé le « Compact of Free Association », soit Palau, Marshall et Micronésie révèlent une nette différence de solidarité par rapport à la France et ses territoires périphériques et des États associés. L'aide des États-Unis pour la période 2004-2023 à la République des Marshall Islands s'élève à 60 millions de USD par an, soit un peu plus de 6,3 milliards de F.CFP, soit environ 25 fois moins que la France envers la Nouvelle-Calédonie, et pour les États fédérés de Micronésie en gros 93 millions de USD, soit à peu près 9,8 milliards de F.CFP, soit, là aussi, environ plus de 15 fois moins, alors que pour une seule année, la Nouvelle-Calédonie perçoit entre 150 et 160 milliards de F.CFP²³.

¹⁹ Benjamin Disraeli, Discours en 1863, « Les colonies ne cessent pas d'être des colonies parce qu'elles sont indépendantes ».

²⁰ L'endettement croissant du Vanuatu envers la Chine devient préoccupant au point de considérer sa souveraineté comme dévalorisée puisque dernièrement, il a interdit à un navire de la Marine nationale française d'effectuer une mission humanitaire sur l'île d'Anatom. Il est permis de penser que cette posture lui a été « suggérée » par la Chine qui convoite la ZEE entourant les îles Matthew et Hunter, îlots d'ailleurs revendiqués par le Vanuatu.

²¹ Laurent Adam, « Le concept de micro-État : États lilliputiens ou parodies d'État ? », *Revue internationale de politique comparée*, vol. 2, n° 3, décembre 1995, p. 577.

²² « Les États associés du Pacifique : un mauvais exemple économique », 2 février 2012, <http://fondation-republicaine-nc.over-blog.com/article-les-États-associés-du-pacifique-un-mauvais-exemple-economique-98432549.html>

²³ Le coût des dépenses de l'État en faveur de la Nouvelle-Calédonie pour 2018 est de plus de 175 milliards de F.CFP, soit plus de 1,4 milliards d'euros, haut-commissariat de la République en Nouvelle-Calédonie, rapport d'activité 2018 des services de l'État en Nouvelle-Calédonie, <http://www.nouvellecaledonie.gouv.fr/content/download/5943/45767fi>

Concernant la Nouvelle-Zélande, l'aide financière accordée aux îles Cook varie entre 3 et 5 millions d'euros, soit entre 25 et 41 millions de F.CFP, la Nouvelle-Calédonie environ 1,4 milliard d'euros, inutile de calculer le ratio il est hors de comparaison. Quant à Niue, ce petit territoire reçoit environ 15 millions de dollars NZ, soit environ 8,4 millions d'euros, soit un peu plus d'un milliard de F.CFP. On est encore très loin des 1,4 milliard d'euros que reçoit la Nouvelle-Calédonie. On peut alors se demander si ces États en ayant connaissance de ces transferts financiers ne demanderaient pas à changer d'association au profit de la France qui s'avère, au vu de ces chiffres extrêmement généreuse.

Il convient quand même de souligner que la dépendance ne signifie pas nécessairement la soumission. La souveraineté est une indépendance juridique et à ce titre tout État qui consent à des engagements internationaux n'entame pas sa souveraineté²⁴.

La Chine expansionniste comme sujet d'étude a commencé à être traité modestement il y a une petite dizaine d'années²⁵. L'approche universitaire se focalisait uniquement sur les micro-États du Pacifique océanien, les États associés n'étaient pas encore abordés. Avec sa nouvelle politique de développement économique concernant la route maritime de la soie, la Chine envisage de développer une stratégie de rapprochement avec tous les États de la région en multipliant l'aide au développement et les échanges commerciaux. Il est patent qu'à partir d'une démarche visant à étendre sa zone d'intérêts économiques, la Chine s'arroge le droit d'étendre son influence diplomatique bien au-delà de la simple économie²⁶.

Il n'est plus à démontrer la montée en puissance de la Chine. Celle-ci a été observée en Papouasie-Nouvelle-Guinée, dernièrement au sommet de la Coopération économique pour l'Asie-Pacifique²⁷ les 17 et 18 novembre 2018. La plupart des observateurs présents à ce sommet constatent

[le/Rapport%20d'activité%202018%20des%20services%20de%20l'État%20en%20Nouvelle-calédonie.pdf](#)

²⁴ Lorsque deux ou plusieurs États concluent un traité international, il n'y a pas de leur part un abandon de souveraineté, « La Cour se refuse à voir dans la conclusion d'un traité quelconque, par lequel un État s'engage à faire ou ne pas faire quelque chose, un abandon de sa souveraineté. Sans doute, toute convention engendrant une obligation de ce genre, apporte une restriction à l'exercice des droits souverains de l'État, en ce sens qu'elle imprime à cet exercice une direction déterminée. Mais la faculté de contracter des engagements internationaux est précisément un attribut de la souveraineté de l'État », Cour permanente de Justice internationale, affaire du vapeur « Wimbledon », arrêt du 17 août 1923, p. 25, 34 pages.

²⁵ Agniel, Guy. « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, pp. 135-149.

²⁶ Béryl Ziegler, *Actu.nc*, « L'invasion chinoise, psychose ou réalité ? », n° 230, 16 août 2018, pp. 6-10.

²⁷ Il s'agit d'un regroupement de 21 États plus connu sous l'acronyme APEC, Asia-Pacific Economic Cooperation.

l'influence grandissante de la Chine dans cette partie du monde, notamment avec les fastes déployés par le pays hôte en faveur de la Chine car « Pékin ne ménage pas ses efforts pour accroître son influence dans le Pacifique, raflant des contrats pour ses entreprises, achetant des droits miniers, investissant dans les matières premières et enrichissant un important réseau d'influence »²⁸. La défection du Président Donald Trump à ce sommet affaiblit *a priori* grandement l'influence américaine. En Papouasie-Nouvelle-Guinée, « Les responsables de la Maison blanche dénoncent des financements chinois attachés de conditions aliénantes pour les pays bénéficiaires et insistent sur la nécessité de "protéger la souveraineté et l'indépendance de ces pays" »²⁹, mais la portée de leur déclamation devient résiduelle car la Chine enhardie par ses succès diplomatiques et économiques devient plus offensive. Le vice-ministre chinois des Affaires étrangères, Zheng Zeguang a déclaré à ce sommet que « Personne ne doit faire obstruction à l'amitié, à la coopération et aux échanges entre la Chine et les pays insulaires »³⁰.

II. – LES CONSÉQUENCES CONTINGENTES DE L'EXPANSION ÉCONOMIQUE CHINOISE AVEC LA ROUTE OCÉANIQUE DE LA SOIE

Il convient d'avoir à l'esprit et de préciser dès le départ l'existence de la lutte d'influence dans le Pacifique très virulente entre les deux Chine. La plupart des observateurs se plaçant exclusivement dans le domaine économique considèrent que dans les années futures, la lutte pour l'hégémonie pour ne pas dire les enjeux géostratégiques que se livrent la Chine et Taïwan tournera court au profit de la puissance financière de la Chine³¹. La diplomatie chinoise continue de se renforcer dans le Pacifique avec les îles Kiribati et les îles Salomon qui ont rompu leurs relations diplomatiques avec Taïwan³² au profit de la Chine communiste. Enfin, le

²⁸ Andrew Beatty, « APEC : Port Moresby, reflet de l'influence chinoise dans le Pacifique », « Quatre-voies construites par la Chine, centres de convention construits par la Chine, Cour suprême construite par la Chine... À Port Moresby, les illustrations de la présence chinoise sont omniprésentes », AFP, 14 novembre 2018, <https://lepetitjournal.com/brisbane/actualites/apec-port-moresby-reflet-de-linfluence-chinoise-dans-le-pacifique-244292>

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ Bastien Vandendyck, « Le développement de l'influence chinoise dans le Pacifique océanien », *op. cit.* Pour dépasser la zone du Pacifique océanien, on peut mentionner la pression chinoise réussie auprès de plusieurs compagnies aériennes pour ne plus référencer Taïwan comme un territoire non chinois, <https://www.nouvelobs.com/chroniques/20180628.OBS8894/taiwan-la-province-rebelle-qui-defie-la-chine-a-coups-de-democratie.html>

³² Taïwan rompt ses relations diplomatiques avec les îles Salomon le 16 septembre 2019 et les îles Kiribati le 20 septembre 2019.

concept d'hégémonisme correspond mieux à l'attitude actuelle de la Chine que le terme d'impérialisme plus accolé aux États-Unis d'Amérique³³.

A - L'ambiguïté de l'hégémonie douce de la Chine

La montée en puissance de la Chine dans le concert des grandes nations est lente mais inexorable. Elle est plus que subodorée dans les années 1970 par certains dirigeants politiques, notamment français. Lorsque le vice-Premier ministre Deng Xiaoping se rend à Paris en 1975, le Président français Valéry Giscard d'Estaing énonce, dans le cadre de la construction européenne, que :

« Si l'on envisage la situation à une échéance de 20 ou 30 ans, on doit tenir compte de deux éléments qui, d'ici là, vont intervenir. D'abord l'influence de la Chine qui sera devenue une puissance mondiale, et aura la possibilité de se faire entendre. Ensuite l'union de l'Europe. L'Europe aura atteint, dans 20 ans, un degré d'union politique qui sera un élément important de l'équilibre global. Aujourd'hui, on raisonne sur deux superpuissances. Mais celles-ci auront perdu dans 20 ans la position particulière qui est la leur »³⁴.

Le décollage économique de la Chine se concrétise en effet à la fin des années 1970. Les objectifs économiques ne sont pas déterminés par le marché, mais par le parti communiste chinois et ensuite entérinés par le gouvernement sous une forme autoritaire. En effet, le modèle économique en Chine est mixte, avec un secteur d'État omniprésent et un secteur privé sous haute surveillance. Sur le plan sociétal, la population chinoise est l'alliée objective du régime puisque *« les classes moyennes ont besoin de sécurité et elles donnent la priorité à leur enrichissement personnel et à la*

³³ Bertrand Badie, « L'hégémonie américaine : échec ou révision ? », « [...] on a coutume de se référer à l'hégémonie pour désigner des formes de domination au moins en partie consenties, voire désirées, utilisant des instruments dits de "puissance douce" (*soft power*). L'impérialisme renvoie étymologiquement à tout autre chose, c'est-à-dire un projet politique de construire un ordre impérial, soit explicite, par la conquête, et donc l'usage de la force, soit implicite, par la mise en place de relais, c'est-à-dire souvent de gouvernements clients, voire fantoches, qui ont abandonné une part substantielle de leur souveraineté entre les mains de la puissance impériale.

Il est évident qu'un empire qui ne tiendrait que par la force serait coûteux pour celui qui l'entreprendrait, et fragile, sujet à d'incessantes contestations. Il y a donc toujours dans tout projet impérial une part d'hégémonie. En retour, on peut concevoir des formes de domination douce qui ne recourent que très peu à la force et construisent autour d'elles tout un réseau d'influences qui ne correspond plus à l'exigence du modèle impérial. Ainsi, tout mêlés qu'ils soient, ces deux concepts renvoient à deux pratiques distinctes », interview, *Le Monde*, 17 janvier 2007, https://www.lemonde.fr/ameriques/article/2007/01/17/l-hegemonie-americaine-echec-ou-revision_856321_3222.html ; du même auteur, « L'hégémonie contestée : Les nouvelles formes de domination internationale », éd. Odile Jacob, oct. 2019, 227 pages.

³⁴ Archives nationales françaises, Papiers Giscard d'Estaing, 5 AG 3/AE 81, Chine, 1974-1980, compte rendu de la visite de Teng Hsiao Ping (Deng Xiaoping), mai 1975.

consommation, avant l'extension des libertés publiques et des droits politiques »³⁵. Maintenant, après une longue période de collaboration avec les investisseurs étrangers pour développer son économie, la Chine commence à acquérir, en partie, l'essentiel des savoirs et des savoir-faire afin que seuls ses grands groupes montent en puissance³⁶.

Plus aucun observateur ne s'étonne que la Chine soit actuellement une puissance. Cette situation résulte d'une carence de certaines puissances. En effet, il n'y a rien d'extraordinaire à ce contexte puisque dès les années 1960, la Chine a bénéficié de l'effacement grandissant dans le Pacifique océanien de la présence occidentale avec le retrait des Britanniques et des États-Unis. Alors que certaines puissances occidentales ferment leurs postes diplomatiques, la Chine en ouvre, pour *in fine* disposer de très nombreuses représentations diplomatiques, beaucoup plus que n'importe quels autres États³⁷ de la région. Ce qui laisse à penser que le Pacifique océanien est déjà ou commence à être sous l'influence de Pékin. La présence française avec ses trois « territoires » reste, encore pour le moment, la seule puissance occidentale européenne, car « **avec le choix du peuple britannique de quitter l'Union européenne, la France devient le dernier pays européen Pacifique** »³⁸. On peut penser que la présence de la France dans le Pacifique océanien pourrait commencer à se renforcer, être plus nette si elle s'en donnait les moyens avec la sortie programmée du Royaume-Uni de l'Union européenne. À cet égard, le Président de la République précise sa pensée en affirmant que la France (donc en intégrant la Nouvelle-Calédonie) en tant que dernier pays européen serait « **le dernier comme un pont jeté entre tant d'opportunités, comme un pont jeté entre tant de perspectives** »³⁹.

Pour confirmer son implantation dans certains micro-États du Pacifique océanien la Chine s'appuie sur une coopération pacifique et se concentre sur deux axes, l'aide au développement et l'implantation commerciale. Devenue depuis 2014 la seconde puissance économique mondiale la Chine devient incontournable pour faire du commerce avec la majorité des autres États. Elle ne se préoccupe pas des interdits occidentaux, elle ignore même nombre de valeurs occidentales⁴⁰. Dans ses relations avec

³⁵ *Le Monde*, Sommet Chine-Afrique : « Pékin n'est pas néocolonialiste mais hégémonique », 3 septembre 2018, https://www.lemonde.fr/afrique/article/2018/09/03/sommet-chine-afrique-pek-in-est-pas-neocolonialiste-mais-hegemonique_5349720_3212.html

³⁶ Tencent Holdings, Alibaba, Huawei, Baidu, Taobao, Sina, Renren...

³⁷ La Chine dispose de neuf représentations diplomatiques dans le Pacifique océanien.

³⁸ Discours du Président de la République, Emmanuel Macron, sur la Nouvelle-Calédonie à Nouméa le samedi 5 mai 2018, *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2018/2, n° 32, pp. 205-211.

³⁹ *Ibid.*

⁴⁰ Sur un plan global, la Chine refuse systématiquement toutes interventions étrangères, les considérant comme une ingérence dans ses affaires intérieures. Quant à la notion des droits

les autres États, elle n'impose aucune condition politique⁴¹ pour son assistance, aucune sauf une : celle de ne pas avoir de relations avec Taïwan. Que la Chine masque ses ambitions hégémoniques, cela ne l'empêche pas d'avoir une volonté de puissance et de domination claire, quotidienne, voire obsessionnelle.

La réussite financière de la Chine est due à sa réussite économique. Elle dispose, pour ce qui concerne le Pacifique Sud, d'un maillage diplomatique important, devenant ainsi incontournable. Notons que le Premier ministre australien, Scott Morrison a déclaré, juste avant l'ouverture les 17 et 18 novembre 2018 du sommet de l'Asie-Pacifique (APEC) à Port Moresby en Papouasie-Nouvelle-Guinée, devant les forces armées le 8 novembre 2018 à Townsville dans le Queensland, dans un discours dénommé « *Australie et Pacifique: un nouveau chapitre* », que son pays entendait reprendre pied dans le Pacifique en annonçant la création d'un futur consulat en Polynésie française⁴².

Au niveau de la croissance mondiale, la puissance financière de la Chine ne peut plus lui être contestée. Elle lui permet une contribution annuelle de plus de 30 %, largement supérieure à celle du Japon, de la zone euro et des États-Unis réunis. Sa participation à la croissance mondiale est réelle et elle contribue sur le plan interne à la réduction de la pauvreté en « *permettant à plus de 700 millions de Chinois de sortir de la pauvreté, contribuant ainsi à hauteur de 70 % à la réalisation de l'objectif de l'élimination de l'extrême pauvreté* »⁴³. Dans une de ses déclarations le secrétaire général des Nations Unis, António Guterres reconnaît que « *la Chine est le pays qui apporte la plus grande contribution à la lutte contre la pauvreté dans le monde* »⁴⁴. De plus, en participant très fortement aux opérations de maintien de la paix dans le cadre de l'ONU, la Chine donne une image, non agressive, très positive d'un État favorable à la paix.

de l'homme, elle est complètement hermétique à ce concept. La Chine récusé l'idée « d'universalité des droits de l'homme ». Elle considère qu'il faut prendre en compte pour chaque pays les conditions culturelles, politiques et historiques.

⁴¹ Cette attitude est appelée le « Consensus de Pékin » en opposition au « Consensus de Washington » lequel exige le respect de certaines valeurs comme les droits de l'homme, la lutte contre la corruption...

⁴² L'Australie veut ouvrir un consulat en Polynésie, 9 novembre 2018, https://www.tntv.pf/L-Australie-veut-ouvrir-un-consulat-en-Polynesie_a28873.html ; afin de reprendre son influence au sein du Forum des îles du Pacifique, l'Australie prévoit également d'ouvrir des missions diplomatiques aux îles Cook, aux Palaos, à Niue et aux îles Marshall.

⁴³ « Lutter ensemble contre la pauvreté pour une prospérité commune », allocution du ministre des Affaires étrangères Wang Yi à la cérémonie d'ouverture du Dialogue de haut niveau Chine-Afrique et du Forum des Think-Tanks sur la Lutte contre la pauvreté pour la prospérité commune, 21 juin 2017, <http://www.fmprc.gov.cn/fra/zxxx/t1472204.shtml>

⁴⁴ *Chineafrique*, « La vision chinoise de lutte contre la pauvreté : performances et contribution », 7 mars 2018, http://www.chinafricque.com/Chine/201803/t20180307_800120607.html

B - La puissance économique de la Chine modifie la situation géostratégique du Pacifique Sud

L'action économique de la Chine s'appuie sur le temps long. Le court terme est un espace de temps qui n'entre pas dans la conception chinoise. Un exemple parmi d'autres, dès 2006 la Chine programme les 5 et 6 avril à Fidji, au Forum pour le développement économique et la coopération Chine-Pays insulaires du Pacifique (CPIC Forum) une stratégie financière pour s'attirer les bonnes grâces des micro-États. Cette politique en 2020, au regard de la patience du gouvernement chinois est bénéfique aux intérêts de ce pays.

Après avoir courtisé pendant de longues années le Pacifique océanien, la Chine a maintenant les moyens de le conquérir. Son ancrage relève dans un premier temps de la rivalité sino-taïwanaise qui, par le biais de la « diplomatie du chèque »⁴⁵ lui a permis de mieux s'implanter dans de multiples îles. Les liens diplomatiques que noue la Chine sont conditionnés aux échanges économiques basés sur la construction de projets d'assistance et d'infrastructures⁴⁶. Il est puéril de dénoncer la Chine pour ses constructions de « routes pour nulle part » et des « bâtiments inutiles »⁴⁷, cela n'est que la constatation un peu tardive d'une situation de vide⁴⁸ qui dure depuis des décennies.

La faible taille des micro-États engendre une faiblesse chronique de leurs économies qui les oblige à développer des « niches » là où la concurrence est supportable. Le poids économique des micro-États reste modeste, voire dérisoire, les écartant complètement du marché au point de subir les règles d'un État plus puissant. Cette situation les condamne à ne pouvoir prétendre à la construction d'infrastructures par leurs propres moyens. Ces micro-États sont ainsi à la merci des puissances plus argentées, lesquelles, pour la plupart, ne s'engagent pas par philanthropie.

⁴⁵ Ou la « diplomatie du carnet de chèques ». Il s'agit d'une procédure permettant l'achat de voix auprès des pays insulaires du Pacifique (Pacific Island Countries "PICs") pour des votes à l'ONU en échanges d'aides financières.

⁴⁶ En sus des micro-États, la Chine finance des organisations régionales océaniques ; le siège du Groupe Mélanésien Fer de Lance (GMFL) à Port Vila a été construit par la Chine et le bureau du Forum des Îles du Pacifique perçoit de nombreuses aides financières.

⁴⁷ Concetta Fierravanti-Wells, ministre australienne pour le développement international et le Pacifique, déclare le 10 janvier 2018 « *Le Pacifique est plein de ces bâtiments qui ne servent à rien et qui ne sont pas entretenus* » ; « *Nous ne voulons pas construire des routes qui ne mènent nulle part. Nous voulons que les infrastructures que nous aidons, servent au développement économique ou à l'amélioration de la santé de ces pays* » ; « *Nous encourageons la Chine dans une aide au développement productive et efficace et nous ne voulons pas financer des projets qui ne servent à rien* », <http://institut-du-pacifique.org/2018/01/>

⁴⁸ Il faut avoir à l'esprit que les Britanniques se sont retirés du Pacifique océanien ainsi que les U.S.A. en fermant des postes diplomatiques.

La Chine qui a une vision mondiale de son action a bien compris les effets de l'interdépendance entre son économie et le reste du monde. C'est pour une raison dynamique qu'elle a considérablement augmenté ses investissements dans les infrastructures à échelle internationale au cours des dernières années, en particulier en direction des pays en développement⁴⁹. Parmi les réalisations effectuées, certaines relèvent de l'ostentatoire, notamment au profit de l'élite qu'elle sait particulièrement bien flatter. On peut souligner la construction de bâtiments gouvernementaux, de résidences pour Présidents ou Premiers ministres... sans oublier pour conforter le pouvoir en place, satisfaire la population par la construction de complexes sportifs pour les Jeux du Pacifique, ou le passage de bateau-hôpital⁵⁰. Selon le *think tank* australien *Lowy Institute*, en dix ans, de 2006 à 2016, la Chine a déboursé pour les pays de la région du Pacifique océanien une aide de 1,78 milliard de dollars sous forme de dons et de prêts à taux préférentiels⁵¹. Cette aide ne devrait pas diminuer⁵², avec la nouvelle route de la soie océanique, elle devrait au contraire se renforcer⁵³.

Depuis que les migrations et les échanges commerciaux sont devenus plus importants dans le Pacifique océanien, celui-ci est devenu grâce en partie à la Chine, le nouveau centre du monde. Il faut beaucoup de naïveté de la part des puissances présentes dans le Pacifique de découvrir

⁴⁹ Barthélémy Courmont, « Quand la Chine investit dans les infrastructures », *Asia Focus* #1, Programme Asie, septembre 2016.

⁵⁰ Sanga Stuber-Vandame, « Santé, humanitaire et politique : un hôpital itinérant de l'armée chinoise au Vanuatu », *Anthropologie & Santé, Revue internationale francophone d'anthropologie de la santé*, 16 I 2018.

⁵¹ Harold Thibault, Isabelle Dellerba, *Le Monde*, « Les Occidentaux inquiets face à la présence de la Chine dans le Pacifique océanien », 30 avril 2018. *Maroc diplomatique*, « L'Australie décidée à contrer l'influence chinoise dans le Pacifique », 19 juin 2018. Selon le *Lowy Institute*, un *think tank* basé à Sydney, l'aide de la République Populaire de Chine aux pays du Pacifique depuis 2006 a été la suivante :

- Timor Leste	: 52,16	millions de dollars
- Papouasie Nouvelle Guinée	: 632,46	" "
- Micronésie	: 40,6	" "
- Vanuatu	: 243,48	" "
- Fidji	: 359,8	" "
- Samoa	: 230,12	" "
- Tonga	: 172,06	" "
- Îles Cook	: 49,86	" "

⁵² Bastien Vandendyck, « Le développement de l'influence chinoise dans le Pacifique océanien », *op. cit.*, « Outre les investissements directs, les entreprises chinoises sont devenues de plus en plus actives dans la région, acceptant des projets gouvernementaux ou des projets financés par des instituts financiers multilatéraux externes tels que la Banque mondiale et la Banque asiatique de développement. Jusqu'en 2012, les entreprises chinoises auraient gagné un total de 5 milliards de dollars de contrats pour divers projets ».

⁵³ Des prêts d'aide au développement trop importants peuvent étouffer des pays vulnérables qui ne peuvent plus rembourser et sont contraints à une forme de dépendance par des cessions d'actifs envers leur État créancier. Cette politique de prêts que planifie Pékin engendrant des dettes insoutenables est aussi qualifiée « diplomatie du piège de la dette ».

qu'en se désengageant de cette vaste étendue, l'espace devenant vacant celui-ci soit à nouveau rapidement occupé par la Chine. Il est acquis que l'économie est le fer de lance de l'action chinoise⁵⁴. Elle lui permet de consolider, par une politique de libre-échange assumée, le renforcement de ses accords commerciaux.

La maîtrise économique de la mer est un enjeu alimentaire majeur pour la Chine, notamment la pêche. Compte tenu de sa démographie importante, elle essaie par des accords commerciaux d'accaparer le maximum de produits de la mer émanant de plusieurs zones maritimes pour nourrir sa population. Elle peut compter pour cela sur une flotte de pêche, la plus importante au monde, estimée entre 3 et 4 000 navires⁵⁵. Pour obtenir des droits de pêche, elle passe des conventions commerciales avec le maximum de petits États qui n'ont aucun moyen de contrôle pour savoir si ces navires chinois respectent leur signature⁵⁶.

D'autres exemples sont significatifs... Dans le cadre de ses activités commerciales, la Chine n'a pas beaucoup d'états d'âme et a une conscience écologique à géométrie variable surtout lorsqu'elle exploite une matière première en dehors de ses frontières, comme l'inquiétante déforestation des Îles Salomon par la Chine qui met en péril l'environnement et l'économie de ce pays⁵⁷.

Il faut se remémorer que les micro-États associés n'ont jamais perdu « la compétence de leur compétence ». Qu'ils peuvent en fonction des évolutions géopolitiques et/ou géostratégiques changer de partenaire. Il faut bien avoir à l'esprit que les associations d'États dans le Pacifique Sud, pour certains depuis plusieurs dizaines d'années, l'ont été en l'absence d'une Chine puissante financièrement. À l'heure actuelle la situation a changé

⁵⁴ Valentin Maricourt, « Inquiétudes australiennes sur les partenariats universitaires : l'ASPI dénonce les pratiques de la Chine », 14 novembre 2018. Depuis que la Chine est absolument incontournable en matière économique, elle se diversifie par le biais de l'armée, dans d'autres secteurs, notamment le renseignement technologique. L'Australian Strategic Policy Institute (ASPI), un centre de recherche se concentrant sur les questions de défense, de sécurité nationale et sur les politiques stratégiques dénonce les pratiques de la Chine sur les partenariats universitaires en publiant un rapport le 30 octobre 2018. Cet institut proclame que de nombreux militaires chinois sous couverture de chercheurs espionnent dans les secteurs technologiques de pointe ; <https://portail-ie.fr/short/1973/inquietudes-australiennes-sur-les-partenariats-universitaires-laspi-denonce-les-pratiques-de-la-chine>

⁵⁵ Le nombre de bateaux de pêche chinois dans le Pacifique est passé depuis 2010 de 244 à plus de 600 de nos jours, https://www.tahiti-infos.com/Face-a-l-influence-chinoise-l-Australie-debloque-3-mds-de-dollars-pour-se-renforcer-dans-le-Pacifique_a176616.html

⁵⁶ Pour la Chine, « *l'océan mondial est notre grenier* », Daniel Pauly, 10^{ème} édition de l'Indo-Pacific Fish Conference (IPFC), Papeete, Polynésie française, 2-6 octobre 2017.

⁵⁷ https://www.globalwitness.org/en/campaigns/forests/paradise-lost/?utm_medium=email&utm_source=engagingnetworks&utm_campaign=campaign&utm_content=Solomon+Ilands+181018; Paradise Lost English Final Report.pdf, octobre 2018, 28 pages ; <http://www.europe-solidaire.org/spip.php?article46901>

depuis qu'elle possède un statut de superpuissance. Pékin a les moyens financiers de ses ambitions, voire maîtriser le Pacifique océanien en « s'offrant » des micro-États. Actuellement, l'influence de la Chine se borne aux huit États⁵⁸ avec lesquels elle entretient des liens diplomatiques, mais elle peut planifier pour le futur des investissements financiers beaucoup plus conséquents pour détourner d'autres États de la sphère des autres puissances concurrentes⁵⁹.

L'Australie envisage, dans le cadre de son redéploiement diplomatique, de développer son assistance et son aide en matière de défense mais aussi en matière de sécurité intérieure et de sécurité aux frontières dans la région. À cet effet, le Premier ministre Scott Morrison déclare que « *Nous voulons travailler avec nos partenaires des Îles du Pacifique pour construire une région Pacifique qui soit stratégiquement sûre, stable économiquement et politiquement souveraine* »⁶⁰. Cette nouvelle volonté d'un partenariat avec les îles du Pacifique océanien s'accompagne d'un engagement financier conséquent avec la création d'un fonds d'aide de trois milliards de dollars australiens tant pour le financement d'infrastructures que le financement d'exportations destinées à soutenir les investissements dans cette région du Pacifique.

Même sans être associé, la versatilité et la vénalité ne sont pas absentes de certains comportements étatiques erratiques, c'est presque même une constante. L'argent a cette vertu curative de désinhiber la nature humaine. L'exemple des Kiribati est symptomatique de cet état d'esprit puisque cette île a reconnu la Chine en 2003, puis au gré des offres alléchantes de Taïwan, a changé de camp, puis à nouveau avec la Chine en septembre 2019. Il y a aussi Nauru qui a souvent monnayé sa souveraineté pour des espèces sonnantes et trébuchantes⁶¹.

Alors, les micro-États associés du Pacifique océanien sont-ils à l'abri des tentacules chinois ? Les liens associatifs qui les unissent sont-ils suffisamment puissants pour qu'ils ne se brisent pas au son des espèces sonnantes et trébuchantes ? Vraisemblablement oui, si c'est la classe politique qui a mis en place cette association qui gouverne. Vraisemblablement peut-être, si le renouvellement de la classe politique se fait graduellement. Vraisemblablement non, si une nouvelle classe politique a d'autres ambitions.

⁵⁸ Il s'agit de Fidji, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, des Samoa, des États fédérés de Micronésie, des Tonga, de Niue, des îles Cook et du Vanuatu.

⁵⁹ Dernièrement les nouvelles relations diplomatiques avec les îles Salomon et les îles de Kiribati.

⁶⁰ Discours prononcé par Scott Morrison, Premier ministre d'Australie à Townsville dans le Queensland, 8 novembre 2018, *op. cit.*

⁶¹ Luc Folliet, « Nauru, l'île dévastée : comment la civilisation capitaliste a détruit le pays le plus riche du monde », éd. La Découverte, coll. Cahiers libres, 2009, 148 pages.

CONCLUSION

Le réalisme nous oblige à prendre en compte la puissance de persuasion de la « diplomatie du carnet de chèques ». Cette précision nous permet de mieux comprendre le succès économique de la Chine auprès des micro-États. Certains responsables politiques, même en l'absence de compréhension des problèmes macro ou micro-économiques restent très sensibles aux constructions d'apparat, parfois très somptuaires. Cependant, cette même élite parfois « immature »⁶², parfois corrompue, ne se rend pas toujours compte que « *chaque investissement réalisé "par amitié" génère des coûts de fonctionnement élevés qui rendent encore plus dépendants les États insulaires qui en sont les bénéficiaires* »⁶³. Une Nouvelle-Calédonie indépendante de la France profiterait peut-être « *à une classe politico-affairiste parasite, acoquinée avec des intérêts étrangers, et prête à sacrifier sans aucun scrupule le niveau de vie des populations, sous le masque de la "décolonisation"* »⁶⁴.

Une Nouvelle-Calédonie souveraine serait, sans trop se tromper, soumise à de fortes tensions internes et pourrait surtout subir des tentations externes multiples. La corruption est propre à toute société, tout État et seule l'élite profite en général de cette situation. Un « oui » à la souveraineté conduirait juridiquement la Nouvelle-Calédonie à détenir « la compétence de sa compétence » et donc devenir, si elle est reconnue par un certain nombre d'États⁶⁵ de l'ONU, non pas un État réellement indépendant, mais un État souverain. Selon la communication de l'État sur les enjeux de la consultation⁶⁶ une période de transition serait nécessaire pour asseoir la nouvelle organisation des pouvoirs publics, et

*« Les mécanismes actuels des financements de l'État, reposant sur l'Accord de Nouméa, n'auront plus de fondement juridique, et seront donc caducs. Les relations financières entre la France et la Nouvelle-Calédonie seront établies dans le cadre de la politique publique d'aide au développement »*⁶⁷.

⁶² Michel Lextreyt, « Une interface Nord/Sud : l'Océanie », 17 juillet 2010, <http://histoire-geo.ac-noumea.nc/spip.php?article112>

⁶³ Guy Agniel, « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, éd. Le Seuil, pp. 135-149, 208 pages.

⁶⁴ Philippe Blaise, président du Mouvement républicain calédonien, « Le modèle des Îles Cook, toboggan du Rump vers l'État associé et l'indépendance », 6 mai 2013, <https://www.mouvement-republicain-caledonien.com/2013/05/06/le-modele-des-iles-cook-toboggan-du-rump-vers-l-etat-associe-et-l-independance/>

⁶⁵ Après un vote favorable de 9 des 15 membres du Conseil de sécurité, dont celui de l'ensemble de ses cinq membres permanents, l'Assemblée générale doit se prononcer à la majorité des deux tiers pour approuver la création d'un nouvel État.

⁶⁶ <http://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/content/download/5057/39109/file/20181004%20communication%20État%20sur%20les%20enjeux%20de%20la%20consultation.pdf>

⁶⁷ *Ibid.*

Le futur étant ce qu'il est, le gouvernement du nouvel État ne recevra plus les transferts annuels très conséquents de la République française. Un choix binaire destructeur devra être tranché, soit, avec la chute du produit intérieur brut, assumer la paupérisation des populations avec tous les éventuels risques que cette situation comporte ; soit, si ce gouvernement veut conserver un niveau de vie correct envers les populations trouver des États bailleurs généreux qui malheureusement prêteront sous conditions. La Chine, très habile et généreuse se tiendra en embuscade pour récupérer une Kanaky-Nouvelle-Calédonie en déliquescence. De cette éventuelle expérience, les Calédoniens se sortiront beaucoup plus mal que les autres micro-États de la région qui ont obtenu leur indépendance. Les Calédoniens ayant un très haut niveau de vie par rapport aux autres États de la région subiront une chute brutale de leur produit intérieur brut.

S'opposer à la Chine dans son offensive économique et diplomatique, oui mais il faut savoir que ses réserves de change qui sont colossales⁶⁸ lui permettent d'affronter allégrement l'adversité. Il faut réfléchir et proposer la mise en place d'une bonne gouvernance, lutter contre la corruption, diminuer drastiquement les inégalités de toutes sortes⁶⁹. Au niveau de la gouvernance, de la démocratie ou des droits de l'homme, la Chine a peu d'exigences, voire parfois pas du tout, ce qui, pour une partie de l'élite peu soucieuse de l'intérêt général, peut se perdre dans les méandres de la corruption, de la concussion ou de la prévarication⁷⁰.

Allier indépendance politique et indépendance économique pour ces petits États relève purement et simplement de la gageure. Si être indépendant consiste à subir des contrats léonins, alors ces micro-États sont théoriquement indépendants, cela fait plaisir à l'ONU, à certains esprits bien-pensants, mais en réalité ils vivent sous les fourches caudines d'un État plus puissant qu'eux.

Que les indépendantistes fassent une proposition pertinente pour obtenir une souveraineté en partenariat ou non avec la France ou un autre État est tout à fait honorable, mais auprès des leaders anti-indépendantistes, elle suscite de fortes craintes sur les conséquences d'une telle réalité.

⁶⁸ Elles ne sont plus à la fin de l'année 2017 que de 3 140 milliards de dollars alors qu'elles avaient culminé à 4 000 milliards de dollars en 2014. Quant à ses réserves d'or, elles s'élèvent, à la fin de 2017 à 76,47 milliards de dollars.

⁶⁹ Il conviendrait à cet égard que l'Occident soit logique et juste dans l'application de ses principes, et non pas être fort avec les faibles et faible avec les forts. Par exemple, l'Union Européenne sanctionne le Burundi, accusé de violer les droits de l'Homme, en lui supprimant son soutien financier ; par contre lorsque Xi Jinping décide de devenir président à vie l'Occident reste muet et ne propose aucune sanction contre la Chine.

⁷⁰ Les députés des Îles Salomon s'exemptent d'impôts, <https://translate.google.fr/translate?hl=fr&sl=en&u=https://www.bbc.com/news/blogs-news-from-elsewhere-37678165&prev=search>

La réalité dans la région du Pacifique Sud est que Pékin tente de phagocyter le maximum de petits États libres ou associés. La Chine n'étant pas une démocratie, elle considère qu'elle a le temps pour aboutir à ses fins. Pour ce qui concerne les indépendantistes calédoniens, que ceux-ci fassent accroire qu'ils seront aussi puissants que la Chine pour négocier d'égal à égal de futurs traités ou accords suscite d'énormes interrogations. Une Nouvelle-Calédonie affaiblie économiquement sera extrêmement sensible à la diplomatie chinoise du portefeuille. Quant aux loyalistes, la perplexité, voire la méfiance affirmée sont nettes. Dernièrement, Pierre Maresca sur une radio loyaliste a déclaré :

« [...] c'est évident que les indépendantistes défendent la crédibilité de leur projet. On n'est pas obligé de les suivre, on n'est pas obligé de les croire. Ce que j'ai remarqué quand même, c'est que dans les futurs remplaçants de la France, on a évoqué la Chine. Alors là, je souhaite bien du plaisir à cette Kanaky-Nouvelle-Calédonie indépendante qui va discuter d'État à État avec la Chine, on va voir ce qu'il va se passer à ce moment-là [...] »⁷¹.

Philippe Gomès, député de la 2^{ème} circonscription de Nouvelle-Calédonie n'est pas en reste puisqu'il a, lors d'une interview par Yves Thérard, auprès du Figaro sur « *Le Talk* » déclaré :

« [...] dans l'hypothèse du oui à l'indépendance, c'est que l'on serait recolonisé dans la décennie qui suit par la Chine. La Chine est en train de recoloniser tout le Pacifique, au plan économique, au plan financier, et au plan politique. Donc franchement, face à ce prédateur extérieur [...] ça serait le partenaire, en tout cas, extrêmement déterminé puisqu'on voit aux alentours, les îles alentour, le Vanuatu, Fidji, les Salomon et d'autres, ont été aujourd'hui recolonisés par les Chinois et donc franchement [...] le oui à l'indépendance serait un désastre intérieur pour notre pays en terme de qualité de vie et de conditions de vie, mais ça serait aussi un désastre car on serait aussi immanquablement dans les mains du grand prédateur de l'Océanie d'aujourd'hui [...] »⁷².

Au cours du dernier meeting de clôture de la campagne référendaire, les leaders des Républicains Calédoniens ont souligné que « *la menace de la Chine* » s'étend inéluctablement dans le Pacifique. Son secrétaire général, Grégoire Bernut affirme que la présence de la France est un rempart efficace contre la Chine. Pour ce responsable, « *La France est un espace qui nous protège. Si elle s'en va, nous serons à la merci de la Chine* ». Enfin, pour Sonia Backès, présidente des Républicains Calédoniens « *La Chine*

⁷¹ Pierre Maresca, signataire des accords de Matignon, Radio Rythme Bleu, émission Club politique, 19 octobre 2018, <http://www.rrb.nc/club-politique>

⁷² Philippe Gomès, *Le Talk*, *Le Figaro*, 17 octobre 2018, https://www.youtube.com/watch?v=-3e_nuwyV4k

organisera une colonisation économique dont la Nouvelle-Calédonie ne se remettrait pas ».

Pékin a-t-il un comportement néocolonialiste ? Si cette expression a été utilisée par le premier ministre malaisien Mahathir Mohamad⁷³, elle ne serait, selon le sinologue Jean-Pierre Cabestan, pas pertinente. Ce professeur considère que :

« Plus que néocolonialiste, la Chine se montre plutôt hégémonique en Afrique, voire impérialiste, tirant parti de sa force de frappe financière et commerciale pour imposer son jeu et ses vues, et parfois s'ingérer dans les affaires intérieures des pays afin de mieux protéger ses intérêts, contrairement à ce qu'elle prétend dans les arènes internationales où elle promeut la « non-ingérence [...] Il n'y a donc pas de néocolonialisme, mais une nouvelle forme d'hégémonie, voire d'impérialisme, qui passe notamment par le commerce, les prêts, la diplomatie et la coopération militaire »⁷⁴.

Lors de son discours prononcé à Nouméa, le Président de la République, Emmanuel Macron constatait l'hégémonisme de la Chine,

« Dans cette région du globe, la Chine est en train de construire son hégémonie pas à pas, il ne s'agit pas de soulever les peurs mais de regarder la réalité, elle est faite d'opportunités, la Chine doit être un partenaire pour cette région et plus largement. Sa stratégie des nouvelles routes de la soie et son ambition Pacifique, nous devons travailler avec elle pour densifier les échanges et en tirer toutes les opportunités, mais si nous ne nous organisons pas, ce sera quand même bientôt une hégémonie qui réduira nos libertés, nos opportunités et que nous subirons⁷⁵.

Pour conclure, il faut bien préciser qu'il ne s'agit pas d'une finalité inéluctable, même si la tendance penche fortement du côté du parti communiste chinois. La Chine présente des faiblesses qui ne doivent pas être ignorées. La dette chinoise tant publique que privée atteint les 250 % du PIB⁷⁶. Elle doit être maîtrisée pour calmer l'inquiétude des agences de

⁷³ En visite à Pékin, ce Premier ministre malaisien annule, pour réduire la dette de son pays qui s'élève à environ 250 milliards de dollars, trois projets d'un total de 22 milliards de dollars avec la Chine, 21 août 2018.

⁷⁴ *Le Monde*, Sommet Chine-Afrique : « Pékin n'est pas néocolonialiste mais hégémonique », *op. cit.*

⁷⁵ Discours du Président de la République, Emmanuel Macron, sur la Nouvelle-Calédonie à Nouméa, *op. cit.*

⁷⁶ BusinessBourse B&B, « Warning: la dette chinoise atteint 250 % du PIB et tutoie les 30 000 milliards de dollars », 17 juillet 2018, <https://www.businessbourse.com/2018/07/17/warning-la-dette-chinoise-atteint-250-du-pib-et-tutoie-les-30-000-milliards-de-dollars/> ; https://www.lexpress.fr/actualite/monde/asia/la-dette-chinoise-est-dangereusement-elevee_1937490.html

notation comme le FMI⁷⁷ qui révèle qu'une croissance économique dopée par le crédit n'est pas viable sur le long terme. De plus, la guerre commerciale⁷⁸ contre la Chine déclenchée par Donald Trump, Président des États-Unis, sera-t-elle de nature à remettre en cause sa volonté expansionniste et par contrecoup ses investissements financiers ? Enfin, tant que la Chine n'a pas de contestations internes elle pourra s'adonner librement à son expansion économique dans un premier temps et après, bien après au domaine militaire.

⁷⁷ Dès août 2016, le FMI signalait à la Chine qu'elle devait réfréner les dettes de ses entreprises et cesser de se reposer sur le crédit pour doper son activité.

⁷⁸ *Défense*, n° 193, juillet-août 2018, « Guerre commerciale : après la guerre, la déconstruction ? », pp. 54-56, 69 pages.

Le Conseil constitutionnel et la décentralisation outre-mer : toujours plus d'État ? Retour sur la décision 2007-1

LOM du 3 mai 2007

Par Alain Moyrand

Maître de conférences de droit public

Université de la Polynésie française

INTRODUCTION

Le titre de notre contribution¹ aux mélanges du Professeur Guy Agniel s'inspire de l'intitulé d'un article qu'il avait écrit, il y a près de 25 ans de cela : *"Le Conseil d'État et la décentralisation outre-mer : toujours plus d'État ?"*, et aux termes duquel notre collègue reprochait à la Haute assemblée les mêmes travers que nous imputons aujourd'hui au Conseil constitutionnel.

Les données du problème sont les suivantes. Depuis plusieurs décennies, dans les collectivités de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française, l'État ne détient plus la compétence de droit commun mais au contraire, ses attributions sont limitativement énumérées par les lois organiques portant statut de ces collectivités.

Dans un premier temps, les juridictions administratives ont appliqué, fort logiquement, cette répartition stricte et claire des compétences, estimant que l'État ne pouvait pas intervenir dans d'autres domaines que ceux figurant dans la liste limitative des matières qui lui était expressément réservées. Ainsi, en Polynésie française, le tribunal administratif permettait que par dérogation à un principe constitutionnel, une compétence relève de cette collectivité ultra-marine étant donné qu'elle ne figure pas dans les attributions réservées à l'État : *« il suffit de remarquer sur ce point que le pouvoir de prononcer la déclaration d'utilité publique ne figure pas dans les matières énumérées à l'article 3 du statut. – Donc il s'agit bien là d'une compétence territoriale »* (TA Papeete, avis du 8 mars 1985) et le Conseil d'État a confirmé que le pouvoir de délivrer les autorisations nécessaires à la mise en œuvre de l'expropriation appartient depuis 1984 à la Polynésie française³. Inversement, pour toutes les autres collectivités territoriales de la République, ces autorisations ne peuvent être délivrées que par *« une*

¹ Je remercie mon ami Philippe Lechat pour les conseils avisés qu'il m'a prodigués au sujet de cette contribution. Il s'avère que Philippe a été étudiant en droit à l'université de Montpellier de la première année au DES, en même temps que Guy Agniel avec lequel lui est arrivé de discuter.

² Guy Agniel, *Le Conseil d'État et la décentralisation outre-mer : toujours plus d'État ?*, *RFDA* 1994, p 954-958.

³ CE, 6 mai 1991, n° 96820, Territoire de la Polynésie française c/ Epoux Boubée. *Juris-Data* n° 1991-044039 ; *Rec. CE*, p. 167.

autorité de l'État » selon un principe à valeur constitutionnelle dégagé par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 85-198 DC du 13 décembre 1985.

De même, à propos de la matière « *libertés publiques* » qui ne figurait pas à l'origine dans les compétences limitativement énumérées de l'État, le tribunal administratif de Papeete estimait que « *la Loi statutaire instaure un principe fondamental qui régit l'ensemble des problèmes d'application pratique de la répartition des compétences entre l'État et le Territoire, à savoir : la compétence du Territoire est la règle, celle de l'État l'exception. – C'est-à-dire que tout ce qui n'est pas expressément énuméré dans les compétences de l'État relève de celles du Territoire. – C'est le cas du régime des associations* » (TA Papeete, avis, 1985).

Mais près de dix ans plus tard, le Conseil d'État adoptait une attitude exactement inverse, dans un contentieux concernant la Nouvelle-Calédonie, censurant le fait que la déclaration des associations puisse être effectuée auprès d'une autorité administrative locale⁴. C'est cette dernière jurisprudence qui a conduit le Professeur Guy Agniel à critiquer l'attitude du Conseil d'État : « *en introduisant toujours plus l'État dans le système décentralisé de la Nouvelle-Calédonie, la Haute cour pourrait donner l'impression, en raison de sa qualité de « conseiller du gouvernement », que ce dernier cherche à reprendre par la voie juridique ce qu'il a accordé sur le terrain politique* »⁵.

La même observation (selon laquelle dans le système décentralisé de la Polynésie française, le juge constitutionnel favorise de façon fort contestable, en droit, l'État au détriment de la collectivité d'outre-mer) peut être adressée au Conseil constitutionnel à propos de sa décision 2007-1 LOM du 3 mai 2007. En Polynésie française, l'État est compétent en matière de « *police et sécurité concernant l'aviation civile* » mais pas dans le domaine fiscal qui relève des compétences de principe de la collectivité d'outre-mer. Néanmoins, pour financer cette mission de sécurité, l'État a décidé, en 2007, d'étendre dans cette collectivité d'outre-mer une taxe d'aéroport défini par l'article 1609 *quatervicies* du code général des impôts. Ainsi, bien que la matière fiscale ne figure pas dans la liste limitative des matières réservées à l'État (I), les sages de la rue Montpensier n'ont pas

⁴ Alors même qu'il ne s'agissait nullement en l'espèce, pour le territoire, de réglementer la liberté d'association mais d'appliquer la loi de 1901 en recevant simplement, dans le cadre de cette loi, les déclarations d'associations, opérations relevant d'une compétence liée. CE, ass., 29 avril 1994, n° 119562, Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie c/ Province Sud : Juris-Data n° 1994-048884 ; Rec. CE, p. 205 ; RFDA 1994, p. 947, conclusions contraires Martine Denis-Linton ; chronique AJDA 1994, p. 499 ; D. 1995, jurispr. p. 242, note G. Orfila.

⁵ Guy Agniel, *op. cit.*, p. 958. Au cas d'espèce, il serait plus exact de dire qu'il s'agit pour l'État de reprendre par la voie juridictionnelle ce qu'il a accordé sur le terrain politique et législatif.

hésité, en 2007, à réécrire la loi organique statutaire *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* pour « découvrir » une compétence fiscale au profit de l'État (II).

I. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE L'ÉTAT ET LA COLLECTIVITÉ D'OUTRE-MER DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE DANS LE DOMAINE FISCAL EST CLAIRE ET SIMPLE : LA POLYNÉSIE FRANÇAISE DISPOSE D'UNE COMPÉTENCE EXCLUSIVE ET GÉNÉRALE

Depuis que les Établissements français de l'Océanie (nouvellement dénommés, par la loi du 26 juillet 1957, "*Polynésie française*") ont été transformés, en 1945, en une collectivité territoriale, l'étude des différents statuts de ce territoire d'outre-mer (devenu, en 2003, collectivité d'outre-mer) révèle que la compétence fiscale de cette collectivité n'a jamais été remise en cause ni réduite de quelque manière que ce soit⁶. La Polynésie française disposait donc d'une compétence exclusive (A) et générale en matière fiscale (B).

A. Une compétence exclusive de la Polynésie française dans le domaine fiscal

La répartition des compétences entre les diverses collectivités publiques intervenant en Polynésie française (État, collectivité d'outre-mer, communes) est différente de celle qui prévaut en Métropole, puisqu'elle se fonde sur l'article 74 de la Constitution et sur la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*. En effet, la Polynésie française détient la compétence de droit commun (ou de principe) alors que l'État ne dispose plus que de compétences d'attribution (ou d'exception). Formellement, la loi organique statutaire de 2004, à la suite de celles de 1977, 1984 et 1996, affirme le caractère résiduel de la compétence de l'État. En effet, après avoir précisé dans son article 13

⁶ En effet, dès la création de la première « *assemblée représentative dans les établissements français de l'Océanie* » par le décret n° 46-2379 du 25 octobre 1946, cette collectivité s'est toujours vu confier une compétence exclusive en matière d'impôt et taxe (cf. art. 35 – 25°). Cet état du droit a été maintenu par les autres textes statutaires : décret n° 57-812 du 22 juillet 1957 *portant institution d'un conseil de gouvernement et extension des attributions de l'assemblée territoriale dans les établissements français de l'Océanie* (art. 46 a et b) ; ordonnance n° 58-1337 du 23 décembre 1958 *relative au conseil de gouvernement et à l'assemblée territoriale de la Polynésie française* (cette ordonnance a maintenu les compétences que détenait l'assemblée territoriale sous l'empire du précédent statut) ; loi n° 77-772 du 12 juillet 1977 *relative à l'organisation de la Polynésie française* ; loi n° 84-820 du 6 septembre 1984 *portant statut du territoire de la Polynésie française* ; loi organique n° 96-312 du 12 avril 1996 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française* et loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*.

que « *les autorités de la Polynésie française sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État* », la loi organique dispose dans son article 14 que « *les autorités de l'État sont compétentes dans les seules matières suivantes (...)* ».

Dès lors, lorsqu'une matière n'est pas listée dans les compétences de l'État, ou n'a pas été attribuée par la loi ordinaire aux communes, elle relève donc nécessairement de la compétence exclusive de la Polynésie française. Or, lorsqu'une compétence est attribuée à titre exclusif par la loi à une collectivité publique, il est interdit à d'autres collectivités d'intervenir dans ce domaine. En d'autres termes, il ne reste pas de place pour des compétences implicites.

Cet état du droit résulte tout simplement du fait que pour que l'État soit compétent, il doit expressément mentionner dans ses attributions listées par la loi organique la matière en question. En conséquence, dès lors que le statut a confié à la Polynésie la matière fiscale et que l'État n'y a pas spécifié qu'il pourrait prendre des mesures fiscales pour financer l'exercice de ses missions, il appartient uniquement à la Polynésie française de pouvoir édicter les réglementations fiscales applicables sur son territoire.

On doit, à ce propos, souligner que lorsque l'État souhaite intervenir dans une matière relevant de la compétence de la Polynésie française pour réglementer des services qui relèvent de ses missions, la loi organique statutaire de 2004 prévoit expressément cette dérogation. Tel est le cas dans deux matières : « *droit du travail* » et « *règlementations des produits pétroliers* » (art. 27 – 2° et 3° LOPF). En effet, dans ces matières qui n'ont pas été « *attribuées à l'État* » et qui de ce fait relèvent de la compétence de droit commun de la Polynésie, l'article 27 de la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 précitée dispose que « *la répartition des compétences prévue par la présente loi organique ne fait pas obstacle à ce que l'État (...)* » :

2° *fixe les règles relatives au droit du travail applicables aux salariés exerçant leur activité dans les établissements de l'État intéressant la défense nationale ;*

3° *fixe les règles relatives au transport, au stockage et à la livraison des produits pétroliers nécessaires à l'exercice des missions de sécurité et de défense* ».

Par ailleurs, on relèvera que lorsque le Conseil constitutionnel a contrôlé la loi organique de 2004 *portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, il n'a émis aucune réserve d'interprétation à propos du pouvoir fiscal de la Polynésie française, dans le droit fil de ses décisions de 1984 et 1996 relatives au contrôle de constitutionnalité des lois statutaires du 6

septembre 1984 et 12 avril 1996⁷. Or, le juge constitutionnel n'a pas manqué d'émettre de telles réserves pour préserver dans d'autres domaines les compétences de l'État ou des communes⁸.

Le fait que l'État se soit abstenu jusqu'en 2007 d'introduire des impôts ou taxes en Polynésie française ne démontre pas pour autant que l'introduction de telles dispositions auraient été jugées illégales. Cependant, un décret n° 97-563 du 29 mai 1997 relatif à la procédure administrative contentieuse applicable au tribunal administratif de Papeete avait été régulièrement introduit dans l'ordre juridique polynésien. Mais la Polynésie française avait demandé au Conseil d'État d'annuler ce texte réglementaire au motif qu'un de ses articles faisait référence à l'article 1089 B du code général des impôts qui imposait un droit de timbre aux requêtes introduites devant les juridictions administratives. La Polynésie française arguait qu'un tel droit violait sa compétence fiscale.

Or, la Haute Juridiction administrative a rejeté ce recours en prenant soin de préciser que l'article 1089 B n'a jamais été rendu applicable en Polynésie⁹ et que partant, le décret attaqué qui faisait référence à cet article du code général des impôts n'a « *pu avoir pour objet ou pour effet d'imposer l'acquiescement du droit de timbre pour la présentation des requêtes devant le tribunal administratif de Papeete ; que, par suite, le moyen tiré de la méconnaissance des compétences reconnues au territoire de la Polynésie française en matière fiscale en vertu des dispositions statutaires de la loi organique du 12 avril 1996 susvisé doit être écarté ;* »¹⁰.

En principe, si l'État disposait de la compétence fiscale en Polynésie française, la Haute assemblée aurait dû se contenter de reconnaître que les dispositions fiscales critiquées n'étaient pas applicables dans ce territoire d'outre-mer, sans avoir à préciser qu'en tout état de cause les compétences fiscales de la Polynésie n'avaient pas été méconnues. Cette précision apportée par le Conseil d'État révèle que celui-ci confirmait que la Polynésie française dispose d'une compétence exclusive en matière fiscale.

Enfin, soulignons le fait que la validation législative d'une imposition édictée par la Polynésie française relève de la loi organique

⁷ Cons. const. n° 84-177 DC du 30 août 1984 et n° 96-373 du 9 avril 1996.

⁸ Considérant n° 18, 24, 25, 51, 61, 66, 70 ; Cons. const. n° 2004-490 DC du 12 février 2004.

⁹ En effet, lorsqu'un texte étendu (acte support : décret relatif à la procédure administrative contentieuse) se réfère, pour son application, à des dispositions d'un autre texte (acte subséquent : dispositions fiscales) qui, lui, n'a pas été étendu en Polynésie française, le juge administratif considère que ce dernier ne peut produire ses effets dans cette collectivité du seul fait de la référence contenue dans l'acte premier. La jurisprudence refuse ce type d'extension implicite.

¹⁰ CE, 1^{re} et 4^e ss-sect. 29 juill. 1998, n° 190328, Territoire de la Polynésie française : *Juris-Data* n° 1998-050713 ; *Rec. CE.*, tables, p. 1045.

puisque la validation législative revient à donner à l'État (le temps de cette validation) la compétence en question¹¹. En effet, seule une loi organique peut autoriser l'État à intervenir dans la matière fiscale puisque cela touche la répartition des compétences. Or, jusqu'à ce jour jamais la loi organique n'a conféré une telle compétence à l'État. Ainsi, la matière fiscale est bien une compétence exclusive de la Polynésie française.

B. Une compétence générale de la Polynésie française dans le domaine fiscal

Non seulement la compétence fiscale de la Polynésie française est exclusive mais elle est aussi générale, en ce sens que si bien évidemment la collectivité d'outre-mer peut instituer des taxes sur des activités qui relèvent de son domaine de compétence, elle peut aussi prévoir des taxes sur des activités exercées en Polynésie française qui relèvent de la compétence de l'État :

« que les dispositions précitées de l'article 3-18° [qui reconnaissent, comme aujourd'hui, que la matière « communication audiovisuelle » relève de la compétence d'attribution de l'État] de la loi du 6 septembre 1984 n'ont pas pour effet de soustraire l'activité des services chargés de la communication audiovisuelle à l'application des délibérations prises par l'assemblée territoriale dans l'exercice de la compétence de droit commun que tient le territoire de la Polynésie française de l'article 2 de la même loi et dont n'est pas exceptée la réglementation fiscale ; qu'en créant une taxe sur la publicité télévisée dont les taux, qui ne présentent pas un caractère excessif, ne font pas manifestement obstacle à l'exercice de cette activité, l'assemblée territoriale ne saurait être regardée comme s'immisçant dans l'organisation et le fonctionnement desdits services ; qu'elle a pu ainsi, sans empiéter sur les compétences précitées des autorités de l'État en matière de communication audiovisuelle, procéder à la création de ladite taxe »¹².

Cet état du droit¹³ a été rappelé il y a quelques années par un commissaire du gouvernement près le Conseil d'État. En effet, Mme Célia Vérot déclarait dans ses conclusions sur l'arrêt CE 15 mars 2006, M. FLOSSE et autres, n° 288331, que *« cette compétence en matière fiscale de la Polynésie est aussi générale que l'est celle du législateur métropolitain.*

¹¹ Cons. const. n° 96-386 DC du 30 décembre 1996.

¹² TA Papeete 7 novembre 1989, Société RFO et autres, n° 1590 ; de même voir TA Papeete 4 juin 1992, Banque de Polynésie et autres c/ Assemblée territoriale de la Polynésie française, n° 91-256 : taxation des opérations bancaires.

¹³ Dans la loi organique statutaire du 27 février 2004, à l'origine, l'article 140-3° disposait que la loi du pays fixe l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toute nature, termes qui reprennent ceux de l'article 34 de la constitution. Il était donc logique de considérer que la loi du pays disposait des mêmes prérogatives que la loi parlementaire.

À notre avis elle ne se limite donc pas aux domaines pour lesquels la compétence législative ou réglementaire est confiée à la Polynésie. Pour prendre un exemple simple, ce n'est pas parce que l'État reste, aux termes de l'article 14 de la loi organique, compétent en matière de crédit ou de change, que la Polynésie ne pourrait faire des banques ou des bureaux de change les redevables d'une taxe particulière ».

Ainsi, il était admis de longue date – et non contesté – tant par l'État que par la Polynésie que cette dernière était seule compétente pour instituer des impôts et taxes sur son territoire. C'est pour cette raison que lorsqu'une loi était rendue applicable en Polynésie française et que cette norme comprenait un dispositif d'imposition au profit de l'État, ce dernier n'était pas étendu. Tel est le cas par exemple de la loi du 30 septembre 1986 *relative à la liberté de communication* : son article 111 rend applicable cette dernière à la Polynésie à l'exception de son article 53 qui prévoyait l'institution d'une redevance audiovisuelle.

Il convient de souligner que cette compétence exclusive et générale de la Polynésie française dans le domaine fiscal est propre à cette collectivité d'outre-mer.

En effet, en Nouvelle-Calédonie, la loi statutaire prévoit expressément que la réglementation fiscale de cette collectivité est limitée. L'article 22 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie* dispose que cette collectivité : « *est compétente dans les matières suivantes : 1° Impôts, droits et taxes perçus au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie ; création et affectation d'impôts et taxes au profit de fonds destinés à des collectivités territoriales, d'établissements publics ou d'organismes chargés d'une mission de service public ; création d'impôts, droits et taxes provinciaux ou communaux ; réglementation relative aux modalités de recouvrement, au contrôle et aux sanctions ; (...)* ». Rien de tel ne figure dans la loi statutaire polynésienne. Il n'est pas prévu que cette collectivité d'outre-mer perçoive les impôts et taxes uniquement pour ses propres compétences, ni d'ailleurs que l'État pourrait y instituer des taxes et autres impositions de toutes natures.

Quant aux autres collectivités ultra-marines (Mayotte, Saint-Martin, Saint-Barthélemy et Saint-Pierre-et-Miquelon) leurs lois organiques statutaires contiennent toutes le dispositif suivant : « *III. – Sans préjudice de l'exercice par la collectivité de sa compétence en matière d'impôts, droits et taxes, l'État peut instituer des taxes destinées à être perçues à l'occasion de l'exécution des missions d'intérêt général qui lui incombent dans le cadre de ses compétences.* »¹⁴. Aussi, si dans les collectivités de Saint-Pierre-et-Miquelon, Mayotte, Saint-Martin et Saint-Barthélemy, l'État peut instituer

¹⁴ Articles LO 6214-4, LO 6314-4, LO 6414-1 et LO 6161-16 du CGCT.

des impôts et taxes afin de disposer des ressources nécessaires à l'exercice des missions qui demeurent à sa charge, c'est parce que –contrairement à la Polynésie française – des dispositions statutaires expresses de nature organique le permettent. Or, ce dispositif qui résulte d'une loi organique du 21 février 2007 n'a pas été étendu à la Polynésie française.

Cependant, si la Polynésie française fait figure d'exception par rapport à ce nouvel état du droit, ce n'est pas parce qu'elle disposerait d'un « *privilège* » par rapport aux autres collectivités d'outre-mer, mais tout simplement parce qu'il existait d'autres dispositifs législatifs qui prévoyaient que la Polynésie contribue aux missions qui restent à la charge de l'État. En effet, les territoires d'outre-mer participaient aux dépenses des services de l'État (Trésor et douanes) à concurrence de 5% du montant des recettes de ces services effectuées au profit des territoires¹⁵. Si ce dispositif n'a plus cours depuis les années 1980, rien n'empêcherait l'État de remettre légalement en vigueur un tel mécanisme.

Mais d'autres mécanismes qui ne porteraient pas atteinte à l'exercice de ses compétences par la Polynésie française pourraient aussi être mis en œuvre. Ainsi, l'État pourrait récupérer tout ou partie du produit d'une taxe spécifique créée à l'initiative de la Polynésie française, par l'intervention d'une convention fiscale¹⁶ qui fixerait les modalités de répartition des sommes recueillies. Cette imposition serait instituée par une loi du pays votée par l'assemblée de la Polynésie française. Cette solution préserverait l'intégrité des compétences historiquement dévolues à la Polynésie française par ses lois statutaires successives. Elle permettrait également à l'État et à la Polynésie française de continuer à mener des actions harmonieuses et

¹⁵ art. 6 al. 2 du décret – à valeur législative – n° 56-1227 du 3 décembre 1956 *portant définition des services de l'État dans les territoires d'outre-mer* modifié par le décret n° 57-479 du 4 avril 1957 *portant application des modifications adoptées par le Parlement concernant le décret n° 56-1227*.

¹⁶ Cette procédure contractuelle, fort respectueuse de l'autonomie de la Polynésie française, a été reconnue conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel : « *Considérant que, de façon générale, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que l'État passe des conventions avec les diverses collectivités territoriales de la République telles que les communes, les départements, les régions ou les territoires d'outre-mer ; Considérant que, de même, aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne s'oppose à ce que de telles conventions aient pour objet d'harmoniser l'action des administrations respectives de l'État, d'une part, et des collectivités territoriales, d'autre part, dans l'exercice des compétences qui leur sont dévolues en vertu de la Constitution et de la loi ; Considérant que de telles conventions, de pur droit interne, puissent leur force obligatoire à l'égard du Gouvernement, des administrations et des juridictions dans la loi française en vigueur ; que le législateur, qui n'est soumis qu'à l'autorité de la Constitution, ne peut s'interdire lui-même, que ce soit unilatéralement ou conventionnellement, de modifier la loi en vigueur ; que, par suite, de telles conventions ne peuvent avoir ni pour objet ni pour effet de restreindre l'exercice des compétences conférées au législateur par la Constitution ;* » (décision n° 83-160 DC du 19 juillet 1983, loi portant approbation d'une convention fiscale avec le territoire d'outre-mer de la Nouvelle-Calédonie et dépendances).

respectueuses l'une de l'autre. De telles conventions ont déjà été conclues, par le passé, entre l'État et la Polynésie¹⁷.

II. POUR RÉSOUDRE UN FAUX PROBLÈME DE CONTRIBUTION FINANCIÈRE, LE CONSEIL CONSTITUTIONNEL MODIFIE LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES ENTRE L'ÉTAT ET LA COLLECTIVITÉ D'OUTRE-MER DE LA POLYNÉSIE FRANÇAISE : LA DÉCOUVERTE DE LA COMPÉTENCE FISCALE DE L'ÉTAT

Contrairement aux autres collectivités ultra-marines, la loi organique statutaire de la Polynésie française ne reconnaît pas de compétence à l'État dans le domaine fiscal. Pour autant, cette collectivité d'outre-mer ne détient aucune prérogative ou avantage qui l'exempterait de contribuer financièrement à des missions exercées par l'État sur son territoire (*supra* I, B). Néanmoins, le Conseil constitutionnel a décidé, en 2007, de réécrire, dans la loi organique statutaire, la répartition des compétences entre l'État et la Polynésie française de façon à permettre à l'État de disposer, dans cette collectivité d'outre-mer dotée de l'autonomie, de compétences en matière fiscale.

Ce travail de réécriture avait déjà été effectué par le Conseil d'État qui, tant dans ses sections administrative que juridictionnelle, avait fait la même découverte mais en se fondant sur une argumentation différente. Ainsi, pour parvenir à leurs fins, la juridiction administrative (A) et la juridiction constitutionnelle (B) font preuve d'une grande inventivité en s'écartant de la logique d'autonomie qui figure dans les lois statutaires régissant la Polynésie française et qui pourtant jusqu'alors avait été respectée. Plus qu'un « *dialogue* »¹⁸ entre le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel « *dont le résultat est une protection plus forte des conditions d'exercice des compétences de l'État outre-mer* »¹⁹, il s'agit davantage d'un « *alignement* » des positions jurisprudentielles qui s'est effectué au détriment des compétences de la Polynésie française.

¹⁷ Voir par exemple : convention entre le Gouvernement français et le gouvernement des établissements français de l'Océanie tendant à éliminer les doubles impositions et à établir des règles d'assistance mutuelle administrative pour l'imposition des revenus de capitaux mobiliers approuvée par le décret n° 57-924 du 1er août 1957 ; accord entre l'État et la collectivité territoriale de Polynésie française concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale, signé à Papeete le 29 décembre 2009 et approuvé par l'article 3 de la loi organique n° 2011-416 du 19 avril 2011 tendant à l'approbation d'accords entre l'État et les collectivités territoriales de Saint-Martin, de Saint-Barthélemy et de Polynésie française.

¹⁸ Jean-Philippe Thiellay, commentaire sous CE section des travaux publics, avis n° 370694 du 15 mars 2005, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e édition Dalloz 2008, p. 539.

¹⁹ *Ibid.* p. 539.

A. L'interprétation « dynamique » des compétences de l'État par le Conseil d'État

Plutôt que de recourir à une convention fiscale entre l'État et la Polynésie française et l'État et la Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement central a souhaité, en 2006, étendre l'article 1609 *quatervicies* du code général des impôts par une ordonnance prise en application de l'article 74-1 de la Constitution (ordonnance n° 2006-482 du 26 avril 2006). Ce faisant, le gouvernement était dans l'obligation de soumettre à l'avis d'une section administrative du Conseil d'État ce projet afin de s'assurer de la régularité juridique de ce dispositif.

Pour parvenir à donner une réponse positive à l'extension de ce dispositif, la section des travaux publics a été conduite à affirmer que « *la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française n'exercent les compétences fiscales que leur reconnaissent leur statut que pour leurs propres besoins et au profit de leur collectivité respective* », ce qui est totalement fallacieux s'agissant de la Polynésie française, car directement contraire aux dispositions claires de sa loi organique statutaire (*supra* I, B). Puis, la Haute assemblée, en l'absence de toute argumentation, affirme qu'il revient « *au législateur de déterminer les ressources de nature à couvrir ses dépenses et, s'il l'estime nécessaire, sans que puissent y faire obstacle les attributions en matière fiscale conférées aux collectivités de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie pour leurs propres besoins, étendre l'application de la taxe d'aéroport prévu à l'article 1609 quatervicies du code général des impôts aux aéroports de Polynésie française et de Nouvelle-Calédonie* ».

Le commentateur de cet avis, le conseiller d'État **Jean-Philippe Thiellay**, qualifie la réponse donnée par la section des travaux publics d'« *audacieuse et opportune* »²⁰. Pour notre part, nous trouvons cette même réponse « *pernicieuse et opportuniste* ».

Une fois l'ordonnance entrée en vigueur²¹, la Polynésie française ainsi que des représentants à l'assemblée de la Polynésie française ont saisi le Conseil d'État aux fins d'annulation de cette taxe parafiscale parce qu'elle méconnaissait le partage des compétences entre l'État et la Polynésie française, tel que celui-ci est défini par la loi organique statutaire.

Dans un arrêt du 12 janvier 2007, la section du contentieux de la Haute assemblée administrative a rejeté ses requêtes et confirmé l'avis émis par la section administrative, le 15 mars 2005 :

²⁰ Commentaire sous CE section des travaux publics, avis n° 370694 du 15 mars 2005, *Les grands avis du Conseil d'État*, 3^e édition Dalloz 2008, p. 549.

²¹ Ordonnance n° 2006-482 du 26 avril 2006 portant adaptation en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie de l'article 1609 *quatervicies* du code général des impôts.

« Considérant que s'il résulte des articles 13, 14, 102 et 140 de cette loi organique que la Polynésie française exerce la compétence fiscale, cette compétence ne concerne que les impositions instituées au profit de cette collectivité ou, dans les cas prévus par la loi organique, au profit d'autres collectivités de la Polynésie française ; qu'en matière de police et de sécurité concernant l'aviation civile, l'État est compétent pour fixer les règles applicables sur l'ensemble des aéroports de Polynésie française et pour contrôler leur application ; que les compétences que l'État détient en vertu de l'article 14 de la loi organique, impliquent qu'il puisse édicter les règles permettant de disposer des ressources nécessaires à l'exercice de ces missions ».

À nouveau, le Conseil d'État prétend que le pouvoir fiscal de la Polynésie est limité aux impositions instituées au profit de cette collectivité ce qui, ainsi que nous l'avons démontré ci-dessus, est erroné. Puis pour parvenir à donner compétence à l'État en matière fiscale, le juge consacre une interprétation dynamique des compétences de l'État puisqu'il estime que si formellement celui-ci n'est pas compétent en matière fiscale, néanmoins ses autres compétences « impliquent » qu'il le soit. Cette compétence « par voie de conséquence » a fort bien été exposée par Mme Mitjaville commissaire du gouvernement dans cette affaire. Celle-ci a proposé de distinguer les compétences « matières » des compétences « moyens » telles que la fiscalité.

Mais ce raisonnement ne saurait être retenu, en l'espèce, pour les raisons suivantes :

- La thèse qui reconnaît que l'État puisse disposer de « compétences moyens » n'est admissible que pour autant que l'État intervienne non pas au moyen de normes mais par ses services pour effectuer des missions ou délivrer des prestations. Selon cette interprétation, lorsqu'une collectivité dispose d'une compétence normative, cela ne prive pas les autres collectivités inférieures (les communes par exemple, en application de la clause générale de compétence²²) ou supérieure (ici, l'État) d'intervenir dans cette matière si elles respectent la réglementation édictée. Tel est par exemple le cas à propos de la matière « météorologie » en Nouvelle-Calédonie qui appartient à cette dernière en vertu de l'article 9-18° de la loi du 9 novembre 1988. Le Conseil d'État a considéré que l'État avait pu à bon droit constituer son propre service de météorologie car il était nécessaire à l'exercice d'autres compétences de l'État (communications, desserte, sécurité civile) et que partant, ce service d'État n'avait ni pour objet ni pour

²² Alain Moyrand, « Clause générale de compétence des communes de Polynésie française. L'avis du Conseil d'État du 24 novembre 2015 », *A.J.D.A.* n° 15-2016, p. 823-826.

effet de priver le territoire de l'exercice de sa compétence de droit commun en matière de météorologie²³.

- Elle n'est, en revanche, pas admissible lorsque ces compétences permettent à l'État de prendre des normes car alors on pénètre dans le champ des « compétences matières ». Or, tel est bien le cas en l'espèce.

Mais surtout, la « découverte » de ces « compétences implicites » après plus d'un demi-siècle serait, pour reprendre les propos du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État Mme Denis-Linton, développés à propos de la déclaration des associations auprès des autorités locales (précitée), « *en dépit d'une répartition des pouvoirs résultants de la lettre même du statut (...), inévitablement interprétée comme le témoignage d'une défiance à l'égard de l'assemblée territoriale* ». Mme Denis-Linton ajoutait – et ceci est parfaitement transposable à notre cas d'espèce – qu'un tel raisonnement juridique lui paraissait contraire à la logique d'autonomie et conduirait le juge à dire que le partage des compétences inscrit dans la loi organique statutaire « *n'est pas en parfaite harmonie avec les principes constitutionnels* »²⁴.

Au final, si les pratiques juridique et politique relatives à la répartition des compétences, en matière fiscale, dans le cadre du régime d'autonomie accordée à la Polynésie française, avaient admis et consacré que cette dernière disposait d'une compétence exclusive et générale dans ce domaine, il n'en va plus de même depuis la décision du 12 janvier 2007 où le Conseil d'État a découvert de manière fort créative que l'État, en Polynésie française, dispose désormais, aussi, d'une compétence dans le domaine fiscal.

B. La création de la compétence fiscale de l'État par le Conseil constitutionnel

Un mois après que le Conseil d'État se soit prononcé en faveur de la compétence fiscale de l'État en Polynésie française et en Nouvelle-Calédonie, par un arrêt du 12 janvier 2007, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 15 février 2007 (n° 2007-547 DC) rendu à propos de la loi organique du 21 février 2007 applicable dans les collectivités de Saint-Martin, Saint-Barthélemy, Mayotte, et Saint-Pierre-et-Miquelon a, de manière encore plus radicale, consacré le pouvoir fiscal de l'État dans les collectivités ultra-marines. Il a en effet censuré une disposition du statut de ces collectivités qui limitait à certaines matières seulement (sécurité

²³ CE, 11 mars 1994, Synd. Fonctionnaires, agents et ouvriers de la météorologie et aviation civile, *DA* 1994, n° 219.

²⁴ CE, ass. 29 avril 1994, Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie c/ Province Sud, *Rec. CE*, p. 205 ; *RFDA* 1994, p. 947.

aérienne et communications électroniques) la possibilité pour l'État d'instituer des taxes pour financer l'exercice de ses missions :

« 47. Considérant que les dispositions précitées de la loi organique font obstacle, sauf pour la sécurité aérienne et les communications électroniques, à ce que l'état puisse disposer, par l'institution de taxes, d'une partie au moins des ressources nécessaires à l'exercice des missions qui demeurent à sa charge sur les territoires de Mayotte, de Saint-Barthélemy, de Saint-Martin et de Saint-Pierre-et-Miquelon ; que le coût de l'exercice de ces missions ne pourrait donc être supporté que par les contribuables ne résidant pas dans ces collectivités ; qu'il en résulte, en l'espèce, une rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques ;

48. Considérant, par suite, que doivent être déclarés contraires à la Constitution, dans les dispositions précitées, les mots : « en matière de sécurité aérienne et de communications électroniques ».

Toutefois, rappelons-le, aucune des collectivités ultra-marines précitées ne dispose d'une compétence exclusive et générale en matière fiscale et dès lors, il était raisonnablement encore possible de supputer que la Polynésie française n'était pas concernée par cette décision constitutionnelle. Mais le Conseil constitutionnel a rapidement brisé cet espoir...

En effet, bien que le Conseil d'État ait rejeté (décision du 12 janvier 2007 précitée) le recours contre l'ordonnance n° 2006-482 du 26 avril 2006, le président de la Polynésie française a profité du fait que celle-ci a été ratifiée par l'article 20 – I – 29° de la loi n° 2007-224 du 21 février 2007 portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer pour demander²⁵ au Conseil constitutionnel, sur le fondement de l'article 74 de la Constitution et de l'article 12 de la loi organique du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française, de constater que cette loi, en tant qu'elle a étendu à la Polynésie française l'article 1609 *quatervicies* du code général des impôts, était intervenue dans les compétences de la collectivité d'outre-mer et que partant, elle devait être déclassée.

En réponse, dans la lignée de la position adoptée par les sections du Conseil d'État, mais sur un fondement totalement différent, le Conseil constitutionnel affirme que l'État est bien autorisé à « instituer des taxes destinées à être perçues à l'occasion de l'exécution des missions d'intérêt général qui lui incombe dans le cadre de ses compétences en Polynésie

²⁵ Le président de l'assemblée de la Polynésie française est intervenu pour soutenir la requête du président de la Polynésie française.

française »²⁶. Pour consacrer la compétence fiscale de l'État, le juge constitutionnel, après avoir constaté qu'aux termes des articles 13 et 14 de la loi organique du 27 février 2004, l'État ne disposait pas de compétence formelle en la matière, invoque l'article 13 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen qui dispose : « *Pour l'entretien de la force publique, et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable : elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés* » et en déduit, en conséquence, que la loi organique statutaire polynésienne « *ne saurait être interprétée* » comme interdisant à l'État de recourir à la matière fiscale pour financer les compétences qui lui reviennent en vertu de cette même loi organique statutaire et ce, afin d'éviter toute rupture caractérisée de l'égalité devant les charges publiques.

Or, le Conseil constitutionnel a oublié que l'article 74 de la Constitution permet, sur le fondement de la notion d'« *organisation particulière* », au statut des collectivités ultra marines autonomes de déroger aux normes constitutionnelles (dérogation aux articles 34 et 37 de la Constitution)²⁷.

Alors qu'en principe « *la décision de justice se présente comme un acte de persuasion et non plus comme un acte d'autorité* », c'est bien l'attitude inverse qu'adopta, ici, le Conseil constitutionnel en affirmant que si le législateur organique n'a pas consacré la compétence fiscale de l'État, celle-ci est néanmoins nécessaire et que partant, puisque suivant l'adage « *nécessité fait loi* », il faut l'ajouter de manière prétorienne à la liste (pourtant limitativement énumérée) des compétences étatiques qui figurent à l'article 14 de la loi organique statutaire polynésienne. Il est clair que dans cette décision, le Conseil constitutionnel, en pratiquant le syllogisme régressif, s'est comporté comme un gouvernement des juges et a méconnu la séparation des pouvoirs.

C'est une chose de constater l'inconstitutionnalité de dispositions législatives organiques, c'en est une autre que de réécrire ces dispositions en se conformant à la Constitution. Car même si l'on admet que la détermination des modalités des contributions financières nécessaires à l'exercice des missions que l'État assume en Polynésie française doit figurer dans la loi organique, il n'appartient qu'au Parlement de définir ces modalités et, ce faisant, son choix « *politique* » peut se porter sur un autre mécanisme « *juridique* » que la remise en cause de la compétence exclusive

²⁶ Cons. Const. n° 2007-1 LOM du 3 mai 2007, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Dalloz ; *AJDA* 2007, note Jean-Eric Schoettl p. 1076-1079 ; Jacques Buisson, in *Chronique de jurisprudence fiscale relative à la Polynésie française, CCLJP/JDCP Journals*, 2008, p. 199-202.

²⁷ De même le pouvoir de délivrer les autorisations nécessaires à la mise en œuvre de l'expropriation appartient depuis 1984 à la Polynésie française (*supra* note 3). Cons. Const. n° 65-34 L du 2 juillet 1965.

et générale en matière fiscale que détient la collectivité d'outre-mer par la volonté du législateur organique.

Observons que le juge constitutionnel avait mal effectué son contrôle *a priori* de la loi organique statutaire dans sa décision du 12 février 2004 puisqu'il n'a pas décelé lors de cet examen approfondi de la loi organique de 2004 cette inconstitutionnalité, ni fait la moindre réserve d'interprétation à ce sujet, et que profitant d'un recours postérieur, - qui ne portait que sur le déclassement d'une disposition législative ordinaire (3 mai 2007) -, rectifie son travail, emportant ainsi une compétence de la Polynésie française. Soulignons enfin le paradoxe suivant : la procédure de déclassement outre-mer qui figure à l'article 74 alinéa 9 de la Constitution a été conçue pour protéger les compétences des collectivités d'outre-mer, définies par des lois organiques, contre les tentatives de reprise de celles-ci par l'État au moyen de la loi ordinaire. Or, à l'occasion de la première mise en œuvre de cette procédure, non seulement le Conseil constitutionnel n'a pas protégé les compétences de la Polynésie française mais il a de plus conforté l'immixtion de l'État dans celles de cette collectivité d'outre-mer, les amputant d'autant. Et, à l'occasion de l'examen d'une loi ordinaire (celle ratifiant l'ordonnance) le juge constitutionnel a réécrit la loi organique statutaire au profit de l'État et au détriment de la Polynésie française.

Ainsi, de façon regrettable, le Conseil constitutionnel a inventé (« *contra legem* ») la compétence fiscale de l'État en Polynésie française en se substituant au législateur organique pour modifier sur un point essentiel, sous couvert d'interprétation, les dispositions pourtant claires du statut de cette collectivité d'outre-mer autonome.

D'une consultation à une autre : quelques observations et réflexions¹

Par Patrice Jean

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

I. IL SUFFIRA DE DIX-HUIT ÉLUS AU PROCHAIN CONGRÈS POUR PROVOQUER UNE DEUXIÈME CONSULTATION RÉFÉRENDAIRE

L'Accord de Nouméa dispose que, suite à la première consultation, « Si la réponse des électeurs à ces propositions est négative, le tiers des membres du Congrès pourra provoquer l'organisation d'une nouvelle consultation qui interviendra dans la deuxième année suivant la première consultation »². Dix-huit membres (sur cinquante-quatre) suffiront donc pour déclencher le processus d'organisation d'une deuxième consultation référendaire³. Dans ces conditions, il est hautement probable que les indépendantistes décideront de solliciter, si l'on peut dire, une « session de rattrapage ». Le président de l'Union Calédonienne (UC) rappelle à sa manière qu'il « ... reste encore une mi-temps »⁴. Sauf que le match pourrait théoriquement s'arrêter à la fin de la première période, la deuxième n'étant pas automatique mais optionnelle. Il est vrai que dans l'état actuel et prévisible du rapport des forces politiques, les indépendantistes devraient être nettement plus de dix-huit au prochain congrès.

La demande officielle de deuxième consultation devra être faite par écrit à l'adresse du haut-commissaire, mais seulement après les élections provinciales de mai 2019 puisque « ... aucune demande de deuxième consultation ne peut être déposée dans les six mois précédant le renouvellement général du congrès »⁵. Elle pourrait donc l'être soit dès que les nouveaux congrès et gouvernement seront en ordre de marche, aucun

¹ Cet article a été publié dans la Revue Juridique Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie, n° 32, pp. 50-54.

² Accord de Nouméa (ADN), point 5, al. 4.

³ Nous préférons ici l'expression « consultation » à celle de « référendum », d'abord pour respecter la terminologie officielle de l'ADN et de la loi organique du 19 mars 1999 (LO) qui signifie qu'il ne s'agit que d'*avis* (que l'État organisateur du scrutin pourrait ne pas suivre) et non de véritable *décision*. L'ajout de l'adjectif « référendaire », devenu courant en la matière, permet de tenir compte du fait que la France, ayant régulièrement affirmé son engagement de respecter un tel vote populaire, donne ainsi, par anticipation, à la consultation une force juridique approchant celle d'un référendum.

⁴ Expression récemment utilisée par Daniel Goa, président de l'UC, qui évoquait aussi une éventuelle « ... *prolongation qui va jusqu'en 2022* », in article du 13 novembre 2018 publié en ligne par *Calédosphère*, faisant référence à une déclaration du 11 novembre sur NC 1^{ère}, <https://caledosphere.com/2018/11/13/pour-daniel-go-a-il-y-a-desormais-nous-et-les-autres/>

⁵ Loi organique du 19 mars 1999 (LO), art. 217 al.3.

délai de carence ne s'imposant ensuite⁶ ; soit plus tard si ceux qui décideront d'enclencher le processus voulaient paradoxalement jouer la montre. Or tant que la demande ne serait pas formellement déposée, le Gouvernement ne pourrait passer outre. Il ne manquerait alors pas de rappeler son devoir légal de publier le décret de convocation des électeurs «... au plus tard quatre semaines avant le jour du scrutin »⁷, ainsi que d'inciter les intéressés, pour se donner le temps d'accomplir le processus d'organisation préalable à la consultation tout en respectant le créneau calendaire imposé par les textes pour la tenue de celle-ci⁸, à faire la démarche avant une date-limite⁹ qu'il serait opportun de fixer en concertation.

II. LE CHOIX DE LA DATE PRÉCISE DU SCRUTIN FERA SANS DOUTE DÉBAT

Ni l'Accord de Nouméa ni la loi organique du 19 mars 1999 n'imposent de date pourvu qu'elle se situe « ... dans la deuxième année suivant la première consultation... »¹⁰. Depuis que celle-ci avait été fixée au 4 novembre 2018, la deuxième éventuelle consultation pourrait par conséquent être programmée « en 2020 ». Cette expression, désormais courante y compris au plus haut niveau¹¹, s'entend comme année civile du 1^{er} janvier au 31 décembre 2020. Le Conseil d'État a cependant précisé, dans son avis du 4 septembre 2018, que la « ... nouvelle consultation pourrait se tenir jusqu'au 3 novembre 2020... »¹². Selon cette interprétation

⁶ Contrairement à ce qu'une lecture hâtive de l'article LO 217, dernier al., a pu parfois laisser croire : « En cas de dissolution du congrès, aucune consultation au titre du présent article ne peut avoir lieu dans un délai de six mois suivant le renouvellement du congrès ». Rappelons qu'une éventuelle dissolution du congrès (*cf.* art. LO 97) serait un acte exceptionnel, jamais intervenu à ce jour, qu'il faut distinguer de son renouvellement quinquennal normal.

⁷ *In* art. LO 216, II, al. 2.

⁸ *Cf. infra*, point 2 de cet article.

⁹ En comparaison, rappelons que pour la consultation du 4 novembre 2018, le décret n° 2018-457 du 6 juin 2018 portant convocation des électeurs avait été publié le 7 juin 2018, soit près de 5 mois à l'avance.

¹⁰ *In* ADN, point 5, al. 4.

¹¹ « ... l'Accord de Nouméa et l'article 217 de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 précitée prévoient, en cas de rejet de l'accession à la pleine souveraineté lors de la première consultation, qu'une deuxième consultation soit organisée à la demande du tiers des membres du Congrès, dans la deuxième année suivant la première, soit en 2020 ... » (In rapport n° 287 du 7 février 2018 du sénateur Philippe Bas sur le projet de loi organique relatif à l'organisation de la consultation sur l'accession à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie, I, A, 4^e al., accessible à : <https://www.senat.fr/rap/117-287/117-2871.html#toc9> .

¹² *In* réponse à la 1^{ère} question de l'avis, §2, al. 5. Avis reproduit intégralement dans ce n° 32 de la *RJPENC* à la rubrique « Documents », et accessible à : https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2018/09/Avis-CE-provinciales-post-4_11-395203-1.pdf .

littérale des textes¹³, la « deuxième année » ne s'entendrait pas comme année « civile », mais « glissante » de date à date, c'est-à-dire 12 mois, donc 24 mois du 4 novembre 2018 au 3 novembre 2020. Concrètement, le prochain créneau calendaire référendaire s'ouvrirait alors dès le dimanche 10 novembre 2019 pour se terminer le dimanche 1^{er} novembre 2020 inclus. Cela devrait combler nombre de loyalistes souhaitant réduire la période d'incertitude et qui seraient tentés de demander à Paris d'organiser la consultation l'un des dimanches du 10 novembre au 22 décembre 2019. Les indépendantistes seraient peut-être partagés entre la volonté de disposer de plus de temps -théoriquement jusqu'au dimanche 1^{er} novembre¹⁴ 2020- pour convaincre, et celle d'aller vite à la deuxième consultation pour ne pas laisser s'affaiblir la dynamique du 4 novembre.

Cette question de date fera sans doute débat. Gageons que Paris recherchera un consensus, même s'il reste *in fine* maître des horloges : « *Les électeurs sont convoqués par décret en conseil des ministres, après consultation du gouvernement et du congrès de la Nouvelle-Calédonie* »¹⁵. Cette procédure¹⁶, qui permet au congrès et au gouvernement de donner leurs avis¹⁷, incite par définition à la concertation. Mais s'il est plausible institutionnellement¹⁸ que les majorités boulevard Vauban et rue des Artifices soient alors concordantes, peut-être y sera-t-il difficile de parvenir à l'unanimité. En l'absence de consensus, l'État tranchera¹⁹.

III. LA QUESTION POSÉE AUX ÉLECTEURS²⁰ RESTERA PROBABLEMENT LA MÊME

L'accession à la pleine souveraineté ayant été rejetée le 4 novembre, « ... une deuxième consultation sur la même question peut être organisée... »²¹. Si l'on voulait supprimer cette obligation²² selon laquelle la

¹³ Si les signataires de l'Accord de Nouméa avaient choisi une formulation telle que « *dans la deuxième année suivant celle de la première consultation* », la période de la deuxième aurait effectivement couru du 1^{er} janvier au 31 décembre 2020, année civile. Mais « *suivant la première consultation* » est une expression évoquant plutôt 12 mois de date à date.

¹⁴ Le dimanche 1^{er} novembre 2020 ne devrait pas être choisi comme jour de scrutin s'agissant de la Toussaint.

¹⁵ In art. LO 216, II, 1^{er} al.

¹⁶ Procédure qui resterait normalement la même que pour l'organisation de la consultation référendaire du 4 novembre 2018.

¹⁷ Avis qui ne sont que consultatifs.

¹⁸ Le gouvernement étant élu à la proportionnelle par le congrès, leur concordance politique est quasiment assurée au moins pour un temps.

¹⁹ Rappelons que c'est dans le décret de convocation des électeurs que le Gouvernement fixe notamment la date de la consultation.

²⁰ Le corps électoral devrait être, sauf improbables modifications législative(s) voire constitutionnelle(s), fondamentalement le même, abstraction faite de nouvelles inscriptions (jeunes majeurs,...) et radiations (personnes décédées,...).

²¹ In art. LO 217, al. 2.

²² Rappelons qu'en droit public l'indicatif vaut impératif.

question doit rester identique à chaque consultation, ce serait possible en modifiant la loi organique²³. Reste qu'avoir demandé, le 4 novembre dernier, aux électeurs concernés « *Voulez-vous que la Nouvelle-Calédonie accède à la pleine souveraineté et devienne indépendante* » était assez clair, et que les résultats du scrutin n'ont quasiment pas été contestés. Rouvrir le débat sur une telle formulation pourrait paraître saugrenu, même si l'on aurait pu souhaiter un libellé plus neutre²⁴.

Certes, s'il arrivait que les uns et les autres s'entendent, éventuellement après des provinciales qui rebattraient les cartes en 2019 au point d'inciter à rechercher ensemble un « troisième accord », la question de la question pourrait à nouveau se poser. Mais c'est à ce jour peu vraisemblable.

IV. L'ÉTAT S'EST ENGAGÉ À RESPECTER LE RÉSULTAT DE LA CONSULTATION RÉFÉRENDAIRE

Un mois avant le scrutin du 4 novembre, le Gouvernement d'Édouard Philippe affirmait dans un long communiqué que « Le résultat de la consultation référendaire constituera une décision, à laquelle l'État se conformera et qui produira des effets juridiques dans le temps »²⁵. Il imposait ainsi à l'État central régalien de se soumettre au verdict des « populations intéressées »²⁶. Or il n'y était en principe pas obligé. Rappelons que le mot « référendum » -acte décisionnel- ne figure ni dans l'Accord de Nouméa ni dans la loi organique lesquels n'évoquent que des « consultations » -simples avis-. Paris n'est pas tenu a priori par le résultat du ou des scrutin(s) en question. Sauf rares exceptions, le principe, en droit constitutionnel comme en droit international, est qu'une collectivité territoriale d'un État souverain ne peut s'en séparer qu'avec l'accord de celui-ci. Un scrutin favorable à l'indépendance n'acquerrait plein effet juridique que par le vote d'une loi au Parlement et d'une révision de la Constitution.

²³ Sans même, *a priori*, qu'il soit besoin de réviser la Constitution puisque l'Accord de Nouméa, dit « constitutionnalisé », n'impose pas expressément un libellé identique d'une consultation à une autre.

²⁴ Demander de répondre par « Oui » ou par « Non » serait plus impartial, au lieu de « Oui » ou « Non » même si cette formulation finalement retenue est fidèle aux termes de l'ADN. Cf. à ce sujet Patrice Jean, « Le débat sur "la question" n'est sans doute pas définitivement clos », *RJPENC* n° 31, 2018/1, pp. 161-167, § 5.

²⁵ In « Les implications de la consultation du 4 novembre 2018 », communiqué du Gouvernement du 5 octobre 2018, p.1, al. 6, accessible sur le site du haut-commissariat à : <http://www.nouvelle-caledonie.gouv.fr/content/download/5057/39109/file/20181004%20communication%20État%20sur%20les%20enjeux%20de%20la%20consultation.pdf>.

²⁶ Selon l'article 53, al. 3 de la Constitution, « Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées ». Accorder l'indépendance à la Nouvelle-Calédonie s'analyserait en une « cession de territoire ».

Reste que l'indicatif est devenu impératif. En validant par avance la sécession d'une partie de son territoire, la France accepte, une fois de plus mais désormais avec une force et une clarté inédites le transfert potentiel d'un élément fondamental de sa souveraineté²⁷. « Consultation référendaire » est ainsi confirmée comme l'expression adéquate d'une autolimitation donnant effet de droit à la parole donnée.

On ne peut cependant exclure qu'en cas, notamment, d'un très faible écart de voix se pose la question de la validation ou non du scrutin. On peut espérer que si le nombre des irrégularités constatées était de nature à influencer sur son résultat, celui-ci serait annulé par le Conseil d'État et qu'une nouvelle consultation serait organisée, ce qui permettrait d'espérer qu'une majorité plus claire se dégage. Mais s'il n'y avait pas de quoi justifier une annulation, le camp des vaincus se soumettrait-il au verdict des urnes, validé par la plus haute juridiction administrative mais acquis à quelques centaines, voire dizaines de voix près ? Certes, en cas de victoire même étroite des loyalistes, la possibilité d'une troisième consultation laisserait encore une chance aux indépendantistes et les inciterait à patienter. Mais en cas de victoire sur le fil des indépendantistes, et si des troubles graves survenaient, Assemblée nationale et Sénat pourraient être tentés de reporter à nouveau le scrutin d'autodétermination.

V. EN CAS DE MAJORITÉ AVÉRÉE POUR L'INDÉPENDANCE, LA FRANCE SERAIT TENTÉE D'ÉCOURTER UNE ÉVENTUELLE PÉRIODE DE TRANSITION

Dans cette hypothèse d'accession à la pleine souveraineté, le souhait de nombre de leaders indépendantistes est de négocier avec la France un accord international de partenariat. Sorte d'indépendance-association réactualisée, cette solution *a priori* transitoire aurait pour eux un double avantage : premièrement, l'ancienne métropole aiderait, y compris financièrement, le nouvel État le temps qu'il se juge capable de voler de ses propres ailes ; deuxièmement, il aurait le droit, quand bon lui semblerait, de mettre fin unilatéralement au partenariat avec le « grand frère »²⁸.

²⁷ Le Premier ministre Édouard Philippe affirmait, dans son discours du 5 décembre 2017 devant le congrès de Nouvelle-Calédonie : « ... en définitive, la simple organisation de cette consultation est, par elle-même, déjà un élément de souveraineté ». Cf. p. 7 du discours, accessible à https://www.gouvernement.fr/sites/default/files/document/document/2017/12/discours_de_m._edouard_philippe_premier_ministre_au_congres_de_nouvelle-caledonie_-_mardi_5_decembre_2017.pdf.

²⁸ Expression popularisée par Elie Poigoune, personnalité indépendantiste historique, membre du Comité des sages, qui déclarait début 2018 : « Notre pays a besoin d'un grand frère et ce grand frère c'est la France ». Cf. <http://caledonie-ensemble.com/2018/01/23/paroles-dun-sage-pays-a-besoin-dun-grand-frere-grand-frere-cest-france/>.

Toutefois, un tel « accompagnement », dont Paris a certes admis le principe à plusieurs reprises, ne serait probablement pas facile à négocier. Le droit international n'oblige pas l'État décolonisateur à accéder à d'éventuelles demandes de coopération de son ancienne possession. Dans son communiqué du 5 octobre 2018, le chef du Gouvernement envisageait bien de continuer « ... à accompagner la Nouvelle-Calédonie ... », mais en signifiant que ce serait un soutien diplomatique « ... dans ses relations avec les États de la zone »²⁹. Quant à la relativement longue période de transition demandée³⁰ avant une proclamation officielle d'indépendance, la France serait tentée de l'écourter. Édouard Philippe annonçait qu'une « ... indispensable période de transition limitée dans le temps sera mise en place pour assurer le nécessaire transfert des compétences... », et que la date à laquelle « ... une loi française marquera en droit interne la fin de l'appartenance de la Nouvelle-Calédonie à l'ensemble français... "[...]"... sera choisie de concert... »³¹. Président et Gouvernement sont manifestement conscients du devoir de la France, en cas de victoire du "Oui", de ne pas « larguer »³² brutalement son ancienne colonie, ne serait-ce que pour des raisons morales et affectives envers les populations de l'archipel ; conscients aussi de ses intérêts stratégiques et diplomatiques dans la zone, dont elle resterait la seule nation à représenter l'Union Européenne si le départ du Royaume-Uni se confirmait.

Mais qu'en serait-il lors du passage obligé devant le Parlement³³, qui même sans s'opposer³⁴ à la séparation ne manquerait pas d'en fixer les étapes et les conditions ? Assemblée nationale et Sénat devraient tenir compte d'une opinion publique nationale qu'on peut déjà imaginer plus sensible aux économies budgétaires attendues d'une séparation rapide qu'à des considérations sur la nécessité de contenir l'expansionnisme chinois

²⁹ In communiqué du 5 octobre, *op. cit.*, 2^e point, al. 2.

³⁰ Les propos de Louis Mapou, chef du groupe Union nationale pour l'indépendance (UNI) au congrès, étaient ainsi rapportés suite à une réunion-débat le 17 octobre 2018 à l'Université de la Nouvelle-Calédonie (UNC) : « Si le OUI s'imposait le 4 novembre, l'indépendance ne serait proclamée qu'après une période de transition soit courant 2021 ». Cf. <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaldonie/flnks-peuple-caledonien-existe-639554.html>

³¹ In communiqué du 5 octobre, *op. cit.*, 1er point, al. 3 et 5.

³² Expression popularisée, s'il en était besoin, par le haut-commissaire Jean-Jacques Brot, qui disait paraît-il à l'occasion de sa démission le 18 juillet 2014 : « Je ne veux pas cautionner le largage annoncé de la Nouvelle-Calédonie ». Cf. <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvellecaldonie/2014/07/21/la-demission-de-jean-jacques-brot-un-acte-politique-170611.html>.

³³ Car il faudrait qu'une loi entérine la séparation, et que le Congrès de Versailles (si l'on voulait éviter l'organisation d'un référendum national) supprime - ou modifie radicalement - le titre XIII de la Constitution consacré à la Nouvelle-Calédonie.

³⁴ Le Parlement aurait théoriquement le droit de refuser de tenir compte du résultat de la consultation ; il pourrait aussi s'en tenir à reporter systématiquement l'examen ou/et le vote de la loi devant entériner la sécession, prolongeant ainsi indéfiniment une période « de transition » alors détournée de son objet.

dans le Pacifique... Le « Calexit » ne serait pas une copie du « Brexit », l'« accord de divorce »³⁵ avec les vingt-sept signé le 25 novembre 2018 n'étant pas encore la fin d'un long processus³⁶. Entre une consultation référendaire favorable à la pleine souveraineté de la Nouvelle-Calédonie et la déclaration officielle d'indépendance, une transition de quelques mois apparaît plus vraisemblable que les trois ou quatre ans proposés par les indépendantistes.

VI. EN CAS DE MAJORITÉ AVÉRÉE POUR LE MAINTIEN DANS LA RÉPUBLIQUE, DIVERSES ÉVOLUTIONS INSTITUTIONNELLES SERAIENT ENVISAGEABLES

Un nouveau vote « Non » à l'indépendance ne condamnerait pas le Caillou au *statu quo*. Les possibles évolutions institutionnelles dépendraient naturellement de l'ampleur de cette supposée majorité loyaliste à la deuxième consultation, ainsi que du paysage politique redessiné par les provinciales de 2019.

Certaines transformations seraient de la compétence des autorités locales. Par exemple, le congrès serait en droit de modifier la « clé de répartition » des dotations de fonctionnement et/ou d'équipement versées par la Nouvelle-Calédonie aux provinces, par une loi du pays moins favorable au Nord et aux Loyauté. Mais celle-ci devrait obtenir la majorité des 3/5^{èmes}³⁷, soit 33 conseillers sur 54. Que les indépendantistes -sauf à se retrouver en mai prochain avec moins de 22 élus boulevard Vaubandonnent le feu vert à ce qu'ils considèreraient comme une régression du rééquilibrage semble à ce jour illusoire, nonobstant la « Charte des valeurs calédoniennes »³⁸ qu'ils ont approuvée et dont une disposition exige que les politiques de rééquilibrage, certes qualifiées de « nécessaires », soient « ... réajustées en fonction des écarts de richesse et de l'évolution démographique »³⁹. Il y aurait en tout cas débat sur la question si ceux qui

³⁵ Expression souvent utilisée pour qualifier le retrait annoncé du Royaume-Uni de l'Union Européenne (UE). *Le Monde* du 25 novembre 2018 titrait même : « Brexit : les Européens entérinent le divorce "tragique" avec le Royaume-Uni ». Cf.: https://www.lemonde.fr/referendum-sur-le-brexit/article/2018/11/25/brexit-les-dirigeants-europeens-approuvent-le-traite-de-retrait-du-royaume-uni_5388321_4872498.html .

³⁶ Rappelons que par référendum du 23 juin 2016, près de 52 % des électeurs ont voté pour le retrait de l'UE, et que l'"accord de divorce" du 25 novembre 2018 devait encore être approuvé par le Parlement britannique et le Parlement européen, ce qui sera peut-être fait - ou non- lorsque paraîtront ces lignes. Notons que le Traité sur l'Union Européenne prévoit que l'État qui s'est retiré pourrait ultérieurement déposer une "... demande à adhérer à nouveau..." (art. 50, §5).

³⁷ Cf. loi organique art. 99, 11°, et LO 181, I et II.

³⁸ Emanée du « Groupe de dialogue sur le chemin de l'avenir », accessible à : <http://www.nouvellecaldonie.gouv.fr/content/download/4794/37118/file/20180727%20Charte%20des%20valeurs%20cale%CC%81doniennes.pdf> .

³⁹ *Ibid.*, III, §4.

souhaitent désormais « rééquilibrer le rééquilibrage »⁴⁰ entraînent en force au prochain congrès. Quant à trouver un consensus sur un drapeau commun ou/et le nom du pays, la société calédonienne semble loin d'y être disposée.

D'autres perspectives d'évolution impliqueraient la participation de Paris. Le Parlement pourrait être sollicité par congrès et gouvernement pour amender certains aspects du statut de l'archipel, par modifications législatives voire constitutionnelles. Dans le cadre juridique éventuellement maintenu⁴¹ de l'Accord de Nouméa, telle(s) ou telle(s) des quelques compétences non régaliennes encore transférables pourrai(en)t être demandée(s)⁴² à l'État, soit par les seuls indépendantistes s'ils étaient devenus majoritaires boulevard Vauban, soit par des coalitions de circonstances. Les débats pourraient alors être vifs notamment sur l'enseignement supérieur, l'audiovisuel, le contrôle de légalité ou le corps électoral « gelable » pour les élections municipales, domaines dont le congrès pourrait solliciter de l'État tel ou tel transfert par loi organique malgré l'opposition qu'on imagine farouche de nombre de loyalistes.

Dans certains cas, c'est la Constitution elle-même qui devrait être révisée, par exemple pour « dégeler » le corps électoral provincial, sinon référendaire... ou pour transformer la Nouvelle-Calédonie en État fédéré *sui generis* au sein d'une République française qui prolongerait ainsi l'extrême décentralisation qu'elle lui accorde déjà.

⁴⁰ Expression contenue dans un document diffusé par les Républicains Calédoniens intitulé « Notre projet d'avenir institutionnel pour la Nouvelle-Calédonie » (octobre 2018). Il est vrai que toute « discrimination positive » ne peut par essence être que provisoire, le temps que soit rétablie l'égalité à laquelle elle déroge exceptionnellement. Mais la question de savoir quand l'objectif serait atteint appelle des réponses plus politiques que juridiques, faute de critères d'évaluation prédéterminés, objectifs et quantifiables.

⁴¹ « L'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 » (ADN, 5, al. 5), pourtant expressément conclu pour « vingt années » (Préambule, 5, al. 2 et 12), pourrait vraisemblablement continuer à s'appliquer au-delà de 2018 si une 2e voire une 3e consultation(s) référendaire(s) devai(en)t avoir lieu.

⁴² Article LO 27 : « Le congrès peut, à partir du début de son mandat commençant en 2009, adopter une résolution tendant à ce que lui soient transférées, par une loi organique ultérieure, les compétences suivantes :

- règles relatives à l'administration des provinces, des communes et de leurs établissements publics, contrôle de légalité des provinces, des communes et de leurs établissements publics, régime comptable et financier des collectivités publiques et de leurs établissements publics ;
- enseignement supérieur ;
- communication audiovisuelle ».

**VII. LA PROBABILITÉ D'UNE DEMANDE DE TROISIÈME
CONSULTATION DÉPENDRAIT GRANDEMENT DES RÉSULTATS DE
LA DEUXIÈME**

- Si dans l'hypothèse d'une deuxième victoire du « Non » celle-ci était néanmoins en recul par rapport aux résultats du 4 novembre 2018, les indépendantistes seraient fondés à croire en leurs chances de victoire à la dernière consultation référendaire prévue par l'Accord de Nouméa. Et il serait quasi-impossible de dissuader dix-huit d'entre eux d'en faire légitimement la demande, que leurs formations politiques soient majoritaires au congrès ou pas.
- Si le chiffre des « Non » ne baissait pas, voire progressait, la déception des indépendantistes les inciterait peut-être à s'engager sur un nouveau chemin de négociation. La perspective d'un statut allant plus loin aux confins de l'autonomie, avec un nouveau « partage de souveraineté » pourrait leur apparaître comme un moindre mal face au spectre d'une nouvelle défaite dans les urnes.

Éviter la troisième consultation impliquerait une révision constitutionnelle, que l'État s'attacherait à arrimer à un fort consensus local. Il vaudrait mieux. Car beaucoup resterait à inventer, pour qu'enfin les si diverses populations du Caillou ne soient plus face à face, mais au moins côte à côte, et, qui sait, fraternellement ensemble.

**III – RÉFLEXIONS SUR
L'AUTONOMIE
ÉCONOMIQUE ET FISCALE**

Autonomie insulaire

Peut-il y avoir une identité fiscale océanienne ?

Par Gilbert Orsoni

Professeur émérite à l'Université d'Aix-Marseille

Doyen honoraire de la Faculté de Droit et de Science politique.

INTRODUCTION

Si « vers l'Orient compliqué », il fallait « partir avec des idées simples », l'on devrait pouvoir reprendre la célèbre formule du Général de GAULLE¹ s'agissant de la question autonome et fiscale des outre-mers français. Complexité ou, à tout le moins, diversité des formules d'autonomie, mais aussi des situations fiscales respectives, certaines ne se révélant, mises à part quelques inévitables spécificités, qu'assez peu différentes du droit national, d'autres affichant un particularisme reconnu, depuis longtemps déjà, l'ensemble n'excluant nullement, de plus, des situations intermédiaires.

Quant à la spécificité insulaire, qui peut déjà, a priori, ne pas manquer d'interroger, elle ne concerne certes pas que l'outre-mer, comme l'illustre la situation fiscale de la Corse². Sachant que cette spécificité produit le plus souvent une « singularité institutionnelle comme caractéristique commune »³, soit méditerranéenne (Corse, Sardaigne, Sicile), soit océanienne (Canaries, Açores, Madère), à la seule exception des Baléares, qui se voient appliquer un régime fiscal de droit commun : toutes les « régions insulaires...se voient reconnaître par l'État dont elles dépendent institutionnellement un traitement fiscal spécifique, en raison de leur histoire particulière, mais aussi, et surtout, de leur condition insulaire et des difficultés économiques qui en découlent »⁴.

Pareil propos ne pourrait bien évidemment qu'être repris et approfondi s'agissant de l'outre-mer français⁵ où l'on passe, pour reprendre une terminologie européenne, du périphérique à l'ultrapériphérique et où l'insularité se double plus encore de spécificités historiques et culturelles, d'un éloignement bien plus considérable du territoire métropolitain et, partant, de problématiques économiques et sociales sensiblement plus

¹ Ch. De GAULLE, Mémoires de guerre. L'appel. L'Orient.

² Cf. L. ORSINI, *Le régime juridique des arrêtés MIOT*, Thèse, Corte, 2008. Et l'on n'évoque pas ici certains exemples étrangers de grande spécificités avec la tentation d'y créer des paradis fiscaux, y compris en Europe (île de Man, îles anglo-normandes, etc..).

³ J. LALEURE-LUGREZI, *Les régimes fiscaux des régions insulaires de l'Europe latine*, Bibl. Fin. Publ. et Fiscalité, T. 59, LGDJ Lextenso, éd., 2014, p. 7.

⁴ *Id.*, p. 425.

⁵ La Corse n'ayant jamais, en dépit de sa situation d'insularité, comprise comme un « outre-mer ».

lourdes à assumer. Et, si, parmi tous ces outre-mers, la Guyane seule n'est pas une île, sa situation géographique d'éloignement et d'isolement⁶, comme sa situation institutionnelle conduisent (avec certes la particularité que la TVA n'y trouve pas application) à un régime fiscal comparable à celui des autres départements et régions d'outre-mer (DROM).

On doit en outre constater que si la recherche d'une forme d'identité fiscale (ou de l'affirmation de possibles caractéristiques communes liées aux spécificités évoquées plus haut) doit conduire à relever, le plus souvent, les progrès ou avancées effectués en termes d'autonomie, l'on ne peut séparer totalement ceux-ci de la considération d'un contexte plus général, sur les trois dernières décennies⁷, de construction progressive d'autonomies financières locales, approfondissant la notion de libre administration des collectivités territoriales, affirmée par les Constitutions de 1946⁸ et 1958⁹.

Il nous appartiendra en conséquence, successivement, de traiter, pour les outre-mers, de la diversification institutionnelle qui s'est, non sans complexité parfois, progressivement sédimentée (et dans la mesure, naturellement, où elle n'est pas « sécable » de leur situation financière et fiscale), avant d'évoquer, pour certains d'entre eux la réalité d'un droit commun « simplement » amélioré, tandis que, pour d'autres, s'affirmait la reconnaissance de prérogatives fiscales particulières, voire jusqu'à la reconnaissance d'un système fiscal propre (?).

I. UNE DIVERSIFICATION INSTITUTIONNELLE DE PLUS EN PLUS AFFIRMÉE

Au regard de la distinction initiale DOM-TOM, à l'œuvre sous la Vème République, le paysage institutionnel de l'outre-mer français s'est profondément diversifié. Et, si l'on peut avoir scrupule à ce rappel, aussi succinct soit-il, tant cette évolution est connue (notamment bien sûr dans les différents outre-mers), il n'en paraît pas moins nécessaire, dès lors surtout que l'accroissement de l'autonomie qui leur a été accordée est au cœur de ces évolutions (avec le plus souvent des conséquences fiscales que l'on peut mesurer), ce qui n'exclut pas, au moins dans le cas du département de

⁶ Nonobstant le phénomène d'immigration de populations frontalières du Surinam ou du Brésil, encore qu'après tout, un département d'outre-mer (DOM) insulaire comme Mayotte se trouve confronté à la problématique assez semblable d'une forte immigration.

⁷ Et même si, dans les années récentes, quelques retours vers un esprit plus « jacobin », ont pu s'illustrer (phénomène de « globalisation » des finances publiques conduisant l'État à imposer aux collectivités territoriales des politiques d'économies budgétaires avec notamment des baisses de dotations ; recul de leurs prérogatives fiscales avec la mise en place de la contribution économique territoriale et la disparition programmée de la taxe d'habitation pour 80% de ses redevables).

⁸ Article 114.

⁹ Article 72.

Mayotte, que le chemin inverse puisse être aussi parcouru, si telle est naturellement l'expression de la volonté des premiers intéressés.

A. Une multiplicité de régimes

Cet ensemble « hétérogène »¹⁰ des collectivités de l'outre-mer est constitutionnellement consacré¹¹.

Au sein du Titre XII, l'outre-mer relève notamment des articles 72-3, 72-4, 73, 74 et 74-1, écrits ou réécrits lors de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 (« acte II de la décentralisation », largement consacré à l'outre-mer). L'article 72-3 faisant le départ entre les collectivités relevant de l'article 73, DROM, et les collectivités créées en application du dernier alinéa de l'article 73 et l'article 74 pour les autres (Polynésie, Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint-Barthélemy, Saint-Martin) tandis que les Terres Australes et Antartiques Françaises (TAAF) et l'îlot de Clipperton voient leur régime et organisation particulière déterminés par la loi. A l'inverse, la Nouvelle-Calédonie, dont le régime d'autonomie est bien plus avancé, relève du Titre XIII¹².

Ces évolutions constitutionnelles bien connues ont conduit à la disparition de la catégorie des TOM¹³, pour faire place, aux côtés des DROM, dont la philosophie relève *a priori* du droit commun, fut-il quelque peu adapté, à la catégorie des collectivités d'outre-mer (COM). Ces COM remplaçant les anciens TOM, s'adjoignant Saint-Pierre -et-Miquelon et, pour un temps, Mayotte (département depuis 2010) puis, ultérieurement, Saint-Barthélemy et Saint-Martin¹⁴. Reste que si ces COM relèvent de l'article 74 de la Constitution et d'un statut défini par la loi organique, elles connaissent en réalité des régimes différents (*cf. infra*), dans la mesure notamment où les causes de leur érection en cette catégorie nouvelle étaient profondément dissemblables. Entre la Polynésie que la loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004 qualifie de Pays d'outre-mer (POM) (appellation en fait purement symbolique car ne portant pas « effet de droit »¹⁵ et ne permettant pas de l'assimiler à cet autre POM qu'est la Nouvelle-Calédonie) et disposant de « lois de pays » à valeur juridique ne

¹⁰ J. BENETEAU, *Collectivités de l'outre-mer*, in *Dictionnaire encyclopédique de finances publiques*, G. ORSONI (dir.), 2^{ème} éd. ECONOMICA/PUAM, 2017, p. 157.

¹¹ Titres XII et XIII de la Constitution.

¹² Articles 76 et 77 issus de la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998.

¹³ Même si la loi n° 2007-224 du 21 février 2007, portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer, conserve le terme pourtant disparu avec la révision de 2003 à propos des TAAF pourtant bien moins pourvues de dimension autonome que les anciens TOM.

¹⁴ Loi organique du 21 février 2007.

¹⁵ Cons. const., décision n° 2004-490 DC du 12 février 2004, considérant n° 13.

pouvant être mises au même niveau que leurs homonymes calédoniennes¹⁶, mais disposant toutefois de compétences « dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État »¹⁷ et les COM de Saint-Pierre-et-Miquelon, Saint Barthélemy et Saint Martin, qui ne sont pas trop éloignées de la situation des DROM _ ainsi, le Code général des collectivités territoriales (CGCT) consacre, dans sa sixième Partie, COM régies par l'article 74 de la Constitution, outre un Livre 1, abrogé, qui était consacré à Mayotte, des Livres 2, 3 et 4 consacrés respectivement à Saint Barthélemy, Saint Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon, tandis que Wallis et Futuna n'apparaît pas et que le Livre 5^{ème}, consacré à la Polynésie, ne comprend qu'un seul article, L. 6500¹⁸ relatif au versement annuel par l'État d'une « dotation globale d'autonomie » (sic).

Si, par ailleurs, en contrepoint des COM, demeurent les DROM, il ne leur en a pas moins été reconnu¹⁹ des possibilités d'évolution tout en demeurant (art. 72-3, al. 2, C.) dans le cadre de l'article 73 C. C'est-à-dire qu'elles ne peuvent basculer dans le régime des COM. Des dérogations au droit commun (art. 73, al. 3 et 4 C.) sont toutefois possibles pour les DROM, à l'exception il est vrai de la Réunion (art. 73, al.5 C.). Evolutions qui ont pu conduire, pour les seules Guyane et Martinique, à la mise en place d'une collectivité unique (loi n° 2011-884 du 27 juillet 2011, devenue applicable suite aux élections régionales de 2015, Guyane et Martinique constituant chacune une collectivité territoriale de la République régie (toujours) par l'article 73 C. et exerçant les compétences attribuées à un DOM et à une ROM avec « toutes les compétences...dévolues par la loi pour tenir compte de ses caractéristiques et contraintes particulières »²⁰. Ces deux collectivités territoriales succédant aux régions et départements respectifs dans tous leurs droits et obligations. Et ce, pendant que Guadeloupe et Réunion demeureraient dans la configuration initiale de la coexistence, sur le même territoire insulaire, d'un département et d'une région²¹.

¹⁶ Les premières relèvent du contrôle du Conseil d'État et peuvent donc être considérées comme des actes administratifs, alors que les secondes relèvent de la compétence du Conseil constitutionnel.

¹⁷ Formule qui, selon Michel VERPEAUX « n'est pas sans rappeler le principe de répartition des compétences au sein de l'État fédéral » (M. VERPEAUX, *L'outre-mer depuis 1982*, La Semaine juridique, Administration et collectivités territoriales, n° 44, novembre 2012, 2349, p. 4). Il est vrai aussi, toujours en référence à la Nouvelle-Calédonie, que leur domaine n'est pas de même dimension.

¹⁸ Loi n° 2010-1657 du 29 décembre 2010, art. 168-II.

¹⁹ Loi n° 2000-1207 du 13 décembre 2000 d'orientation pour l'outre-mer et, surtout, révision constitutionnelle de 2003.

²⁰ Articles L. 7111-1 et L. 7211-1 du CGCT.

²¹ On sait aussi que si la collectivité de Corse, ne saurait être, malgré l'insularité et le caractère ultra-marin, assimilée à une collectivité d'outre-mer, elle connaît, depuis le 1^{er}

Quant à la Nouvelle-Calédonie, elle est donc régie, très spécifiquement, par le Titre XIII de la Constitution²² faisant suite aux accords de Nouméa du 5 mai 1998²³. Dispositions certes transitoires, les populations concernées devant se prononcer, à la fin de la période, le 4 novembre 2018, sur l'avenir de la Nouvelle Calédonie, les compétences de ce Pays d'outre-mer étant jusque là définies explicitement pour partie par l'article 77 de la Constitution et la loi organique à laquelle il renvoie, et, pour partie, selon les termes mêmes de celui-ci, par la loi. Le degré d'autonomie de la Nouvelle Calédonie étant, d'ores et déjà, sans équivalent dans la République.

B. Des classifications croisées

Force est d'admettre que la taxinomie du droit des outres-mers français ne recoupe pas, tant s'en faut, les classifications européennes. Phénomène aggravé par les quelques changements de catégories qui ont pu être observés. Le droit européen, en effet, dans ses dernières acceptions (TFUE) distingue les régions ultrapériphériques (RUP, art. 349 TFUE²⁴) des pays et territoires d'outre-mer (PTOM, art 198 et s. du TFUE²⁵). Les RUP, en fait, correspondent aux cinq DROM ainsi qu'à la collectivité de Saint Martin, laquelle, comme Mayotte, est devenue RUP après avoir été PTOM. Les autres outres-mers, aux régimes nationaux très divers, Nouvelle Calédonie, Polynésie Française, Wallis et Futuna, Saint-Pierre-et-Miquelon, TAAF et Saint Barthélemy, sont donc simplement associés du fait de leur

janvier 2018, une collectivité unique se substituant aux trois collectivités préexistantes, les deux départements de Haute Corse et de Corse-du-Sud et la Collectivité de Corse.

²² Loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle Calédonie. Sur le régime de la Nouvelle Calédonie, parmi la nombreuse littérature consacrée, Cf. M. CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle Calédonie. Institutions politiques et administratives*, Collection Université, Centre de Documentation Pédagogique de Nouvelle Calédonie, 2011 et A. ROUX, *La Nouvelle Calédonie est-elle ou non une « collectivité territoriale » ?* Revue Juridique, politique et économique de la Nouvelle Calédonie, N° 1/2011, p. 121.

²³ *JORF* n° 121, 27 mai 1998, p. 8039.

²⁴ Art. 349 TFUE : « Compte tenu de la situation économique et sociale structurelle de la Guadeloupe, de la Guyane française, de la Martinique, de la Réunion, de Saint Martin, des Açores, de Madère et des îles Canaries, (Saint Barthélemy n'ayant plus fait partie de cette liste à compter du 1^{er} janvier 2012) qui est aggravée par leur éloignement, l'insularité, leur faible superficie, le relief et le climat difficiles, leur dépendance économique vis-à-vis d'un petit nombre de produits, facteurs dont la permanence et la combinaison nuisent gravement à leur développement, le Conseil, sur proposition de la Commission et après consultation du Parlement européen, arrête les mesures spécifiques visant en particulier, à fixer les conditions de l'application des traités à ces régions ».

²⁵ Art. 198 TFUE : « Les États membres conviennent d'associer à l'Union les pays et territoires non européens entretenant avec...la France...des relations particulières...Le but de l'association est la promotion du développement économique et social des pays et territoires, et l'établissement de relations économiques étroites entre eux et l'Union dans son ensemble ».

statut de PTOM. Où l'on peut d'ailleurs s'interroger sur les conditions et motivations de la création des COM de Saint Barthélemy et Saint Martin, qui relèvent de régimes européens différents²⁶, ce qui n'était pas le cas dans le TFUE originel...

Juridiquement²⁷, les cinq DROM et Saint Martin se voient appliquer le droit de l'Union européenne puisque leur statut les y intègre. Ils sont ainsi soumis, car administrations publiques locales, aux règles européennes de discipline budgétaire et, sous réserve d'adaptations, aux règles fiscales et douanières (art. 200 TFUE), tandis qu'ils bénéficient des fonds structurels, ce qui n'est pas le cas des PTOM, pour lesquels, on l'a vu, le TFUE ne fait état que « d'association », laquelle association, il est vrai, doit viser à permettre la promotion de leur développement économique et social et l'établissement de relations économiques étroites avec l'Union. Tout cela devant conduire à favoriser les intérêts et la prospérité des habitants de ces territoires²⁸.

II. D'UN DROIT COMMUN AMELIORÉ...

La recherche de la départementalisation qui avait été réclamée et consacrée (après la seconde guerre mondiale) pour les Antilles-Guyane et pour la Réunion, puis, dans les années 2000, pour Mayotte, pouvait être interprétée comme une aspiration à bénéficier d'un « droit commun » national après des décennies et siècles de sujétion et de colonialisme. Or, la volonté de sortir de ce cadre, devenu trop étroit pour certains, s'est manifestée progressivement, et parfois avec force, à l'exception pour l'essentiel de la Réunion²⁹, dont on sait que non seulement, il n'y a pas été souhaité de basculer vers une seule collectivité regroupant département et région, mais que de plus, avait été inscrit, à la demande d'un élu de l'île, dans la Constitution, à l'article 73 al.5, l'exclusion de quelques-unes des dérogations prévues à l'article 73, al. 3 et 4. Par ailleurs, sans que leur importance doive être pour l'instant surestimée, des partis indépendantistes ont vu le jour en Guadeloupe, Guyane et ont même eu (Martinique) un président de région et des élus au Parlement de la République. Des revendications autonomistes s'étaient également révélées très affirmées.

C'est qu'il faut bien admettre la nécessaire et difficile conciliation de deux exigences légitimes. Celle que les résidents de ces DROM bénéficient d'une égalité pleine et entière de traitement avec leurs compatriotes

²⁶ Il est vrai que si leur proximité géographique est grande, le niveau de vie de leurs habitants est fort dissemblable.

²⁷ Cf. J. BENETEAU, *Collectivités de l'outre-mer*, in *DEFP*, art. cit., p. 157.

²⁸ Cf. articles 199 à 203 du TFUE.

²⁹ Sans compter naturellement Mayotte, qui, à peine devenue département, ne souhaite pas changer de statut.

métropolitains. Celle aussi que soient pris en considération les handicaps _ lesquels ne sont pas minces _ liés à l'éloignement, à l'insularité, aux retards économiques et sociaux accumulés au fil des décennies, sans oublier d'autres revendications, non moins légitimes, d'ordre historique et culturel. Ce que consacre au demeurant l'article 73 de la Constitution pour qui les lois et règlements s'appliquent de plein droit tout en pouvant se voir adapter au regard de leurs caractéristiques et contraintes particulières, sachant, en tout état de cause, que le principe d'égalité conduit à pouvoir traiter différemment des personnes, physiques ou morales, se trouvant en dissemblables situations. Mais, ce qui peut également, notamment pour le volet économique et social, ne pas aller sans poser parfois la compatibilité de certains financements (dotations, ressources fiscales ou quasi fiscales supplémentaires, dépenses fiscales) avec le principe découlant des traités européens de l'interdiction des aides d'État.

A. Le quasi-droit commun des DROM...

Le Code général des collectivités territoriales (CGCT) est à cet égard tout à fait éclairant. Si Guyane et Martinique, du fait de leur transformation en collectivité unique par fusion des régions et départements éponymes, relèvent d'une Partie, la septième, bien identifiée, dont elles constituent les Livres 1 et 2, le Livre 3 portant sur leurs « dispositions communes », la Guadeloupe, la Réunion et Mayotte (à un degré un peu moindre) relèvent donc du droit commun des départements et régions (le département de Mayotte cumulant les deux fonctions et compétences département/région lors de la transformation de la collectivité en département). La meilleure preuve en est qu'*a priori*, c'est bien le droit commun des départements et régions qui trouve application, tandis que sont concédés, à la rubrique des DOM (III^o Partie, Livre 4, Titre 4, articles L. 3441-1 à L. 3445-12 pour la Guadeloupe et la Réunion et Livre 5, Titres 1 et 2, articles L.O. 3511-1 à L.O. 3511-3 et L. 3521-1 à L. 3523-1 pour Mayotte) puis des ROM (IV^o Partie, Livre 4³⁰, Titre 3, articles L. 4431-1 à L. 4438-1, articles R. 4431-1 à R. 4437-6, L.O. 4435-1 à L.O.4435-12), les quelques particularismes compatibles avec les dispositions de l'article 73 C.

Ainsi, pour les départements concernés, la formulation étant quasiment identique pour les régions, il est affirmé³¹ qu'ils « exercent les compétences que les lois, dans leurs dispositions, non contraires à celles du présent titre, attribuent à l'ensemble des départements ». Le titre en question, non excessivement long, faisant référence aux propositions, adressées au gouvernement, de conclure des engagements internationaux de coopération régionale (avec des adaptations particulières pour la Réunion et

³⁰ Dans le même Livre que la Corse !

³¹ Article L. 3441-1 du CGCT.

Mayotte) et prévoyant ainsi quelques dispositions financières : quote-part de la dotation de péréquation des départements, abattement de la dotation départementale d'équipement des collèges³². Mais aussi attributions des conseils départementaux en matière de consultation sur les projets de loi ordinaire ou décrets comportant adaptation du régime législatif et de l'organisation administrative des départements, ou propositions de modification des dispositions législatives ou réglementaires en vigueur concernant le développement économique, social et culturel de ces départements³³ tandis que le conseil départemental est saisi pour avis, avant le 31 décembre de chaque année, des orientations générales de la programmation des aides de l'État au logement. Le même type de dispositions se retrouve au bénéfice des ROM avec les spécificités liées à l'existence des conseils économique, social et environnemental et de la culture, de l'éducation et de l'environnement, ainsi qu'en matière de développement économique et d'aménagement du territoire, qui sont des compétences régionales, de même que pour d'autres aspects de compétences régionales (emploi et formation professionnelle ; mise en valeur des ressources de la mer ; transports, etc...).

La situation particulière de la Guyane et de la Martinique, quant à elle, au plan financier, n'innove guère, tant d'un point de vue budgétaire que comptable. Et les recettes et dépenses relèvent de ce qu'elles étaient tant pour les départements (recettes ordinaires des départements et recettes des DOM) que pour les régions³⁴ (recettes ordinaires des régions et recettes des ROM)³⁵.

Reste qu'à partir d'un droit budgétaire et comptable applicable, largement semblable et sous réserve de quelques prélèvements spécifiques et d'incitations fiscales d'origine étatique (*cf. infra*), les mêmes catégories de ressources peuvent connaître quelques applications substantiellement différenciées, le contenu des dépenses variant également.

Sans entrer dans le détail, il avait pu être remarqué³⁶, en matière de taxes foncières et d'habitation, la faiblesse des bases (inférieures de moitié à la moyenne métropolitaine pour la TH, et en représentant près de 60% pour les TF, seules celles de la contribution foncière des entreprises en étant

³² Articles L. 3443-1 et L. 3443-2 du CGCT.

³³ Articles L. 3444-1 et L. 3444-2 du CGCT.

³⁴ Sur les finances départementales et régionales, *cf.* G. ORSONI, *Les finances départementales et Les finances régionales*, Encyclopédie Dalloz Collectivités locales, 2014.

³⁵ Article L. 71-112-1 du CGCT pour la Guyane, article L. 72-102-1 du CGCT pour la Martinique.

³⁶ J. BOUDINE, *Autonomie financière des collectivités territoriales d'outre-mer*, Délégation sénatoriale à l'outre-mer, rapport n° 452, 2014, p. 127.

proche)³⁷. D'où des taux en vigueur parmi les plus élevés ou même les plus élevés (TF en Guyane). Tandis qu'en parallèle certaines dépenses s'avèrent sensiblement supérieures tant en matière d'intervention sociale (RSA, ce qui s'explique par un niveau de vie bien plus faible qu'en métropole) que de dépenses de personnel (les collectivités publiques y sont premières employeuses, le très haut niveau de chômage en constituant une évidente explication).

B. ...Agrémenté de dispositifs particuliers

Ces dispositifs, qui tranchent avec l'application, pour une large part, de règles identiques ou comparables à celles en vigueur en métropole, concernent les ressources ou dispositifs fiscaux. Soit du fait de l'existence de recettes fiscales (indirectes) spécifiques tenant, au moins pour partie, aux particularismes ultramarins, soit du fait de l'existence de nombreuses mesures dérogatoires (dépenses fiscales) applicables à l'outre-mer et, plus particulièrement, aux DROM.

1) Octroi de mer et recettes fiscales spécifiques

Le particularisme des recettes fiscales des DROM réside dans le fait qu'elles sont très largement constituées d'impositions indirectes qui leur sont spécifiques : octroi de mer, taxes sur les rhums³⁸, etc... La taxe intérieure sur la consommation des produits énergétiques ne s'appliquant pas outre-mer, l'article 266 quater du code des douanes a institué une taxe spéciale de consommation sur les carburants applicable dans les quatre DROM (les taux, dans des limites fixées par la loi de finances, sont votés, par le conseil régional ou le conseil de la collectivité unique et, à Mayotte, par le conseil départemental)³⁹.

Les conseils régionaux (ou de la collectivité unique) votent les tarifs de l'octroi de mer⁴⁰. Cette ressource, héritière du « droit de poids » institué en 1670, frappe les importations de produits et les livraisons de biens produits, dans les Antilles-Guyane, à la Réunion ainsi qu'à Mayotte. Après que l'octroi de mer eût été considéré par le juge communautaire comme une taxe d'effet équivalent à un droit de douane, contraire donc aux règles

³⁷ Concernant le poids de ces impôts, *cf.*, Observatoire des finances locales, *op. cit.*, pp. 92-93.

³⁸ Même si elles bénéficient également de ressources perçues par les régions métropolitaines (taxe sur les certificats d'immatriculation des véhicules, taxes sur les permis de conduire. Sans omettre les éléments de fiscalité indirecte de la contribution économique territoriale : CVAE, IFER.

³⁹ La taxe existe aussi à Saint Barthélemy et Saint Martin.

⁴⁰ Qui, à lui seul, représente un peu moins de la moitié des recettes fiscales de ces collectivités.

communautaires⁴¹, une solution a dû être trouvée pour permettre cette compatibilité⁴². Disposition temporaire prolongée pour dix ans⁴³ avec une nouvelle prolongation jusqu'à la fin de l'année 2020. Sachant que c'est le statut de région ultrapériphérique (RUP) qui permet cette dérogation au principe d'exclusion de taxe d'effet équivalent à des droits de douane⁴⁴⁻⁴⁵.

2) Les dépenses fiscales applicables aux DROM

On n'ignore pas non plus, depuis de longues années, que les dépenses fiscales, autrement dit des dispositifs dérogatoires permettant allègements ou exonérations d'impôts, constituent une composante essentielle dans la conduite de nombre de politiques publiques. À lui seul, leur poids actuel (87,6 Milliards d'euros en 2016, 93 M€ en 2017, 98M€ en 2018⁴⁶) peut en attester. De plus, s'agissant d'un certain nombre de domaines, dont l'outre-mer fait partie, (à l'instar des missions Economie, développement des entreprises et du tourisme, Egalité des territoires, logement et ville, Politique des territoires, Santé⁴⁷), le montant des dépenses fiscales s'avère supérieur à celui des crédits budgétaires, illustrant le succès de cette forme (discutée) d'interventionnisme public.

Les mesures liées à l'outre-mer, et plus particulièrement aux DROM⁴⁸, sont nombreuses et significatives. C'est ainsi que, sur un total envisagé de 4,210 Milliards d'euros pour le projet de loi de finances 2018, 3,572 M€ se trouvent réservés aux seuls DROM, le reste étant pour l'essentiel partagé entre les DROM et les COM.

Il s'agit bien sûr, par ces dispositifs, de prendre en considération, soit l'éloignement de la métropole, soit, ce qui est le plus souvent intrinsèquement lié, le handicap de développement économique et social, en y favorisant les capacités d'investissement. On notera au passage, et l'on reprendra ici les classifications du projet de loi de finances, que celui-ci n'a pas intégré les changements institutionnels intervenus pour la Martinique et

⁴¹ CJCE, 16 juillet 1992, *Adm. des douanes et droits indirects c/ Legros*, aff. C-163/90, rec. 1992, p. I-04625, pt 16.

⁴² Loi n° 92-676 du 17 juillet 1992 portant mise en œuvre de la décision n° 89-688 du Conseil des ministres de la Communauté européenne du 22 décembre 1989.

⁴³ Décision 2004/162/CE du Conseil de l'UE du 10 février 2004 suivie de la loi 2004-639 du 2 juillet 2004 applicable à compter du 1^{er} août 2004. Actualisée par la loi n° 2010-1487 du 7 décembre 2010 permettant d'intégrer Mayotte à ce dispositif.

⁴⁴ Cf., art. 349 TFUE.

⁴⁵ Sur la base d'imposition et l'affectation du produit de l'octroi de mer, cf. G. ORSONI, *Les finances régionales*, op. cit., pp. 44-45.

⁴⁶ Cf. projet de loi de finances pour 2018, Annexe Voies et moyens, p. 13.

⁴⁷ Cf., *Finances et administrations publiques : le cas de la France*, in *Le financement des politiques publiques* (M. LEROY et G. ORSONI, dir.) Bruylant, 2014, p. 75.

⁴⁸ Ce qui n'est pas sans logique, puisque les dépenses fiscales étant dérogatoires à une norme commune, les DROM sont, davantage que les COM, situés dans cette « norme commune », en matière fiscale y compris.

la Guyane et continue de parler, à leur propos, de départements, ce qui ne change toutefois rien à la réalité fiscale, les nouvelles collectivités s'étant vues attribuer les compétences des départements et régions.

D'où, dans la première catégorie, les deux plus importantes mesures (2,669 M€ à elles deux) : d'une part, les taux spécifiques, 8,5 % et 2,1 % de TVA pour Guadeloupe, Martinique, Réunion (1,5M€), l'absence de TVA en Guyane ne faisant pas l'objet de chiffrage à ce titre ; d'autre part l'exclusion des DROM du champ d'application de la taxe intérieure de consommation applicable aux carburants (1,169 M€). Tandis que pour y faciliter les investissements, sont prévus des abattements en faveur des entreprises (43 millions d'€), ou un crédit d'impôt à raison des investissements productifs réalisés dans les DROM avant le 31 décembre 2020 (125 millions). On sait aussi que, généralement, ce type de mesures auxquelles on fixe une date limite afin de susciter de plus rapides investissements, se trouvent prolongées tant il est vrai que les situations particulières qui les ont provoquées sont le plus souvent pérennes.

Il est vrai aussi que d'autres dispositifs visant, pour plus de 500 millions d'€, à des réductions d'impôt sur le revenu, se voient partagés entre DROM et COM. Enfin, dans un objectif davantage social⁴⁹ ou du moins concernant plus particulièrement les contribuables d'outre-mer⁵⁰, est prévu, pour un coût estimé à 405 millions d'€, une réduction pour les contribuables des DROM, de la cotisation résultant du barème de l'IR : 30 % en Guadeloupe, Martinique et Réunion, 40% en Guyane et à Mayotte.

III. ...À UNE RECONNAISSANCE PLUS AFFIRMÉE DE PRÉROGATIVES FISCALES

Si l'on peut considérer, s'agissant des collectivités d'outre-mer (COM) de Saint Barthélemy, Saint Martin et Saint-Pierre-et-Miquelon, qu'une succession de spécificités paraît s'affirmer, celles-ci se situent encore à mi-chemin des particularismes marqués de la Polynésie, et, *a fortiori*, de la Nouvelle-Calédonie.

A. Des COM à mi-chemin ?

Par-delà leurs convergences et différences institutionnelles (*cf. supra*), l'approche budgétaire et fiscale comporte nombre de points communs. Si Saint Barthélemy et Saint Martin, issues toutes deux de

⁴⁹ Ce qui était déjà le cas des taux de TVA réduits.

⁵⁰ Car les mesures précédentes d'aide à l'investissement visent à solliciter des contribuables aisés, pas nécessairement concernés par l'outre-mer, mais qui trouvent là une commodité légale de défiscalisation. D'où parfois des aides à des investissements dont l'utilité n'a guère été démontrée.

communes du département de la Guadeloupe⁵¹ et transformées chacune en COM, exercent à la fois les compétences d'une commune, d'un département et d'une région, la COM de Saint-Pierre-et-Miquelon⁵² qui était une collectivité *sui generis*⁵³ exerce les compétences d'un département et d'une région, la situation de Wallis et Futuna, ancien TOM, conservant encore toute sa spécificité eu égard aux autres COM.

La situation de ces différentes COM est en vérité ambivalente.

- On peut y trouver en effet une situation de grande autonomie fiscale (et donc financière). Jocelyn BENETEAU évoque, à cet égard, pour les trois premières nommées, « une compétence d'attribution en matière d'impôts, droits et taxes »⁵⁴, il est vrai « sous certaines réserves ».

Ainsi, le CGCT, pour Saint Barthélemy comme pour Saint Martin⁵⁵, fait apparaître que : « la collectivité fixe les règles applicables dans les matières suivantes⁵⁶ : 1° Impôts, droits et taxes dans les conditions prévues par les articles L.O. 6214-4 et 6314-4 ». L'expression « fixe les règles » étant, appliquée à ce domaine, potentiellement très forte car identique à celle de l'article 34 de la Constitution disposant que la loi « fixe les règles » relatives à « l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures ». Quant à la collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon, si l'on y trouve à l'identique la compétence de fixer les règles pour les « impôts, droits, taxes ; cadastre »⁵⁷, s'ajoute le régime douanier, à l'exclusion⁵⁸ des prohibitions à l'importation et l'exportation qui relèvent de l'ordre public et des engagements internationaux de la France ainsi que de divers autres domaines (recherche, infractions pénales, procédures contentieuses).

On a bien noté que cette compétence fiscale n'allait pas « sans réserves », c'est-à-dire notamment que l'État reste compétent tant que les cinq ans de résidence permettent de considérer que le domicile fiscal y est établi tant pour les personnes physiques que morales (siège de leur direction effective et/ou contrôle par des personnes physiques ayant également passé ce cap). Pour Saint Barthélemy, comme pour Saint Martin, l'exercice des compétences fiscales s'effectue sans préjudice des règles fixées par l'État en matière de cotisations sociales et prélèvements destinés au financement de la

⁵¹ Loi organique n° 2007-223 du 21 février 2007.

⁵² Loi n° 2007-224 du 21 février 2007.

⁵³ Loi n° 85-595 du 11 juin 2005.

⁵⁴ J. BENETEAU, DEFP, *op. cit.*, p. 159

⁵⁵ Article L.O. 6214-3, I et L.O. 6314-3.

⁵⁶ Avec toutefois la différence que l'accession au statut de PTOM de l'Union européenne confère, sous réserve de quelques exceptions, compétence en matière douanière.

⁵⁷ Article L.O. 6414-1, II.

⁵⁸ Comme pour Saint Barthélemy.

protection sociale et du remboursement de la dette sociale (CSG et CRDS). La perception étant effectuée par des agents de l'État. De plus, l'État « peut instituer des taxes destinées à être perçues à l'occasion de missions d'intérêt général qui lui incombent dans le cadre de ses compétences »⁵⁹. Des conventions fiscales sont prévues à la fois pour éviter des situations de double imposition et lutter contre la fraude et l'évasion fiscales⁶⁰, comme pour la détermination des modalités de recouvrement et de gestion des recettes destinées au financement de la sécurité aérienne.

La collectivité de Saint-Pierre-et-Miquelon connaît un régime largement comparable, y compris s'agissant des conventions contre la double imposition et la fraude et l'évasion fiscales, précisant que la collectivité « transmet à l'État toute information utile pour l'application de sa réglementation relative aux impôts, droits et taxes, ainsi que pour l'exécution des clauses d'échange de renseignements prévues par les conventions fiscales conclues par la France avec d'autres États ou territoires ».

- In concreto, lorsque l'on considère l'état des recettes budgétaires, et notamment fiscales, de ces collectivités, l'on ne peut que constater le poids prépondérant des recettes fiscales dans les budgets de fonctionnement. Selon le rapport 2017 de l'Observatoire des finances et de la gestion publique locale⁶¹, en effet :

- ✓ À Saint Barthélemy, impôts et taxes représentent 80 % des recettes de fonctionnement, dont 17,3 millions d'euros pour la taxe départementale de publicité foncière, 13,8 millions € pour les droits de quai, 6,7 millions € pour la taxe de séjour, 3,7 millions € pour les taxes d'utilisation des services publics et 3,3 pour les taxes sur le carburant. On voit donc se trouver en présence d'une fiscalité indirecte, la compétence fiscale donnée à cette collectivité ayant conduit à « protéger » plus particulièrement les contribuables réputés « aisés » ayant choisi cette domiciliation (et manière sans doute de chercher à les attirer encore davantage).

- ✓ À Saint Martin, la structure des recettes fiscales est sensiblement différente. Si les impôts et taxes représentent 74,5 % des recettes de fonctionnement, soit moins qu'à Saint Barthélemy, la première de ces ressources est un impôt direct, la taxe foncière sur les propriétés bâties (15,4 millions d'euros). Suivent de près, taxe sur les carburants (14,9 millions €), droits de consommation (14,2 millions €), taxe départementale

⁵⁹ Article L.O. 6214-4, III, et 6314-4, III, du CGCT.

⁶⁰ Auxquelles ces situations particulières peuvent être source d'incitation.

⁶¹ *Op. cit.*, p. 94.

de publicité foncière (13,2 millions €) et impôt sur le revenu (13 millions €). Soit un ensemble plus équilibré entre fiscalité directe et indirecte.

✓ À Saint-Pierre-et-Miquelon, le produit des impôts et taxes est, en pourcentage, comparable à celui relevé à Saint Martin (76 % des recettes de fonctionnement), les impôts directs étant ici dominants : 11,2 millions d'euros pour l'impôt sur le revenu, 4,2 millions € pour l'impôt sur les sociétés, 3,1 millions € pour la taxe spéciale sur l'importation, droits de douane (1,5 millions €) et taxe départementale sur la publicité foncière (1,2 millions €), étant relativement résiduels⁶².

L'ambivalence relevée plus haut vient de ce que, si les ressources fiscales sont dominantes (gage d'autonomie, celle-ci étant de plus accrue par la marge décisionnaire de ces collectivités), ces trois COM n'en bénéficient pas moins de dotations. D'autant que, Saint Barthélemy exceptée, ces COM sont financièrement fragiles, l'État conservant en outre de nombreuses prérogatives (cf., à Saint-Pierre-et-Miquelon, la gestion des établissements publics locaux d'enseignement, la voirie nationale, la police de la circulation, la gestion des bibliothèques⁶³) sans même qu'il soit besoin d'insister sur la nécessaire solidarité nationale lorsque surviennent des calamités naturelles⁶⁴⁻⁶⁵.

- Quant à Wallis et Futuna, sa situation est elle aussi spécifique, puisque ancien territoire d'outre-mer (TOM) dont on rappelle que dans l'ancienne rédaction de l'article 74, al. 1er de la Constitution, ils se voyaient « dotés d'une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République », donc susceptibles de bénéficier d'une autonomie renforcée⁶⁶. Ce TOM étant devenu collectivité d'outre-mer

⁶² Outre que l'on ne saurait que faire remarquer que les pourcentages affichés de recettes fiscales dans l'ensemble « recettes de fonctionnement », s'appliquent à des budgets somme toute modestes : 52,54 millions d'euros pour Saint Barthélemy, 155,7 millions€ pour Saint Martin, 43,4 millions€ pour Saint-Pierre-et-Miquelon (chiffres 2015).

⁶³ Cf., J. BOUDINE, *Autonomie financière des collectivités territoriales outre-mer*, art. cit., p.133.

⁶⁴ Voir les aides à Saint Barthélemy et surtout Saint Martin à la suite des désastres provoqués par le cyclone Irma en septembre 2017.

⁶⁵ On doit aussi rappeler qu'à l'instar des DROM, mais bien moins qu'eux, les COM bénéficient de l'existence de dépenses fiscales que l'on se gardera de trouver négligeables (quoique partagées avec les DROM), soit pour Saint-Pierre-et-Miquelon, Wallis et Futuna et les TAAF, mais aussi la Polynésie et la Nouvelle Calédonie :

- La réduction d'impôt au titre des investissements locatifs ;
- La réduction d'impôt au titre des investissements productifs ;
- La réduction d'impôt au titre des investissements dans le logement social. À quoi s'ajoutent les dispositifs SCCELLIER outre-mer.

⁶⁶ D'autant qu'entre l'éloignement et l'isolement au sein du Pacifique, Wallis et Futuna connaît, *de facto* comme *de jure*, de sensibles spécificités (caractère « monarchique » avec trois « royaumes », autorités parallèles aux autorités républicaines).

au titre du nouvel article 74 C., sans que, par ailleurs, rien n'ait véritablement évolué.

Le statut résultant de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 a certes été actualisé⁶⁷, mais, *in fine*, l'on demeure pour l'essentiel dans une situation qui rappelle celle des départements d'avant 1982. Il n'existe pas d'exécutif local élu, mais un préfet « administrateur supérieur du territoire » qui, véritable « chef du territoire », préside le conseil territorial. La fiscalité y assure plus de la moitié (56,1 %) des recettes de fonctionnement⁶⁸ (les dotations en représentent 18,6 % et les produits des services et du domaine 7,7 %). La principale des recettes fiscales est la taxe générale à l'importation (7,3 millions d'euros), à laquelle s'ajoute des droits de douane (2,3 millions €), des taxes de consommation et sur le tabac, et même cette survivance qu'est l'impôt des patentes, seul impôt direct (0,8 millions €)⁶⁹.

On ajoutera qu'il n'existe à Wallis et Futuna ni impôt sur le revenu, ni impôt sur les sociétés, ni CSG-CRDS, ni TVA ; en revanche le territoire bénéficie, à l'instar des DROM et autres COM, des réductions d'impôt liées à l'investissement locatif.

B. La Polynésie, une spécificité reconnue aux conséquences inabouties

D'un point de vue institutionnel, la Polynésie est une COM qualifiée de Pays d'outre-mer (POM) sans que cela n'ait d'autre signification que « symbolique et politique »⁷⁰. Il y existe certes des « lois de pays »⁷¹ mais celles-ci n'ont pas « la portée reconnue aux lois de pays calédoniennes ». Alors en effet que ces dernières sont assujetties au contrôle du juge constitutionnel, les « lois » polynésiennes ne sont en vérité que des actes administratifs⁷² relevant de la compétence du Conseil d'État, ce qui n'interdit pas la reconnaissance de « spécificités dans ce contrôle » (Constitution, art. 74, L.O., art. 176 à 180), s'agissant notamment de leur nécessaire conformité à la Constitution, aux lois organiques, aux engagements internationaux, aux principes généraux du droit. Cela dit, les compétences de la collectivité sont larges puisque ne sont exclues⁷³ que les compétences régaliennes (défense, sécurité, affaires étrangères, justice et libertés publiques, fonction publique, monnaie, nationalité) ainsi que la

⁶⁷ L.O. n° 2007-223 du 21 février 2007 et L. n° 2007-224 du même jour et même intitulé : « portant dispositions statutaires et institutionnelles relatives à l'outre-mer ».

⁶⁸ Observatoire des finances et de la gestion publique locale, 2017, préc., p. 94.

⁶⁹ Cette structure fiscale en dit naturellement beaucoup sur la situation économique de ces îles et leur dépendance à l'égard des apports extérieurs.

⁷⁰ M. VERPEAUX, *L'outre-mer depuis 1982*, art. cit., p. 4.

⁷¹ Loi organique n° 2004-192 du 27 février 2004, art. 179 et s.

⁷² Loi organique précitée, art. 140.

⁷³ Loi organique, art. 14.

communication audiovisuelle, l'enseignement supérieur et la recherche, l'exploitation aérienne. Tout le reste⁷⁴ relevant de sa compétence. Dont la fiscalité.

Cette fiscalité, sur laquelle la collectivité polynésienne a donc la maîtrise, représente 80 % de ses recettes de fonctionnement, le reste étant fourni pour l'essentiel par la « dotation globale d'autonomie ». Pour plus des trois quart (75,8 %), il s'agit d'une fiscalité indirecte, la principale ressource étant la TVA (332,7 millions d'euros), adoptée après cinq ans d'expérimentation (trois taux s'appliquant à 5, 13 et 16 %, ce dernier taux visant plus particulièrement les produits d'importation). S'y ajoutent un impôt sur les sociétés (58,2 millions €), la taxe de consommation sur les hydrocarbures (29,7 millions €), l'impôt sur les transactions (23,8 millions €), l'impôt foncier sur les propriétés bâties (21,9 millions €), et la taxe sur l'environnement, l'agriculture et la pêche (21,4 millions €)⁷⁵. On ajoutera qu'au regard des compétences qu'il exerce au titre de l'article 14 de la loi organique, l'État perçoit pour son compte, la taxe de sécurité et de police aérienne⁷⁶. On notera aussi que les impôts perçus au bénéfice de la collectivité le sont par les agents de la DGFIP, à l'image des impôts locaux métropolitains. De manière générale, en tout état de cause, forte demeure la dépendance vis-à-vis de l'État avec ainsi la prise en charge de 90% des dépenses de personnel de l'enseignement⁷⁷⁻⁷⁸.

Reste que par-delà les impôts pour lesquels, parfois difficilement, la collectivité polynésienne a opté, se pose la question de ceux qui ne figurent pas comme recettes, l'impôt sur le revenu notamment⁷⁹, illustrant, puisque ces choix sont *a priori*, parfaitement libres, la réalité des pesanteurs, comportements et aspirations de la partie dominante de la société du

⁷⁴ Loi organique, art. 13.

⁷⁵ Concernant, au sein de ce territoire, le financement des communes, cf. J. BOUDINE, *Autonomie fiscale des collectivités territoriales outre-mer*, art. cit., p. 134.

⁷⁶ Sur cette « taxe d'aéroport », qui concerne aussi d'autres COM, cf. CE., 12 janvier 2007, req. n° 293542, *Flosse, Polynésie française et Madame Bopp du Pont*, AJDA 2007.493, obs. G. ORSONI, *Revue trimestrielle de droit commercial*, n° 2/2017, p. 327. Outre l'article 14 de la loi organique, qui réserve à l'État les compétences concernant l'aviation civile et la sécurité, l'article L. 213-3-1 du code de l'aviation civile s'appliquant en Polynésie disposait que « les exploitants d'aérodromes civils...sont tenus d'assurer, sous l'autorité du pouvoir de police...le sauvetage et la lutte contre les incendies d'aéronefs, ainsi que la prévention du péril aviaire ». Or la taxe en question répondait bien à l'ensemble de ces objectifs.

⁷⁷ Cf., A. GUIGUE, *L'autonomie fiscale de la Polynésie française*, in *Les finances publiques en Océanie*, J. BENETEAU (dir.), à paraître PUAM, 2018.

⁷⁸ Comme les autres COM et la Nouvelle Calédonie, la Polynésie voit son économie bénéficier, même s'il est toujours difficile de savoir dans quelles exactes proportions, de dépenses fiscales, telles les réductions d'impôt pour investissements locatifs et investissements productifs.

⁷⁹ Avec, il est vrai, la présence d'une contribution de solidarité territoriale (CST), perçue à la source sur les salaires, mais affectant aussi les non salariés.

territoire⁸⁰. Fruit sans doute d'une histoire (sinon de rivalités) dont celle-ci ne s'était pas complètement extraite⁸¹. Ce que l'on n'a pas trouvé à l'identique, malgré quelques éléments qui ont pu paraître communs, en Nouvelle Calédonie.

C. L'exemple calédonien d'une autonomie davantage encore affirmée

Non sans rapport avec sa situation institutionnelle avancée (Titre XIII de la Constitution)⁸², la Nouvelle Calédonie dispose de prérogatives fiscales à propos desquelles le terme de « souveraineté » a même été appliqué⁸³⁻⁸⁴, et, à tout le moins, très supérieures à celles des COM.

Le processus émancipateur résultant de soubresauts parfois tragiques de l'histoire et inscrit dans les accords de Nouméa (5 mai 1998, suivis par la loi constitutionnelle n° 98-610 du 20 juillet 1998) a donc conduit à la capacité pour le territoire néo-calédonien, de disposer de lois de pays qui, à la différence de leurs homologues polynésiennes, méritent réellement cette appellation, puisque, dans les domaines de sa compétence, les textes adoptés par le congrès ont effectivement, sur le territoire, force de loi, sous réserve de leur validation, en cas de saisine, par le Conseil constitutionnel⁸⁵. La fiscalité relève bien de ces lois de pays, le domaine de la loi s'appliquant aux règles d'assiette et de recouvrement⁸⁶, la fixation des taux relevant, en revanche, du règlement ; il est vrai⁸⁷ aussi que le congrès a compétence en matière de « délibérations » de nature réglementaire. Cette compétence du congrès en matière d'impositions concerne bien évidemment aussi ceux établis au bénéfice des trois provinces et des communes. Une large part des recettes fiscales de la Nouvelle Calédonie étant au demeurant reversée aux

⁸⁰ D'autant que l'on peut encore ajouter à cela, pour les impôts existant, le faible niveau de leur recouvrement (*cf.*, Cour des comptes, rapport 2003, pp. 82-83) et l'absence de « culture fiscale » de certains archipels (Tuamotu, Marquises, Australes), où à l'insularité s'ajoute l'éloignement (*cf.* A. GUIGUE, *L'autonomie fiscale de la Polynésie française*, art. cit.).

⁸¹ Sur cette dimension historique, *cf.* J.M. REGNAULT, *Regards d'un historien sur la fiscalité et l'économie de la Polynésie française*, Revue Juridique, politique et économique de Nouvelle Calédonie, n° 1/2011, p. 8.

⁸² *Cf.* M. CHAUCHAT, *Les institutions en Nouvelle Calédonie, Institutions politiques et administratives*, coll. Université, Centre de documentation pédagogique de Nouvelle Calédonie, 2011, *op. cit.*, p. 205 et s.

⁸³ K. CHALIOT, *Essai sur l'émancipation et l'élaboration de la norme fiscale en Nouvelle Calédonie*, Thèse Nouméa, 2013.

⁸⁴ Point de vue qui ne va pas sans pouvoir être débattu, cette « souveraineté » s'exerçant dans un cadre fixé par l'État.

⁸⁵ Des QPC pouvant intervenir ultérieurement.

⁸⁶ À la différence de la Polynésie, ce sont les autorités de Nouvelle Calédonie qui ont compétence pour la réalisation du recouvrement de l'impôt.

⁸⁷ *Cf.*, J. BOUDINE, *Autonomie financière des collectivités territoriales outre-mer*, art. cit., p. 132.

provinces et communes⁸⁸⁻⁸⁹ la répartition en étant toutefois encadrée par une loi organique⁹⁰. Pareille contrainte démentant le caractère « souverain » de la Nouvelle Calédonie en matière de fiscalité⁹¹.

À la différence encore de la Polynésie, la Nouvelle Calédonie ne connaît toujours pas de TVA mais dispose d'un impôt sur le revenu. Les principales ressources étant⁹² l'impôt sur les sociétés (283 millions d'euros), l'IR (201,7 millions €), puis les taxes à l'importation et douanières (taxe générale, 161,8 millions €, taxe de base, 61,4 millions €, droits de douane, 56,7 millions €), la taxe sur les produits pétroliers (46 millions €) et les droits d'enregistrement (42,2 millions €).

Ces prérogatives fiscales n'empêchent nullement les difficultés financières, d'autant que la « multiplication des niches fiscales »⁹³ a contribué à réduire sensiblement ces recettes, amenant même à craindre⁹⁴ des « vertiges économiques et budgétaires inquiétants pour 2019-2029 », comme par exemple la baisse de recettes d'IS liées au secteur Nickel, ou à tout le moins la dépendance à leur égard.

Or cette fiscalité n'est pas aisément réformable. Ce que celui à qui sont dédiés ces modestes propos a très excellemment montré⁹⁵. Les clivages politiques locaux, indépendantistes/anti-indépendantistes n'ayant pas peu contribué à nourrir certains blocages. Les premiers, de manière générale, poussant à l'adoption de réformes que les seconds ont souvent freinées (proposition d'une CSG entre 1984 et 2001) sans qu'il y ait eu immobilisme pour autant, ainsi de « l'adoption de 116 lois de pays dans les années 1998-

⁸⁸ Pour l'Observatoire des finances et de la gestion publique locale, *Les finances des collectivités locales en 2017*, *op. cit.*, p. 93, en 2015, près des trois quart (72,25 %) des recettes d'impôts, droits et taxes (y compris sur les tabacs) ont été reversés, pour 55,5 %, aux provinces, et pour 16,75 %, aux communes.

⁸⁹ Les budgets des provinces et communes sont également alimentés par des dotations, fonds de péréquation intercommunaux pour le fonctionnement et l'équipement des communes et pour le développement de l'intérieur et des îles, art. 49, 49-1 et 49-2 résultant de la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 modifiant la loi organique du 19 mars 1999.

⁹⁰ L.O. n° 99-209 du 19 mars 1999, modifiée pour la dernière fois le 17 septembre 2017.

⁹¹ On ajoutera à cet égard qu'il est également prévu par la loi organique n° 99-209 modifiée, article 52, que les impôts, taxes, centimes additionnels institués au bénéfice des provinces, des communes et des EPCI, ne peuvent être assis ni sur le chiffre d'affaires, ni sur le revenu des personnes physiques, ni sur le bénéfice des personnes morales, ni sur les droits et taxes à l'importation. Les taxes sont fixées par l'assemblée délibérante de la province, commune ou établissement public, dans les limites établies par le congrès.

⁹² Observatoire des finances et de la gestion publique locale, *op. cit.*, p. 93.

⁹³ Cf. E. LÉONI, *La gouvernance de l'économie et des finances publiques en Nouvelle Calédonie avant la sortie de l'Accord de Nouméa*, Revue juridique, politique et économique de Nouvelle Calédonie, n° 30, 2017, p. 29.

⁹⁴ *Id.*, p. 30.

⁹⁵ G. AGNIEL et K. CHALIOT, *La réforme fiscale calédonienne : aspects politiques*, in *La réforme des finances publiques et de la fiscalité. Regards croisés État-Nouvelle Calédonie*, J. BENETEAU, (dir.), PUAM, 2015, p. 51 et s.

2012, dont 52 % en matière fiscale »⁹⁶. Et encore faut-il distinguer entre les périodes et la configuration politique du moment au congrès, la situation après 2004 ayant été davantage propice à des avancées (« consensus fiscal » de 2011 sur « l'engagement d'une réforme fiscale globale », avec commission mixte paritaire indépendantistes/anti-indépendantistes)⁹⁷, avec projet d'une taxe générale sur les activités, inspirée de la TVA, avec aussi suppression de nombreuses taxes (taxe de solidarité sur les services, taxe de base à l'importation, etc...)⁹⁸. Avant qu'un coup d'arrêt intervienne en 2012 (élections législatives nationales)⁹⁹. Et, force est d'admettre encore aujourd'hui, tandis que l'échéance cruciale du référendum de 2018 approche, que cette question d'une réforme fiscale demeure en devenir. Alors qu'elle s'avère d'autant plus indispensable que les questions budgétaires pourraient risquer d'obérer l'avenir néo-calédonien, quelle que soit au demeurant l'option choisie par la majorité du corps électoral.

CONCLUSION

Que l'on cherche surtout, dans les régimes fiscaux des outres-mers français, à retenir ce qui les rassemble ou ce qui les différencie, il faut bien admettre que quelques tendances lourdes se dégagent. En lien fréquent avec leurs évolutions institutionnelles, s'est dessiné un mouvement général vers de plus grandes autonomies, aussi dissemblables soient-elles entre DROM et COM, sans omettre le cas particulier de la Nouvelle Calédonie, ni les quelques différences subsistant au sein d'une même catégorie. Et même là où l'autonomie pourrait être jugée par certains, encore insuffisante, voire très faible (cas de Wallis et Futuna), les spécificités fiscales sont manifestes (l'autonomie pouvant produire la spécificité, celle-ci pouvant aussi exister sans ou avec une faible autonomie).

On pourrait bien entendu débattre à l'infini de ces phénomènes. Sans se risquer toutefois à des conclusions trop définitives, d'autant que les systèmes existant présentement n'ont sans doute pas achevé leurs évolutions. Qui nierait, les concernant, la part de l'éloignement du territoire métropolitain, avec les conséquences économiques et sociales qui en découlent, la part aussi peut-être de l'insularité qui, ne serait-ce que psychologiquement, ne peut qu'accroître ce sentiment d'éloignement, et parfois d'abandon, tout en accentuant la conscience d'une identité propre ? Qui nierait plus encore le poids de l'histoire comme celui des traditions

⁹⁶ *Id.*, p. 55.

⁹⁷ *Id.*, pp. 60-61.

⁹⁸ Sur les propositions de réformes, et notamment le rapport Jean-Pierre LIEB de 2010, *cf.* le numéro 1/2011 de la Revue Juridique, politique et économique de Nouvelle Calédonie, comportant notamment la présentation, par l'auteur de ce rapport, des extraits de celui-ci et, sur la fiscalité, des articles de L. STEINMETZ, K. CHALIOT, A. GRAS, É. LÉONI.

⁹⁹ Dont le résultat contribua à radicaliser certains courants anti-indépendantistes.

culturelles et des mentalités collectives ? Ce qui peut nous aider à comprendre que, loin de ces territoires océaniques, et beaucoup plus près de l'hexagone, une autre île, la Corse, voit progresser l'exigence¹⁰⁰ d'une capacité (sur le modèle des lois de pays ?) à fixer son propre régime fiscal.

Au total, s'il faut se garder de parler de modèle (il faudrait en outre en choisir un parmi plusieurs possibles), l'avenir réside sans doute dans la capacité d'adaptation des pouvoirs publics à tenir compte, dans le cadre des principes républicains et des nécessaires impératifs budgétaires, des aspirations majoritairement exprimées comme des intérêts bien compris des populations ultra-marines.

Décembre 2017

¹⁰⁰ Il s'agit de celle exprimée par les courants autonomiste et indépendantiste, qui sont devenus majoritaires lors des élections territoriales de 2015 et 2017, comme d'ailleurs lors des élections législatives de 2017 (trois sièges sur quatre).

La notion d'impôts, droits et taxes de toute nature dans le système fiscal de la Nouvelle-Calédonie

Par Jocelyn Bénéteau

Maître de conférences en droit public

Aix-Marseille Université - Centre d'Études Fiscales et Financières
(CEFF - EA 891)

*« Le comble de la ressemblance :
pouvoir se faire la barbe devant son
portrait. »
Alphonse Allais*

Lors de l'élaboration de la Constitution de la V^e République, l'expression « impositions de toutes natures », jugée plus englobante, a été préférée à celle d'« impôts, droits et taxes de toutes natures » inscrite à l'article 31 de l'avant-projet de Constitution¹. Elle figure aujourd'hui à l'article 34 de la Constitution, aux termes duquel « la loi fixe les règles concernant : [...] l'assiette, le taux et les modalités de recouvrement des impositions de toutes natures »². L'expression « impôts, droits et taxes de toute nature » n'apparaît aujourd'hui que marginalement dans les textes de droit national. Elle est utilisée à titre d'exemple pour définir les compétences de certains services de la direction générale des finances publiques³.

Dans le système fiscal de la Nouvelle-Calédonie, historiquement, des notions diverses ont été usitées pour circonscrire la compétence de l'assemblée délibérante de la collectivité en matière fiscale⁴, mais la notion

¹ C. Mboumba, Les impositions de toutes natures : contribution à l'étude de la théorie de l'impression, Th. Doct. : Droit, Lyon 3, 2009, p. 21.

² L'expression figure également aux articles 2 et 3 de la loi organique n° 2001-692 du 1^{er} août 2001 relative aux lois de finances.

³ L'article 2 de l'arrêté du 24 juillet 2000 relatif à la direction nationale des vérifications de situations fiscales précise ainsi que la direction nationale des vérifications de situations fiscales « assure sur l'ensemble du territoire national [...] le contrôle de tous impôts, droits et taxes » ou encore « la recherche des renseignements nécessaires à l'assiette, au contrôle et au recouvrement des impôts, droits et taxes de toute nature ».

⁴ Notamment, en 1900, une compétence est octroyée au conseil général de Nouvelle-Calédonie pour délibérer sur le mode d'assiette, les tarifs et les règles de perception des contributions et taxes ; en 1957, est attribuée à l'assemblée territoriale la compétence pour créer et fixer le mode d'assiette, les règles de perception et les tarifs des impôts, parts de taxes, droits et contributions de toute nature à percevoir au profit du budget territorial, ainsi que pour fixer les tarifs maxima des prélèvements à percevoir au profit des collectivités, organismes et établissements publics fonctionnant dans le territoire à l'exception des communes de plein exercice ; dans le statut de 1988, une compétence est octroyée au territoire en matière d'impôts, droits et taxes perçus dans le territoire ; le statut actuel de la collectivité attribue à la Nouvelle-Calédonie la compétence en matière d'impôts, droits et taxes perçus au bénéfice de la Nouvelle-Calédonie, en matière de création ou d'affectation

d' « impôts, droits et taxes de toute nature » n'est apparue qu'avec l'adoption de la loi organique du 19 mars 1999, qui a doté la Nouvelle-Calédonie d'une compétence législative, exercée par le congrès par voie de délibérations dénommées « lois du pays ». L'article 99 de la loi organique énumère en effet les matières relevant du domaine de la loi du pays, parmi lesquelles figurent les règles relatives à l'assiette et au recouvrement des « impôts, droits et taxes de toute nature ».

Comme les « impositions de toutes natures » visées à l'article 34 de la Constitution, ces « impôts, droits et taxes de toute nature » n'ont pas fait l'objet d'une définition textuelle et leur périmètre a été précisé par les juridictions en procédant par exclusion (I). La notion d' « impositions de toutes natures » a pour principale fonction de délimiter les pouvoirs du Parlement en matière fiscale. La notion d' « impôts, droits et taxes de toute nature » permet similairement de délimiter la compétence du législateur de la Nouvelle-Calédonie en matière fiscale. Au-delà, l'intégration ou non d'un prélèvement dans la catégorie des « impositions de toutes natures » ou, en Nouvelle-Calédonie, dans celle des « impôts, droits et taxes de toute nature », emporte des conséquences sur le régime juridique qui lui est applicable (II).

I. LA DÉFINITION NÉGATIVE, PAR ÉLIMINATION OU PAR DÉFAUT DES « IMPÔTS, DROITS ET TAXES DE TOUTE NATURE »

La notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature » inscrite à l'article 99-2° de la loi organique du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie* s'apparente à celle d' « impositions de toutes natures » figurant à l'article 34 de la Constitution. En effet, la notion d' « impositions de toutes natures » est définie de manière négative, par élimination ou par défaut par le Conseil constitutionnel depuis sa décision n° 82-124 L du 23 juin 1982⁵. Le Conseil constitutionnel a entendu la notion, dans un premier temps, comme visant tous les prélèvements obligatoires ne constituant pas des taxes parafiscales ou des redevances ou rémunérations pour services rendus, dans un second temps, avec la disparition des taxes parafiscales, comme englobant l'ensemble des prélèvements obligatoires ne constituant ni des redevances ou rémunérations pour services rendus ni des cotisations

d'impôts et taxes au profit de fonds destinés à des collectivités territoriales, d'établissements publics ou d'organismes chargés d'une mission de service public, en matière de création d'impôts, droits et taxes au bénéfice des provinces, des communes, des établissements publics de coopération intercommunale, et en matière de réglementation relative aux modalités de recouvrement, au contrôle et aux sanctions (article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie).

⁵ Cons. const., décision n° 82-124 L du 23 juin 1982, Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, *JORF*, 24 juin 1982, p. 1994, Rec., p. 99.

sociales. Le Conseil d'État s'est rangé à la position du Conseil constitutionnel depuis son arrêt *S.A. Établissements Outters* du 20 décembre 1985⁶.

La jurisprudence récente s'oriente clairement vers une définition similaire de la notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature » figurant dans le corpus juridique de la Nouvelle-Calédonie. Il résulte en effet de plusieurs décisions rendues à partir de 2015 par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie et par la Cour administrative d'appel de Paris que les « impôts, droits et taxes de toute nature » ne sont ni des redevances pour service rendu, ni des redevances domaniales (A), ni des cotisations sociales (B).

A. Les « impôts, droits et taxes de toute nature » ne sont ni des redevances pour service rendu, ni des redevances domaniales...

Le Conseil constitutionnel a exclu les redevances ou rémunérations pour services rendus du périmètre des « impositions de toutes natures » mentionnées à l'article 34 de la Constitution dans sa décision n° 82-124 L du 23 juin 1982⁷ et les a définies dans sa décision 76-92 L du 6 octobre 1976 comme des prélèvements demandés à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public déterminé ou les frais d'établissement ou d'entretien d'un ouvrage public qui trouvent leur contrepartie directe dans des prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage⁸. Ce sont ainsi des prélèvements qui comportent une contrepartie directe, le service rendu ou l'utilisation de l'ouvrage. Pour que l'on soit en présence d'une redevance ou rémunération pour service rendu, il doit y avoir une équivalence financière entre le montant de la redevance et le coût du service rendu⁹.

Dans une affaire opposant l'association Union fédérale de consommateurs Que choisir – Nouvelle-Calédonie à la commune du Mont-Dore, les juridictions du fond ont été amenées à se prononcer sur la légalité d'une délibération du conseil municipal de la commune fixant le tarif de

⁶ CE, Ass., 20 décembre 1985, *S.A. Établissements Outters*, Rec., p. 382.

⁷ Cons. const., décision n° 82-124 L du 23 juin 1982, Nature juridique des dispositions du premier alinéa de l'article 13 et du deuxième alinéa de l'article 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, précitée.

⁸ Cons. const., décision n° 76-92 L du 6 octobre 1976, Nature juridique de dispositions de la loi n° 67-1175 du 28 décembre 1967 portant réforme du régime relatif au droit de port et de navigation modifiée par l'article 64 de la loi de finances pour 1974, *JORF*, 9 octobre 1976, p. 5953, Rec., p. 59.

⁹ CE, Ass., 21 novembre 1958, Syndicat national des transporteurs aériens. Le principe de l'équivalence financière a été assoupli par l'arrêt d'assemblée du Conseil d'État du 16 juillet 2007, Syndicat national de défense de l'exercice libéral de la médecine à l'hôpital.

divers droits municipaux, de redevances et taxes, et notamment à déterminer la nature juridique d'un prélèvement destiné à financer le service public d'assainissement collectif. Dans un arrêt du 28 septembre 2015, la Cour administrative d'appel de Paris, suivant la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'État, a considéré que « ne constituent pas des impôts de toute nature pouvant être institués par le seul législateur les redevances demandées à des usagers en vue de couvrir les charges d'un service public ou les frais d'établissement ou d'entretien d'un ouvrage public qui trouvent leur contrepartie dans des prestations fournies par le service ou dans l'utilisation de l'ouvrage »¹⁰. La Cour a alors réformé le jugement du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie qui avait qualifié le prélèvement en cause de redevance pour service rendu¹¹, et a partiellement annulé la délibération qui appliquait ce prélèvement à des personnes non raccordées au réseau public d'assainissement. En effet, ce prélèvement ne pouvait pas être qualifié, concernant ces personnes, de redevance pour service rendu, puisqu'elles ne bénéficiaient pas du service, et il entrait alors dans la catégorie des « impôts, droits et taxes de toute nature » relevant du domaine de la loi du pays¹². L'on notera qu'à la suite de cette annulation, le conseil municipal de la commune du Mont-Dore a de nouveau adopté une délibération identique qui a été également annulée par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie¹³. Cette jurisprudence témoigne de l'exclusion des redevances pour service rendu de la notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature » de l'article 99-2° de la loi organique.

Le juge administratif a été amené par ailleurs à se prononcer sur la nature juridique de la redevance dite « superficière » prévue par le code minier de la Nouvelle-Calédonie, dans une affaire opposant la société Le Nickel (SLN) à la Nouvelle-Calédonie. Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a considéré que cette redevance n'avait ni le caractère d'un impôt direct ni celui d'un impôt indirect. Étant proportionnelle à la superficie totale détenue par un même titulaire, le tribunal administratif a considéré que cette redevance dite « superficière » présentait, en revanche, le caractère d'une redevance domaniale sous la seule réserve d'être la

¹⁰ CAA de Paris, 28 septembre 2015, n° 14PA01718, Union fédérale de consommateurs Que choisir – Nouvelle-Calédonie c/ commune du Mont-Dore.

¹¹ TA de Nouvelle-Calédonie, 16 décembre 2013, n° 1300075, Union fédérale de consommateurs Que choisir – Nouvelle-Calédonie c/ commune du Mont-Dore.

¹² Cette solution s'apparente à celle consistant à distinguer, d'une part, les redevances d'enlèvement des ordures ménagères, qualifiées de redevances pour service rendu si seuls les usagers effectifs du service l'acquittent et si le montant de la redevance couvre uniquement les charges du service, d'autre part, les taxes d'enlèvement des ordures ménagères qui sont des prélèvements obligatoires exigés aussi bien des usagers effectifs que des usagers potentiels et qui entrent dans la catégorie des impositions de toutes natures.

¹³ TA de Nouvelle-Calédonie, 14 septembre 2017, n° 1700060, Union fédérale de consommateurs Que choisir – Nouvelle-Calédonie c/ commune du Mont-Dore.

contrepartie de l'exploitation d'un sous-sol appartenant à une personne publique¹⁴. La Cour administrative d'appel de Paris, tout en rejetant la requête de la société appelante, n'a pas suivi le raisonnement du tribunal administratif et a considéré que cette « redevance », affectée dans son ensemble au budget de la Nouvelle-Calédonie, calculée sur la superficie totale exploitée par un même titulaire de concessions minières sans faire de distinction selon que la propriété du sous-sol est détenue par la Nouvelle-Calédonie, les provinces, les communes du territoire ou des personnes privées, ne pouvait dès lors pas être analysée comme constituant la contrepartie de l'exploitation du sous-sol appartenant à l'une ou l'autre de ces personnes publiques, et qu'elle n'avait ainsi pas le caractère d'une redevance domaniale¹⁵. Implicitement, la Cour administrative d'appel de Paris en déduit que cette « redevance » entre dans la catégorie des « impôts, droits et taxes de toute nature », alimentant ainsi la définition négative, par élimination ou par défaut de ces prélèvements.

B. ... ni des cotisations sociales

En droit national, les cotisations sociales ne relèvent pas de la catégorie des « impositions de toutes natures ». Le Conseil constitutionnel a considéré que les cotisations versées aux régimes obligatoires de sécurité sociale qui résultent de l'affiliation à ces régimes constituent des versements à caractère obligatoire de la part des employeurs comme des assurés et ouvrent vocation à des droits aux prestations et avantages servis par ces régimes¹⁶. Ainsi, le Conseil constitutionnel a notamment considéré que relevaient de la catégorie des « impositions de toutes natures » au sens de l'article 34 de la Constitution la contribution sociale généralisée, la contribution pour le remboursement de la dette sociale, le prélèvement social sur les revenus du patrimoine et les produits de placement ainsi que la contribution additionnelle affectée à la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie¹⁷. En effet, ces prélèvements, bien qu'affectés au financement de la sécurité sociale, n'ouvraient pas vocation à des droits aux prestations

¹⁴ TA de Nouvelle-Calédonie, 7 avril 2016, n° 1500094, Société Le Nickel.

¹⁵ CAA de Paris, 8 juin 2018, n° 16PA01796, Société Le Nickel.

¹⁶ Cons. const., décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, *JORF* du 18 août 1993, p. 11722, Rec. p. 224, cons. 119. Voir également : Cons. const., décision n° 2012-659 DC du 13 décembre 2012, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2013, *JORF* du 18 décembre 2012, p. 19861, Rec., p. 680, cons. 12. Dans cette dernière décision, le Conseil constitutionnel a considéré que les cotisations d'assurance maladie à la charge des travailleurs indépendants non agricoles étaient des cotisations ouvrant des droits aux prestations et avantages servis par le régime obligatoire de sécurité sociale des travailleurs indépendants et que ces cotisations ne relevaient pas de la catégorie des impositions de toutes natures au sens de l'article 34 de la Constitution.

¹⁷ Cons. const., décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, *JORF*, 22 août 2007, p. 13959, Rec., p. 310.

et avantages servis par des régimes obligatoires de sécurité sociale et ne pouvaient donc pas, en droit national, être qualifiés de cotisations sociales.

La question de la nature juridique des prélèvements sociaux en vigueur en Nouvelle-Calédonie s'est posée suite à l'instauration de la contribution calédonienne de solidarité (CCS), prélèvement s'apparentant à la contribution sociale généralisée (CSG). Dans une affaire opposant la SA Compagnie financière de la Bred (Cofibred) à la Nouvelle-Calédonie, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a considéré que la contribution calédonienne de solidarité était sans effet sur les droits aux prestations sociales pour les personnes qui s'en acquittent et ne conditionnait le droit à aucune prestation spécifique. Le tribunal administratif en a conclu que cette contribution ne présentait pas le caractère d'une cotisation sociale mais celui d'une « imposition de toute nature »¹⁸. Cette solution est conforme à la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La contribution calédonienne de solidarité, étant un prélèvement à caractère obligatoire n'ouvrant pas droit à prestation, ne remplit pas les critères de définition de la cotisation sociale et, dès lors, est qualifiée d'« imposition de toute nature » par le juge administratif. La parenté des notions d'« impôts, droits et taxes de toute nature » et de celle d'« impositions de toutes natures » est ainsi confirmée par le juge, qui définit ces prélèvements de manière négative, par élimination ou par défaut, et qui en perd même son latin en qualifiant la contribution calédonienne de solidarité d'« imposition de toute nature », expression qui ne figure pas dans le corpus juridique relatif à la Nouvelle-Calédonie. Saisi par une série d'autres entreprises, le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a par la suite confirmé cette solution à plusieurs reprises¹⁹, ainsi que la Cour administrative d'appel de Paris²⁰. Cette définition négative, par élimination ou par défaut, des « impôts, droits et taxes de toute nature » a pour effet d'accroître la compétence législative du congrès de la Nouvelle-Calédonie.

II. LES FONCTIONS DE LA NOTION D'« IMPÔTS, DROITS ET TAXES DE TOUTE NATURE »

La définition des « impositions de toutes natures » et des « impôts, droits et taxes de toute nature » n'a pas qu'un intérêt théorique. Elle permet

¹⁸ TA de Nouvelle-Calédonie, 30 mars 2017, n° 1600361, SA Compagnie financière de la BRED.

¹⁹ V. notamment : TA de Nouvelle-Calédonie, 27 avril 2018, n° 1700448, n° 1800021, n° 1800022, SA ENGIE Energie services France.

²⁰ V. notamment : CAA de Paris, 26 juin 2019, n° 18PA02568, n° 18PA02569, n° 18PA02570, Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie c/ SA ENGIE Energie services France. La Cour administrative d'appel de Paris a estimé dans ces trois arrêts que la contribution calédonienne de solidarité ne présentait pas le caractère d'une cotisation sociale mais entrait dans la catégorie des « impositions ».

en pratique d'identifier l'organe compétent pour créer et déterminer le régime des prélèvements, et, au-delà de cette question de répartition des compétences normatives (A), de déterminer le régime juridique applicable à ces prélèvements (B).

A. La notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature » permet d'opérer une répartition des compétences normatives

La création et la détermination de l'essentiel du régime (assiette, taux et modalités de recouvrement) des « impositions de toutes natures » relève, selon l'article 34 de la Constitution, de la compétence exclusive du Parlement, qui ne peut la déléguer notamment au pouvoir réglementaire. Cette compétence est générale : elle concerne non seulement les impositions perçues au profit de l'État, mais également celles perçues au profit d'autres personnes morales (collectivités territoriales, établissements publics, etc.). Ce principe comporte cependant des limites. Notamment, selon l'article 72-2 de la Constitution, la loi peut autoriser les collectivités territoriales à fixer l'assiette et le taux des impositions de toutes natures dans les limites qu'elle détermine. De plus, certaines collectivités situées outre-mer disposent d'une *autonomie fiscale*, en principe octroyée par le législateur organique. C'est le cas de la Nouvelle-Calédonie, qui exerce partiellement cette compétence en matière fiscale par voie législative. En effet, aux termes de l'article 99-2° de la loi organique du 19 mars 1999, les lois du pays interviennent en matière de règles relatives à l'assiette et au recouvrement des « impôts, droits et taxes de toute nature ». Le législateur de la Nouvelle-Calédonie (le congrès) est donc compétent pour créer un prélèvement inclus dans cette catégorie et pour en fixer les règles relatives à l'assiette et au recouvrement. En revanche, les règles en matière de liquidation ne relèvent pas du domaine de la loi du pays et sont fixées par voie de délibérations du congrès à caractère réglementaire.

Le législateur de la Nouvelle-Calédonie est ainsi compétent pour créer un prélèvement entrant dans le périmètre des « impôts, droits et taxes de toute nature » et pour en fixer les règles relatives à l'assiette et au recouvrement. Cette compétence est exclusive et ne peut être exercée ni par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, ni par les provinces, ni par les communes, ni par toute autre entité. Dans l'affaire précitée opposant l'association Union fédérale de consommateurs Que choisir – Nouvelle-Calédonie à la commune du Mont-Dore²¹, la Cour administrative d'appel de Paris a tiré les conséquences de l'inclusion du prélèvement en cause dans la catégorie des « impôts, droits et taxes de toute nature », s'agissant des

²¹ V. *supra*.

personnes assujetties ne bénéficiant pas effectivement du service public, en annulant partiellement la délibération du conseil municipal de la commune qui avait créé et fixé le régime de ce prélèvement alors que seul le législateur de la Nouvelle-Calédonie était compétent en la matière. La Cour administrative d'appel de Paris a ainsi réformé le jugement du tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie qui, pour sa part, avait considéré que le prélèvement en cause avait bien le caractère d'une redevance pour service rendu et que le conseil municipal était par conséquent compétent pour créer et déterminer le régime de ce prélèvement.

B. La notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature » permet de déterminer le régime juridique applicable à un prélèvement

Au-delà de la question de la répartition des compétences normatives, l'inclusion ou non d'un prélèvement dans le périmètre des « impositions de toutes natures » ou des « impôts, droits et taxes de toute nature » permet de déterminer le régime juridique applicable à ce prélèvement. Notamment, qualifier un prélèvement de cotisation sociale ou l'intégrer par exclusion dans la catégorie des « impositions de toutes natures », ou des « impôts, droits et taxes de toute nature » en Nouvelle-Calédonie, a des incidences sur le régime juridique applicable à ce prélèvement.

Au plan national, l'on peut citer à titre d'exemple les conséquences qu'ont emportées les divergences de qualification de la contribution sociale généralisée sur les revenus d'activité et de remplacement. Le Conseil constitutionnel a considéré que ce prélèvement n'était pas une cotisation sociale et entraînait donc dans la catégorie des « impositions de toutes natures »²². Il était ainsi applicable à tout contribuable domicilié fiscalement en France, même si ses revenus d'activités étaient générés dans un autre État, y compris membre de l'Union européenne. La Cour de justice des communautés européennes a estimé en revanche, implicitement, que la contribution sociale généralisée était une cotisation sociale²³. En conséquence, la CSG ne pouvait s'appliquer aux contribuables domiciliés fiscalement en France et travaillant dans un autre État de l'Union européenne, dans lequel ils étaient affiliés à un régime de sécurité sociale, en vertu des principes communautaires d'unicité d'affiliation à un régime de sécurité sociale et d'unicité de cotisation.

²² Cons. const., décision 90-285 DC du 28 décembre 1990, Loi de finances pour 1991, *JORF*, 30 décembre 1990, p. 16609, Rec., p. 95 ; Cons. const., décision n° 2007-555 DC du 16 août 2007, Loi en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, *JORF*, 22 août 2007, p. 13959, Rec., p. 310.

²³ CJCE, 15 février 2000, aff. C 169/98, Rec. 2000 I-01049.

Dans le système juridique de la Nouvelle-Calédonie, qualifier un prélèvement de cotisation sociale ou l'intégrer par défaut dans la catégorie des « impôts, droits et taxes de toute nature » emporte également des conséquences sur le régime juridique applicable au prélèvement. Dans l'affaire précitée opposant la SA Compagnie financière de la Bred (Cofibred) à la Nouvelle-Calédonie²⁴, la société requérante, société résidente de France, contestait la retenue à la source opérée au titre de la contribution calédonienne de solidarité sur les dividendes qui lui avaient été versés par un établissement bancaire de Nouvelle-Calédonie. En effet, ces dividendes avaient déjà été soumis à l'impôt sur le revenu des valeurs mobilières (IRVM) et aux centimes additionnels communaux et provinciaux, dont le taux avait été plafonné à 5 % conformément à l'article 9-2 de la convention fiscale franco-calédonienne²⁵. Selon la société requérante, le plafond d'imposition ayant déjà été atteint par l'IRVM et les centimes additionnels, les dividendes ne pouvaient pas être soumis à la contribution calédonienne de solidarité, ce dernier prélèvement étant une « imposition de toute nature ». La Nouvelle-Calédonie soutenait en revanche que la contribution calédonienne de solidarité était une cotisation sociale et n'entrait donc pas dans le champ d'application de la convention fiscale franco-calédonienne. Dès lors, les dividendes en cause pouvaient être soumis à ce prélèvement. Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a qualifié la contribution calédonienne de solidarité d'« imposition de toute nature » et par conséquent a déchargé la société requérante de la somme correspondant à la contribution calédonienne de solidarité déduite des dividendes qui lui avaient été versés. La même solution a été adoptée par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie notamment dans trois affaires opposant la société SA ENGIE Energie services France à la Nouvelle-Calédonie²⁶. Cette solution a été confirmée par trois arrêts de la Cour administrative d'appel de Paris²⁷.

²⁴ V. *supra*.

²⁵ Selon l'article 9 de la convention fiscale franco-calédonienne du 31 mars 1983, « 1. Les dividendes payés par une société qui est un résident d'un territoire à un résident de l'autre territoire sont imposables dans cet autre territoire. 2. Toutefois, ces dividendes sont aussi imposables dans le territoire dont la société qui paie les dividendes est un résident, et selon la législation de ce territoire, mais si la personne qui reçoit les dividendes en est le bénéficiaire effectif, l'impôt ainsi établi ne peut excéder : a) 5 p. cent du montant brut des dividendes si le bénéficiaire effectif est une société (autre qu'une société de personnes) [...] ».

²⁶ V. *supra*.

²⁷ V. *supra*. De nombreuses sociétés ayant demandé au tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie la décharge des sommes prélevées depuis 2015 au titre de la contribution calédonienne de solidarité, sur le même fondement, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pourrait être amené à opérer la restitution des sommes indues à hauteur de plus d'un milliard de francs CFP. Source : groupe UNI au congrès de la Nouvelle-Calédonie, groupe Calédonie ensemble au congrès de la Nouvelle-Calédonie.

Dans certains cas, la nature juridique du prélèvement n'a pas d'incidence sur l'issue du litige. Dans l'affaire précitée opposant la société Le Nickel (SLN) à la Nouvelle-Calédonie²⁸, la société requérante demandait au juge administratif de prononcer la décharge de son obligation de payer la redevance dite « superficière » et d'ordonner toutes restitutions des redevances payées, au motif qu'elle bénéficiait d'un régime de stabilisation fiscale prévoyant notamment qu'aucun nouvel impôt, droit ou taxe ne sera appliqué aux entreprises bénéficiant de ce régime si cette application entraîne de ce fait pour l'entreprise la qualité de contribuable prépondérant au titre de ce nouvel impôt, droit ou taxe²⁹. Or, la société requérante soutenait qu'elle était redevable prépondérant de la redevance dite « superficière ». Le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie a considéré que ce prélèvement avait le caractère d'une redevance domaniale sous la seule réserve d'être la contrepartie de l'exploitation d'un sous-sol appartenant à une personne publique. Ainsi, cette redevance n'entrait pas dans le champ d'application du régime de stabilisation fiscale dont bénéficiait la société requérante. La Cour administrative d'appel de Paris a en revanche considéré que ce prélèvement n'avait pas le caractère d'une redevance domaniale, et donc implicitement qu'il entrait dans la catégorie des « impôts, droits et taxes de toute nature ». Néanmoins, la cour a rejeté la requête de la société au motif que le prélèvement en cause n'avait pas été instauré par le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie mais par le code minier de la Nouvelle-Calédonie et que, par conséquent, il n'entrait pas dans le champ d'application du régime de stabilisation fiscale dont l'application était invoquée. Cette solution semble contestable dans la mesure où les « impôts, droits et taxes de toute nature » n'ont pas à figurer nécessairement dans le code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

Ainsi, la notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature » figurant à l'article 99-2° de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie et celle d'« impositions de toutes natures » inscrite à l'article 34 de la Constitution sont interprétées similairement et remplissent les mêmes fonctions. L'on pourrait penser que la différenciation terminologique n'aurait alors pas lieu d'être, mais elle a toutefois pour vertu de distinguer les prélèvements fiscaux relevant de la compétence du législateur national, le Parlement, de ceux qui relèvent de la compétence du législateur de la Nouvelle-Calédonie, le congrès de la Nouvelle-Calédonie.

²⁸ V. *supra*.

²⁹ Article 7 du code des impôts de la Nouvelle-Calédonie.

Pour une simplification des structures juridiques des entreprises en Nouvelle-Calédonie,

*Par Matthieu Buchberger,
Maître de conférences en droit privé,
Université de la Nouvelle-Calédonie (LARJE)*

Mon arrivée en Nouvelle-Calédonie, en février 2016, ne m'a permis de côtoyer Guy Agniel que peu de temps. Trop peu, car les propos échangés avec le Professeur me font regretter de n'avoir pu davantage profiter de ses connaissances sur la Nouvelle-Calédonie, sur la zone Pacifique et sur les droits qui s'y appliquent.

Spécialiste en droit des affaires, je ne pourrai lui donner la réplique sur les thèmes qui lui étaient chers, mais je profiterai de l'honneur qui m'est fait de participer à la rédaction de ses mélanges pour traiter d'un sujet plus en phase avec mes recherches et qui, intéressant néanmoins la Nouvelle-Calédonie, aurait, peut-être, éveillé la curiosité du regretté Professeur : celui de la nécessaire simplification des structures juridiques auxquelles peuvent avoir recours les entreprises calédoniennes.

De façon générale, le constat est partagé d'un excès de complexité des règles applicables aux entreprises. Le législateur métropolitain en a bien conscience, lui qui multiplie à l'envie les lois de simplification¹, dont la loi Pacte du 22 mai 2019², et la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019, ne sont que les ultimes illustrations. Les récentes mesures prises par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie pour alléger le poids des formalités administratives des entreprises montrent qu'il est lui-même soucieux de les libérer d'un droit jugé trop pesant³.

¹ V. B. Lecourt, « La simplification du droit des affaires », D. 2015, p. 2240. On relèvera à ce propos la récente mise en place en métropole d'un Conseil de la simplification, qui propose régulièrement des modifications pour limiter les règles applicables aux entreprises. Les rapports sont également nombreux, qui préconisent de simplifier le droit des entreprises. V. par ex. : Rapport L. Grandguillaume, « Entreprises et entrepreneurs individuels - passer du parcours du combattant au parcours de croissance », La documentation française, déc. 2013 ; T. Mandon, « Mieux simplifier – « la simplification collaborative » », mission parlementaire de simplification de l'environnement réglementaire, administratif et fiscal des entreprises, juill. 2013.

² Ce « Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises » vise notamment à harmoniser et limiter le nombre de seuils au-delà desquels les entreprises sont soumises à de multiples obligations supplémentaires, à faciliter la création en ligne des entreprises, et à favoriser leur transmission et le rebond de l'entrepreneur en cas de liquidation judiciaire.

³ V. 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. La création du site infogreff.nc et le déploiement des téléservices associés est également une mesure de nature à simplifier la vie des entreprises.

Mais la simplification ne doit pas se limiter aux seules procédures en lien avec l'administration. Elle doit également s'étendre aux règles de droit qui organisent et structurent les entreprises, et que l'on englobera sous l'expression de « structures juridiques des entreprises ». Il en va de l'efficacité de ces structures et de leur aptitude à remplir leur mission : faciliter l'organisation des entreprises.

Le défi de la simplification est d'autant plus difficile à relever en Nouvelle-Calédonie que le droit calédonien est, par certains aspects, plus complexe que le droit métropolitain. Car à l'incertitude liée à l'interprétation des normes s'ajoute la difficulté, propre à la Nouvelle-Calédonie, d'identifier les règles métropolitaines qui y sont applicables. De plus, l'absence de règles de conflit – sauf rares exceptions⁴ - en cas de contentieux pouvant relever du droit calédonien et du droit métropolitain, ne fait qu'aggraver la situation. Et c'est sans compter le surcroît de complexité qu'induit l'existence – légitime – d'un droit coutumier, lequel soulève de difficiles questions de délimitation et d'articulation avec le droit calédonien⁵. On pourrait croire à ce propos que l'influence de la coutume en droit commercial, et plus généralement en droit des entreprises, reste limitée, dans la mesure où la loi organique du 19 mars 1999 en cantonne l'application aux relations « de droit civil » entre personnes de statut coutumier⁶. Mais ce serait ignorer le régime particulier des terres coutumières⁷, qui impose des conventions spécifiques pour y développer des activités entrepreneuriales et pose des difficultés en matière d'accès au

⁴ Il existe ainsi une convention fiscale du 26 juillet 1983, signée par la Nouvelle-Calédonie et l'État, pour éviter toute double imposition.

⁵ Sur ces questions, v. en particulier : E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Presses Universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), 2018.

⁶ V. art. 7 de la loi organique n° 99-210 du 19 mars 1999. Dans un avis du 16 décembre 2005 (n° 05-00.026, BICC n° 637 du 1^{er} avr. 2006 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. Deumier ; P. Frezet, « Justice française en Nouvelle-Calédonie : la fin du rêve tropical », *RJPENC*2006/1, p. 40), confirmé dans un avis n° 07-00001 du 15 janvier 2007 (BICC 1^{er} avr. 2007), la Cour de cassation a précisé le domaine de la coutume, considérant qu'il « résulte de l'article 7 de la loi organique du 19 mars 1999 que les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes ». Sur ce point, v. obs. de l'avocat général M. Cavarroc et du rapporteur M. Chauvin à propos de l'avis du 16 déc. 2005 : https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_cour_15/classes_par_239/2005_410/16_decembre_2005_0050011p_411/005_0011_309.html. V. également : I. Dauriac, « Pluralisme juridique et développement économique », *in* *Le droit économique en Nouvelle-Calédonie*, sous la direction de N. Vignal, PUAM, 2018, p. 101, spéc. n° 4.

⁷ Selon l'article 18 de la loi organique du 19 mars 1999, les terres coutumières sont soumises à la coutume et sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables, ce que l'on résume par l'expression de « loi des quatre « i ». Ce texte précise également que sont également régis par la coutume les biens situés sur terre coutumière s'ils appartiennent à des personnes de statut coutumier.

crédit et de transmission d'entreprise⁸. De même, les frontières entre le droit civil et le droit commercial ne sont pas étanches. Le droit des biens, le droit des personnes, le droit des régimes matrimoniaux, le droit des obligations, qui tous relèvent du « droit civil », jouent un rôle essentiel dans le fonctionnement des entreprises. Autant de brèches par lesquelles la coutume kanak s'invite dans la vie des entreprises⁹. Enfin, l'originalité du droit des entreprises en milieu coutumier est également marquée par l'existence des Groupements de droit particulier local (GDPL), structures juridiques originales dont la vocation originaire de gestion de terres coutumières est aujourd'hui largement supplantée par son utilisation à des fins entrepreneuriales¹⁰.

Ce pluralisme juridique conduit inévitablement à une complexification du droit applicable en Nouvelle-Calédonie. Pour ne pas ajouter à cette complexité, le législateur calédonien doit faire preuve de modération, et chercher à simplifier, de façon générale, le droit applicable aux entreprises, et, plus spécifiquement, les structures juridiques qui leur sont proposées.

L'impératif de simplification s'impose d'autant plus que la complexité du droit applicable en Nouvelle-Calédonie n'est pas compensée par davantage de forces vives susceptibles d'en clarifier le contenu. Bien au contraire, la Nouvelle-Calédonie souffre d'un déficit doctrinal, là où la métropole est victime d'une « asphyxie »¹¹. Certes, les services du gouvernement, les chambres consulaires, le Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie (CESE), l'Université de la Nouvelle-Calédonie (UNC), ainsi que de nombreux organismes professionnels, font œuvre utile en multipliant les guides, rapports, colloques et autres sites internet. Mais les incertitudes demeurent nombreuses malgré ces louables efforts¹².

Le transfert à la Nouvelle-Calédonie, depuis juillet 2013, de la compétence en droit civil et en droit commercial, lui offre la possibilité de

⁸ V. I. Dauriac, art. préc.

⁹ Sur les conséquences de ce domaine extensif de la coutume sur la validité du recours à des structures juridiques de droit commun par des personnes de statut coutumier, v. M. Buchberger, « Quelles structures juridiques de droit commun pour les personnes de statut coutumier », in Actes du colloque « Quel droit pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie », sous la direction de M. Buchberger, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, à paraître.

¹⁰ V. C. David et J.-M. Sourisseau, « De Matignon à la consultation sur l'indépendance ; Une trajectoire politique et institutionnelle originale », in La Nouvelle-Calédonie face à son destin, sous la direction de S. Bouard, J.-M. Sourisseau, V. Geronimi, S. Blaise et L. Ro'i, Karthala, 2016, p. 23 et s., spéc. pp. 43-44.

¹¹ V. D. Bureau et N. Molfessis, « L'asphyxie doctrinale », in Etudes à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit, Litec, 2009, p. 45.

¹² Si l'on s'en tient au droit commercial, le dernier ouvrage en date remonte à 1995. V. A. de Brosses, Manuel pratique de droit des affaires de Nouvelle-Calédonie, 1995.

réaliser cette simplification des structures juridiques des entreprises calédoniennes, tout en les adaptant au mieux aux besoins de ces dernières¹³.

Cependant, le législateur calédonien ne doit pas se laisser griser par cette nouvelle autonomie, et succomber à la tentation de trop s'éloigner des textes métropolitains, du moins à l'heure actuelle¹⁴. Certes, l'inscription de la Nouvelle-Calédonie au sein de la zone pacifique pourrait légitimer une imprégnation plus forte des droits australiens ou néo-zélandais, notamment pour faciliter les transactions avec ces autres pays. L'avantage serait toutefois limité, dans la mesure où les échanges commerciaux avec les ressortissants de ces états ou d'autres états du pacifique, reposent pour l'essentiel sur des contrats internationaux qui échappent en grande partie aux règles du droit calédonien, ce d'autant plus qu'il est habituel de recourir à l'arbitrage international en cas de contentieux. A l'inverse, cet emprunt à des droits autres que métropolitains aurait pour inconvénient d'accélérer le « décrochage » du droit calédonien par rapport au droit métropolitain. Il est vrai que l'amplification de ce décrochage est inexorable, du fait de l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie dans de très nombreux domaines : droit fiscal, droit des assurances, droit de la consommation, droit du travail..., et aujourd'hui droit civil et droit commercial. Mais, dans la mesure où la Nouvelle-Calédonie est encore tributaire des institutions françaises pour former les juristes et pour appliquer le droit, il ne semble pas opportun de trop s'éloigner du droit métropolitain au profit d'un droit s'inspirant de ceux applicables dans la zone pacifique.

Si ces raisons invitent à ne pas bouleverser les structures juridiques proposées aux entreprises, elles ne doivent pas conduire à l'immobilisme. Elles ne doivent en particulier pas empêcher de repenser ces structures, dans l'optique de les simplifier. Or des simplifications peuvent être proposées, qui concernent tant les structures juridiques organisant les entreprises individuelles (I) que les structures sociétaires (II).

I. LA SIMPLIFICATION DES STRUCTURES JURIDIQUES DES ENTREPRISES INDIVIDUELLES

Pour simplifier le droit applicable aux entreprises individuelles, un premier moyen serait d'analyser chacune des règles qui leur sont applicables afin de soupeser leur opportunité et, dans l'affirmative, d'en alléger le contenu. Sans nier l'intérêt de cette démarche, d'ailleurs empruntée régulièrement par le biais de lois de simplification, une autre voie sera

¹³ V. Loi du pays n° 2012-2 du 20 janvier 2012, relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de droit civil, de règles concernant l'état civil et de droit commercial, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2013.

¹⁴ L'expérience montre toutefois que ce risque est faible, le législateur calédonien ayant bien plus tendance à imiter le droit métropolitain qu'à s'en démarquer.

empruntée, qui peut utilement compléter la première : celle d'une unification des règles applicables aux différents professionnels.

À l'heure actuelle, comme en métropole, la Nouvelle-Calédonie connaît quatre grandes catégories de professions indépendantes intervenant dans le domaine économique : les agriculteurs, les professions libérales, les artisans et les commerçants. Chacune de ces professions aspirant à la reconnaissance de ses spécificités, le législateur a différencié les règles qui leur sont applicables. Il en résulte naturellement une prolifération de règles, dont la connaissance et la mise en œuvre se révèlent complexes.

Or une logique de simplification devrait au contraire conduire à uniformiser autant que possible les règles applicables aux différents professionnels. Outre la facilitation de la connaissance et de la mise en œuvre du droit, cette convergence des règles applicables à ces professions conduirait à tarir, faute d'enjeu, les litiges relatifs à la qualification juridique du professionnel, et limiter ainsi d'éventuels procès chronophages.

Il est vrai qu'uniformiser n'est pas nécessairement simplifier, car cela peut conduire à soumettre à de nouvelles règles certaines professions qui jusqu'à présent y échappaient. En ce sens, du point de vue de ces professionnels, le droit se complexifie. Mais les avantages généraux en terme d'accès au droit et de simplicité de son application nous semblent l'emporter sur cette complexification de cas particuliers.

Cette uniformisation peut porter sur les statuts professionnels (A) et sur l'organisation patrimoniale des entreprises (B).

A. L'uniformisation des statuts professionnels

L'uniformisation est opportune (1), mais il convient d'en préciser l'ampleur (2).

1) L'opportunité d'une uniformisation

Depuis plusieurs décennies, on constate un rapprochement des régimes applicables aux entrepreneurs, que ce soit en métropole ou en Nouvelle-Calédonie¹⁵. Tous peuvent désormais faire l'objet d'une procédure collective, opter pour le statut d'EIRL¹⁶, bénéficier de la déclaration d'insaisissabilité¹⁷ et faire profiter leur conjoint du statut de conjoint-collaborateur¹⁸, à l'exception des agriculteurs en Nouvelle-Calédonie¹⁹. A

¹⁵ B. Brignon, « La « perméabilité » des règles professionnelles », LPA 2010, n° 23, p. 5 ; B. Brignon, « Conséquences de la commercialité des actes », RTD com., 2015, p. 671.

¹⁶ Art. L. 526-6 et s. C. com.. L'applicabilité de ce statut en Nouvelle-Calédonie est discutée, faute de transposition de la partie réglementaire du code relative à l'EIRL. Sur cette question, voir infra, note n° 68.

¹⁷ Art. L. 526-1 C. com.

¹⁸ Art. R. 121-1 C. com.

cela s'ajoutent des règles qui, comme celles relatives à la concurrence, ont été dès l'origine pensées pour l'ensemble des entreprises, et non pour telle ou telle catégorie d'entre elles.

Cette convergence des règles applicables se constate également pour les actes effectués par les professionnels. Les actes des commerçants, et plus généralement les actes dits « de commerce », ont longtemps fait l'objet de nombreuses règles dérogatoires aux lois civiles. Il était donc important de distinguer les actes civils et les actes de commerce. Mais l'enjeu de cette distinction, même s'il n'a pas entièrement disparu, a lui aussi perdu beaucoup de son importance. Ainsi, que l'acte soit civil ou commercial, les règles relatives à la prescription²⁰, à la mise en demeure²¹, aux taux d'intérêts²², et à l'imputation des paiements²³, sont identiques. Quant à la spécificité de la preuve des actes de commerce – libre à l'égard des commerçants –, elle se révèle en pratique illusoire, tant l'écrit s'est imposé en droit commercial²⁴. Et l'on peut se demander ce qui justifie aujourd'hui encore la présomption traditionnelle de solidarité à l'égard des seuls débiteurs d'actes de commerce. En métropole, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 a accentué ce rapprochement, en autorisant dans les contrats civils des mesures jusqu'à présent réservées aux contrats commerciaux, comme la réfaction²⁵, ou le remplacement sans intervention du juge²⁶.

Cette uniformisation du droit applicable aux professionnels traduit une réalité. Les raisons qui ont conduit à réserver un régime dérogatoire aux

¹⁹ En métropole, des dispositions spéciales prévoient un statut de conjoint-collaborateur pour les agriculteurs (v. art. L. 321-1 et s. du Code rural). Mais ces dispositions ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie (v. art. L. 328-5 et s. C. rural, dans leur rédaction antérieure à l'ordonnance n° 2016-391 du 31 mars 2016 recodifiant les dispositions relatives à l'outre-mer du code rural et de la pêche maritime).

²⁰ V. art. L. 110-4 C. com., qui prévoit une prescription de cinq ans, comme le fait l'article 2224 du Code civil. Des prescriptions spécifiques demeurent, mais elles sont propres à certaines professions ou opérations, et non générales à l'ensemble des commerçants et activités commerciales.

²¹ Le droit civil s'est aligné sur le droit commercial, en acceptant la mise en demeure par acte « portant une interpellation suffisante », ce qui inclut une lettre missive (v. art. 1344 C. civ.).

²² V. art. L. 313-2 alinéa 1^{er} du Code monétaire et financier, qui prévoit un taux d'intérêt légal « en toute matière ». Cependant, l'alinéa 2 de ce texte prévoit un taux particulier applicable lorsque le créancier est une personne physique n'agissant pas pour des besoins professionnels. De plus, l'article L. 441-6 C. com. prévoit un taux spécial pour les intérêts moratoires des producteurs, prestataires de services, grossistes et importateurs, ce qui réintroduit également un taux spécifique. L'unification n'est donc pas totale.

²³ V. Cass. com. 22 juill. 1986, n° 85-13512, Bull. civ. IV, n° 180, p. 154, qui remet en cause la jurisprudence antérieure selon laquelle les règles du Code civil relatives à l'imputation des paiements ne s'appliquaient pas en matière commerciale.

²⁴ L. Godon, « La liberté de la preuve en droit commercial : une illusion ? », D. 2015, p. 2580.

²⁵ V. art. 1223 C. civ.

²⁶ V. art. 1222 C. civ.

commerçants sont aujourd'hui en grande partie dépassées, tant les entreprises, qu'elles soient commerciales, artisanales, agricoles ou libérales, répondent toutes à des besoins identiques de sécurité, d'efficacité et de célérité²⁷. Si des adaptations sont nécessaires, ce n'est le plus souvent pas en raison de la nature de l'activité, mais en fonction de la taille de l'entreprise. Le législateur tend d'ailleurs de plus en plus à adapter les règles applicables selon l'ampleur des entreprises, pour en particulier ne pas étouffer les petites entreprises par des exigences juridiques excessives.

L'uniformisation des statuts professionnels, déjà amorcée en métropole et en Nouvelle-Calédonie, semble donc souhaitable et doit être poursuivie. Dans quelle mesure, c'est ce qu'il convient désormais de préciser.

2) L'ampleur de l'uniformisation

Compétent depuis juillet 2013 en droit civil et en droit commercial, le législateur calédonien devrait poursuivre le mouvement d'uniformisation du droit applicable aux professionnels, pour aboutir à la construction d'un véritable droit de l'entreprise²⁸. Et la première action pourrait porter sur le statut de ces professionnels.

La mesure la plus radicale serait de supprimer les différentes catégories juridiques que sont les agriculteurs, les artisans, les commerçants et les professions libérales pour les réunir sous la seule expression d'entrepreneurs ou de professionnels.

Cependant, outre le fait que les personnes qui exercent ces professions sont attachées à ces titres, et que les chambres consulaires qui défendent les intérêts de certaines d'entre elles sont peu enclines à fusionner²⁹, des différences de régime restent justifiées. Ainsi, dans le monde agricole, les terres jouent un rôle essentiel, ce qui justifie des règles

²⁷ M. Cabrillac, « Vers la disparition du droit commercial ? », in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 329 et s., spéc. n° 12.

²⁸ J.-P. Marty, « La distinction du droit civil et du droit commercial, dans la législation contemporaine », *RTD com.* 1981, p. 681 ; B. Saintourens, « Des commerçants aux professionnels, de la justice commerciale à la justice économique », in *Bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 171 ; J. Calais-Auloy, « De la notion de commerçant à celle de professionnelle », in *Etudes Paul Didier, Economica*, 2008, p. 87 ; F.-X. Vincisini, *La commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité)*, préf. J. Mestre, PUAM, 1998 ; Adde : M. Cabrillac, « Vers la disparition du droit commercial ? », in *Ecrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, 1997, p. 329 et s., et spéc. p. 330-331 ; V. également, insistant sur le fait que le code de commerce ne vise pas que les commerçants, ni ne contient l'ensemble des règles applicables aux commerçants : D. Bureau et N. Molféssis, « Le nouveau code de commerce ? Une mystification », *D.* 2001, p. 361

²⁹ Un projet de loi visant à fusionner les chambres des métiers et les chambres du commerce et de l'industrie a été abandonné début 2018, face à la levée de boucliers qu'il avait suscitée.

spécifiques concernant les baux ruraux³⁰. De même, et la remarque vaut également de ce point de vue pour les professions libérales, certaines catégories d'entreprises exigent des formes sociétaires particulières, qui dérogent au droit commun des sociétés pour prendre en compte leurs spécificités. Il est donc opportun de continuer à distinguer les commerçants, les agriculteurs, et les professions libérales, ce d'autant plus qu'ils sont soumis à des régimes fiscaux et sociaux aux différences notables et justifiées.

La solution est moins certaine pour les artisans dont on peut se demander s'ils doivent aujourd'hui encore être distingués des commerçants. Certes l'activité artisanale, de par son caractère manuel et le nombre limité de salariés auxquels elle permet d'avoir recours, se distingue de l'activité commerciale³¹. Mais les règles juridiques, fiscales et sociales qui leurs sont applicables sont très proches³², et ce plus encore en métropole, puisque les tribunaux de commerce seront, au plus tard le 1^{er} janvier 2022, compétents pour les litiges entre artisans³³. L'enjeu est donc actuellement bien moins juridique que d'image, de sorte que l'on peut légitimement s'interroger sur l'opportunité de maintenir l'artisan en tant que catégorie juridique autonome.

Sous cette réserve, il semble que l'uniformisation ne doive pas conduire à la reconnaissance d'un statut unique – celui de professionnel – mais uniquement à rapprocher les règles qui leur sont applicables.

³⁰ On relèvera à ce propos qu'en Nouvelle-Calédonie, une loi du pays n° 2016-11 du 7 juillet 2016 a créé un Code Agricole et Pastoral de Nouvelle-Calédonie, lequel édicte des règles propres aux baux ruraux, (v. art. Lp. 400 et suivants de ce code).

³¹ Il existe plusieurs définitions des artisans. La définition dite « administrative » distingue les entreprises artisanales, qui doivent être immatriculées au répertoire des métiers, et les artisans à proprement parler, voire les maîtres artisans, qui sont les personnes physiques pouvant se prévaloir de ces titres (V. art. 1^{er}, 6 et 7 de la délibération du 22 juin 1983, complétée par l'arrêté n° 83-662/CG du 20 décembre 1983 dans sa version issue de l'arrêté n° 2010-2867/GNC du 24 août 2010. En métropole, v. art. 19 et s. de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996, qui reconnaît également l'existence « d'artisans d'art »). Il existe par ailleurs une définition « de droit privé » des artisans, qui permet d'exclure les règles de droit privé applicables aux commerçants (v. en dernier lieu Cass. com. 11 mars 2008, JCP E 2008, 2050, note C. Lebel ; D. 2008, AJ 980, obs. Chevrier; CCC 2008, n° 169, obs. M. Malaurie-Vignal, RJDA 2008, n° 743).

³² Sur les différences et les ressemblances entre les statuts de commerçants et d'artisans en métropole, v. notamment : J.-L. Puygauthier, « Le statut de l'artisan », JCP N 1997, p. 1213 et s., et p. 1249 et s. Adde : L. Casaux-Labrunée, « L'activité artisanale entre traditions et innovations », *in* Mélanges en l'honneur de Ph. le Tourneau, Dalloz, 2007, p. 183 et s., n° 7. Adde : A. Dejoie et F. Phan Thanh, « Définition et avenir du fonds artisanal », LPA 2009, n° 86, p. 15.

³³ V. loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016, qui modifie l'article L. 721-3 C. com., et entrera en vigueur à une date fixée par décret et au plus tard le 1^{er} janvier 2022. Sur cette évolution, v. B. Brignon, « J21, Sapin 2, LFR 2016 : vraies réformes pour le fonds de commerce ou simples réformattes ? », JCP E, 2017, n° 1151, spéc. n° 32 et s.

Pour commencer, il serait possible de prévoir que toute entreprise, quelle que soit sa nature, a l'obligation de s'immatriculer sur un registre unique, aux effets identiques. Actuellement, les commerçants doivent s'immatriculer au RCS, les artisans, au répertoire des métiers, et les agriculteurs, au registre de l'agriculture³⁴. Les professions libérales ne font l'objet d'aucune inscription sur un registre qui leur est propre. La portée de ces immatriculations n'est de plus pas la même. Pour les activités agricoles, elle conditionne l'octroi des aides publiques³⁵. Pour les activités artisanales, elle est nécessaire notamment pour obtenir le titre d'artisan ou de maître artisan³⁶ ou pour bénéficier du statut des baux commerciaux³⁷, et l'absence d'immatriculation est sanctionnée par une amende³⁸. Les conséquences de l'immatriculation au RCS sont autrement plus importantes, puisque le respect de cette formalité fait présumer la qualité de commerçant³⁹. Le défaut d'immatriculation interdit à l'inverse de se prévaloir de cette qualité, et donc de bénéficier des règles juridiques applicables aux commerçants⁴⁰. Ces variations selon la qualification de l'entrepreneur ne sont en rien justifiées. Soit l'immatriculation est une contrainte utile, et il faut la généraliser. Soit ce n'est pas le cas, et il faut la supprimer. La première option semble de loin préférable, ne serait-ce que parce qu'elle permet de s'assurer de l'adéquation entre la qualification juridique et l'activité exercée. Elle devrait conduire à la création d'un registre unique, comportant des sous-catégories pour distinguer les activités commerciales, libérales et agricoles⁴¹. Concernant les activités artisanales, pour tenir compte des

³⁴ V. Délibération n° 37/CP du 26 janvier 1996 modifiant la délibération modifiée n° 24/CP du 14 novembre 1988 relative au registre de l'agriculture (cette délibération de 1996 a en réalité remplacé celle de 1988, comme le précise expressément l'article 4 de la délibération n° 58/CP du 31 mai 1996 modifiant la délibération n° 37/CP du 26 janvier 1996 relative au registre de l'agriculture). En métropole, le registre agricole est régi par l'article L. 311-2 du Code rural, dont les modalités ont été précisées par un décret n° 2017-916 du 9 mai 2017, entré en vigueur le 1^{er} juillet 2018.

³⁵ V. article 13 de la délibération du 26 janvier 1996.

³⁶ V. article 6 de la délibération n° 564 du 22 juin 1983 relative au répertoire de métiers et au titre d'artisan et de maître artisan.

³⁷ V. article L. 145-1 C. com. Cette affirmation doit néanmoins être nuancée, au regard de la jurisprudence rendue à propos des commerçants. De fait, si la jurisprudence considère que la requalification d'un contrat (par exemple une convention d'occupation précaire) en un contrat de bail commercial suppose l'immatriculation au RCS (v. par ex. : Cass. 3^{ème} civ. 22 janvier 2014, n° 12-26.179 FS-PB, RJDA 7/14 n° 604 ; Cass. 3^{ème} civ. 9 juin 2016, n° 15-15.416 F-D), elle n'exige cette immatriculation que pour le droit au renouvellement lorsque le contrat a été dès l'origine qualifié de bail commercial par les parties (Cass. 3^{ème} civ., 1^{er} oct. 1997, Bull. civ. III, n° 179).

³⁸ V. article 27 de la délibération du 22 juin 1983.

³⁹ V. art. L. 123-7 C. com.

⁴⁰ V. art. L. 123-9 al. 1^{er} C. com. V. cependant concernant les nuances relatives à l'application du statut des baux commerciaux: supra, note n° 37.

⁴¹ Ce registre pourrait être tenu par la direction des affaires économiques, déjà responsable du registre du commerce et des sociétés.

remarques ci-dessus⁴², elles devraient apparaître comme une catégorie spécifique d'activités commerciales, permettant de se prévaloir du titre d'artisan ou de maître artisan, sans effet juridique autre que de permettre leur emploi en tant qu'enseigne ou à titre publicitaire. Dans tous les cas, l'immatriculation conditionnerait l'exercice de l'activité professionnelle, ce qui généraliserait la règle actuellement limitée aux seuls commerçants. L'incitation à s'immatriculer serait ainsi suffisamment forte pour qu'il ne soit pas nécessaire d'assortir cette obligation d'une sanction pénale. Enfin, cette centralisation sur un registre unique serait également l'occasion de repenser le rôle des chambres consulaires, pour mettre en place un véritable « guichet unique » des entreprises, seul interlocuteur des entrepreneurs souhaitant créer leur entreprise. En métropole, le processus d'unification est déjà lancé, puisque la loi PACTE du 22 mai 2019 a acté la création d'un guichet unique électronique, qui doit être effectif au plus tard le 1^{er} janvier 2023⁴³, et a autorisé le gouvernement à créer par ordonnance un registre général dématérialisé des entreprises⁴⁴.

L'uniformisation des règles applicables aux entrepreneurs pourrait également conduire à la consécration d'un tribunal « économique », compétent à l'égard de l'ensemble des professionnels⁴⁵. Le législateur en métropole s'est récemment engagé dans cette voie en étendant aux litiges entre artisans la compétence des tribunaux de commerce⁴⁶.

De même, les règles de comptabilité pourraient être unifiées. On sait qu'aujourd'hui les commerçants sont soumis à des obligations comptables bien plus exigeantes que les autres entrepreneurs⁴⁷. Mais il nous semble que cette « discrimination » n'est pas justifiée et qu'il serait opportun d'harmoniser les règles comptables, en prenant soin de prévoir des exigences plus réduites pour les entreprises de petite taille, ce que le législateur s'emploie à faire de plus en plus à propos des commerçants⁴⁸.

⁴² V. *supra*, p. 8.

⁴³ V. art. 1^{er} de la loi PACTE, qui prévoit la création d'un nouvel article L. 123-33 du Code de commerce.

⁴⁴ V. art. 2 de la loi PACTE. Le répertoire Sirene de l'INSEE ne sera toutefois pas concerné par cette unification.

⁴⁵ V. B. Saintourens, « Des commerçants aux professionnels, de la justice commerciale à la justice économique », in *Bicentenaire du Code de commerce*, Dalloz, 2007, p. 171. *Contra*, J. Calais-Auloy, « De la notion de commerçant à celle de professionnelle », in *Etudes de droit privé*, Mélanges offerts à Paul Didier, Economica, 2008, p. 81, spéc. p. 89.

⁴⁶ V. *supra*, p. 6.

⁴⁷ V. art. L. 123-12 à L. 123-28 C. com.

⁴⁸ V. par exemple l'article L. 123-28 du Code de commerce, qui dispense de l'obligation d'établir des comptes annuels les micro-entreprises au sens fiscal. Pour ces entreprises, un livre mentionnant chronologiquement le montant et l'origine des recettes suffit. La loi Pacte du 22 mai 2019 apporte également en métropole des simplifications pour les « moyennes entreprises » : v. art. L. 123-16 C. com.

Enfin, les règles de capacité pourraient également être harmonisées. Actuellement, seules les activités commerciales supposent une capacité spéciale – la capacité commerciale – pour être exercées⁴⁹. Là encore, rien ne semble justifier une telle différenciation, et l'on pourrait suggérer que les activités commerciales soient soumises aux mêmes règles de capacité que les autres activités professionnelles.

Outre ces uniformisations générales, il serait également possible d'unifier les règles applicables à certaines catégories d'entrepreneurs. On pourrait ainsi songer à étendre le statut des baux commerciaux aux professions libérales, pour les faire bénéficier du même statut protecteur que les commerçants et les artisans⁵⁰.

Cette convergence des règles applicables aux diverses professions indépendantes, sans les confondre toutes, simplifierait indéniablement le droit. Mais l'uniformisation devrait également avoir pour objet l'organisation patrimoniale de l'entrepreneur individuel.

B) L'uniformisation de l'organisation patrimoniale de l'entrepreneur individuel

Simplifier les structures juridiques des entreprises de Nouvelle-Calédonie pourrait également conduire à repenser l'organisation patrimoniale de l'entrepreneur individuel pour en harmoniser les règles. Quoique contesté, le fonds apparaît comme la structure idoine pour atteindre cet objectif. Il est en effet une technique efficace d'organisation du patrimoine (1), et pourrait à ce titre être l'instrument de la simplification de cette organisation (2).

1) Le fonds, une technique efficace d'organisation du patrimoine

Consacrer l'existence d'un fonds professionnel pourrait être perçu comme anachronique, à l'heure où l'existence du plus illustre des fonds, le fonds de commerce, est contestée⁵¹. On peut en effet lui reprocher sa trop forte originalité au regard des pratiques étrangères, et souligner que sa suppression serait un moyen radical d'emporter avec lui toutes les règles de forme et de fond qui encadrent les opérations dont il peut faire l'objet : vente, location-gérance, nantissement... Enfin, la récente création du statut

⁴⁹ V. art. L. 121-2 C. com., qui impose une autorisation spéciale pour qu'un mineur émancipé puisse être commerçant.

⁵⁰ V. art. L. 145-1 C. com. V., contestant l'opportunité d'une telle extension aux professions libérales du statut des baux commerciaux : Y. Mazan et R. Samson, « Le fonds libéral », in *Propriétés incorporelles*, 105^e Congrès des Notaires de France, Lille 17-20 mai 2009, spéc. n° 3155.

⁵¹ V. en particulier : J. Derruppé, « L'avenir du fonds de commerce et de la propriété commerciale », in *Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, PUF, éd. du JurisClasseur, 1999, p. 577 s.

d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée, qui consacre la possibilité de créer un patrimoine d'affectation, pose la question de l'opportunité de sa coexistence avec le fonds de commerce.

Pourtant, supprimer le fonds de commerce serait une erreur. D'une part, les analyses faites en droit comparé montrent que le fonds de commerce n'est pas une notion inconnue d'autres pays, et que ceux qui n'y ont pas recours tentent d'atteindre par d'autres biais les mêmes effets⁵². C'est que le fonds de commerce présente d'indéniables intérêts : il rend possible la cession globale de l'essentiel des éléments attractifs de la clientèle ; il permet de valoriser l'activité, au-delà de la valeur des seuls éléments composants le fonds ; il favorise l'obtention crédits grâce à son nantissement ; il assure l'autonomie professionnelle d'un époux commun en biens⁵³. D'autre part, le formalisme encadrant les opérations portant sur le fonds de commerce, s'il est jugé lourd par ses destinataires, permet de conjuguer divers intérêts : ceux des parties, des créanciers, du fisc.... Simplifier sans nuance en supprimant le fonds de commerce briserait les équilibres ainsi atteints⁵⁴.

Quant à l'éventualité de remplacer le fonds de commerce par le statut d'entrepreneur individuel à responsabilité limitée (EIRL), elle doit être écartée. La première raison est que l'application de ce statut en Nouvelle-Calédonie est discutée, faute de transposition du décret d'application⁵⁵. La

⁵² V. J.-B. Blaise et R. Desgorces, *Droit des affaires*, LGDJ, 9^{ème} éd., 2017, n° 444.

⁵³ Le fonds de commerce, s'il est un bien propre, va conférer cette qualité à tous les biens qui le composent, alors même que ces biens auraient été acquis à titre onéreux après le mariage.

⁵⁴ Les récentes hésitations du législateur en métropole à propos des publicités de la vente d'un fonds de commerce illustrent parfaitement qu'une simplification peut se révéler une fausse bonne idée. On rappellera ainsi que la loi Macron du 6 août 2015 a supprimé l'obligation de publier la cession du fonds dans un journal d'annonces légales. Seule l'exigence d'une publication au BODACC subsistait. Mais moins de quatre mois plus tard, face à la protestation des milieux professionnels, cette obligation a été réintroduite par une loi du 14 novembre 2016. Il faut néanmoins relever que la loi de simplification du droit des sociétés du 19 juillet 2019 a fortement simplifié le formalisme de la cession du fonds de commerce, puisque l'ensemble des mentions obligatoires prévues à l'article L. 141-1 du Code de commerce a été supprimé en même temps que ce texte.

⁵⁵ Cette exclusion n'est cependant pas certaine, dès lors qu'une loi, si elle est suffisamment précise, peut être appliquée avant même que le décret d'application dont elle prévoit l'existence ne soit adopté, voire en l'absence même de toute adoption de ce décret (v. S. Platon, « Règlements administratifs », *J.-Cl. Administratif*, fasc. 108-35, n° 109, citant CE, 17 févr. 1971, *min. Santé publ. et Séc. soc. et Union pharmaceutique stés mutualistes Haute-Garonne* : Rec. CE 1971, p. 133. V. également : Cass. 1^{ère} civ., 12 mai 2016, n° 15-12.120). Or force est d'admettre que la plupart des dispositions légales relatives aux EIRL sont suffisamment détaillées pour permettre le fonctionnement du statut d'EIRL, en l'absence des dispositions réglementaires. Par ailleurs, on pourrait justifier l'application dans son intégralité du statut d'EIRL en Nouvelle-Calédonie, en se fondant sur une circulaire du 21 avril 1988 qui précise l'applicabilité des textes dans les DOM TOM. Ce texte précise notamment, à la page 5457 du *JO* du 24 avril 1988, que « La mention expresse d'application d'un décret aux TOM ne s'impose véritablement que pour les décrets relevant

concurrence avec le fonds de commerce n'est donc peut-être que virtuelle. Mais cet état de fait n'interdit pas de se prononcer sur l'opportunité d'intégrer cet outils dans le corpus juridique applicable en Nouvelle-Calédonie⁵⁶. Cependant, l'exemple de la métropole, qui peut servir de laboratoire pour le droit calédonien, n'est pas en faveur de l'EIRL. De fait, l'utilité de ce statut, qui n'a pas remporté le succès escompté, reste à démontrer. Ses principales faiblesses tiennent à sa trop grande complexité et sa trop grande proximité avec l'autre technique de protection du patrimoine qu'est la société unipersonnelle et en particulier l'EURL. En métropole, la loi PACTE tente de remédier à ce manque d'intérêt, en imposant à tout entrepreneur personne physique de déclarer, lors de la création de l'entreprise, s'il souhaite exercer en tant qu'entrepreneur individuel ou sous le régime de l'EIRL⁵⁷. Il n'est pas certain que ces exigences, ainsi que les quelques autres améliorations apportées à ce régime⁵⁸, suffisent à inverser la tendance.

En comparaison, malgré les nombreuses règles qui l'encadrent, le fonds de commerce est un outils plus souple et mieux rodé d'organisation du patrimoine du commerçant. De plus, la cession d'un fonds de commerce présente l'avantage, contrairement à celle d'un patrimoine d'affectation, de ne pas transmettre – sauf rares exceptions – les dettes liées à l'activité⁵⁹. Enfin, si le fonds de commerce ne permet pas de protéger le patrimoine privé du commerçant, il reste possible d'avoir recours à une déclaration

du pouvoir réglementaire autonome ». A appliquer ce texte, le défaut de mention expresse d'application de la partie réglementaire du Code de commerce relative au statut d'EIRL n'empêcherait pas son application à la Nouvelle-Calédonie, dès lors que la partie législative a bien été transposée. Il est vrai cependant que l'article 6-2 de la loi organique de 1999, dans sa rédaction issue de la réforme du 3 août 2009, énonce : « Dans les matières qui relèvent de la compétence de l'État, sont applicables en Nouvelle-Calédonie les dispositions législatives et réglementaires qui comportent une mention expresse à cette fin ». Aucune distinction n'est faite selon la nature du règlement. Cependant, la ratio legis de ce texte ne se trouve-t-elle pas dans la circulaire du 24 avril 1988, dont la logique est évidente ? Lorsque le législateur français a étendu une loi à la Nouvelle-Calédonie, ne faut-il pas en déduire qu'il a nécessairement voulu lui étendre également les décrets d'application de cette loi ? A retenir ce raisonnement, il faudrait lire l'article 6-2, comme ne visant que les règlements autonomes. Tant la partie législative que la partie réglementaire du Code de commerce relatives à l'EIRL seraient donc applicables en Nouvelle-Calédonie.

⁵⁶ Désormais compétente en droit commercial, la Nouvelle-Calédonie pourrait rédiger la partie réglementaire du statut d'EIRL.

⁵⁷ V. art. L. 526-5-1 nouveau du Code de commerce.

⁵⁸ Par exemple, il n'est plus nécessaire, contrairement à ce qu'imposait la jurisprudence (Cass. com., 7 févr. 2018, n° 16-24.481), de déclarer l'affectation d'un minimum de biens dans le patrimoine professionnel lorsque cette affectation n'est pas rendue obligatoire par la loi (v. art. L. 526-8, I, al. 2 C. Com.).

⁵⁹ H. Lécuyer, « La spécificité traditionnelle du fonds de commerce et sa mise en concurrence contemporaine par des notions voisines », in Colloque « Le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir ! », Gaz. Pal. 4 juin 2009, n° 155, p. 7.

notariée d'insaisissabilité, qui protège la résidence principale et tout bien foncier bâti ou non bâti non affecté à un usage professionnel⁶⁰.

Par conséquent, malgré les critiques récurrentes dont il fait l'objet, le fonds de commerce se porte bien. Mieux encore, il conquiert peu à peu d'autres domaines, grâce aux consécutions successives des fonds artisanal, libéral, et agricole. Au point qu'il est tentant aujourd'hui de faire passer la simplification de l'organisation patrimoniale des entrepreneurs individuels par la consécution d'un fonds professionnel.

2) *Le fonds professionnel, instrument de la simplification*

La généralisation de l'existence d'un fonds pour l'ensemble des activités entrepreneuriales pourrait être un moyen de simplifier l'organisation patrimoniale de ces entreprises. Le pas à franchir est toutefois plus important en Nouvelle-Calédonie qu'en métropole. En effet, contrairement à la jurisprudence qui consacre l'existence d'un fonds libéral⁶¹, ni la loi du 5 juillet 1996 qui consacre l'existence du fonds artisanal, ni celle du 5 janvier 2006, qui crée le fonds agricole⁶² ne sont applicables en Nouvelle-Calédonie. On doit néanmoins relever que, s'agissant du fonds artisanal, le Code de commerce de Nouvelle-Calédonie y fait parfois référence⁶³, mais non sans ambiguïtés⁶⁴, ce qui rend incertain sa consécution.

Concrètement, réaliser l'harmonisation des différents fonds professionnels supposerait de franchir plusieurs étapes. Il faudrait d'abord reconnaître dans la loi l'existence des fonds libéral, artisanal et agricole. Ce dernier pourrait être consacré lors de la poursuite de la rédaction du Code agricole et pastoral de la Nouvelle-Calédonie⁶⁵.

Ensuite, il faudrait harmoniser les règles applicables à ces différents fonds professionnels. Une première option serait d'opérer, pour chaque fonds professionnel, un renvoi aux règles applicables au fonds de

⁶⁰ V. art. L. 526-1 C. com. La loi Macron du 6 août 2015, non applicable en Nouvelle-Calédonie, a rendu automatique l'insaisissabilité de la résidence principale.

⁶¹ Cass. 1^{ère} civ. 2 mai 2001, n° 99-11336, JCP G, II, 10062, note O. Barret.

⁶² V. art. L. 311-3 Code rural et de la pêche maritime.

⁶³ V. art. L. 145-1 C. com.

⁶⁴ L'article L. 144-1 évoque ainsi la location-gérance d'un « établissement commercial », et non d'un fonds artisanal. De même, l'article L. 125-5 du Code de commerce de commerce n'évoque pas un fonds artisanal, mais une « entreprise artisanale ».

⁶⁵ Il serait d'ailleurs opportun que la Nouvelle-Calédonie définisse les activités agricoles dans ce Code agricole et pastoral. En Nouvelle-Calédonie, une délibération du 9 octobre 2001 s'y était employée, mais uniquement pour l'application de la loi du pays n° 2000-006 du 15 janvier 2001 relative au salaire minimum garanti et au salaire minimum agricole garanti. Cette délibération du 9 octobre 2001 a de plus été annulée par le tribunal administratif de Nouvelle-Calédonie, par décision du 4 juillet 2002, de sorte que ne subsiste aucune définition légale de l'activité agricole (v. Cass. 3^{ème} civ. 8 février 2006 ; CA Nouméa, 19 juin 2014, décision n° 12-000491).

commerce, si possible sans dérogations. Une option plus audacieuse consacrerait l'existence d'un fonds professionnel, applicable à l'ensemble des professionnels. Faute d'existence d'un code des professionnels, ces règles unifiées pourraient remplacer, dans le Code de commerce, celles qui ne concernent pour l'instant que le fonds de commerce.

Une solution intermédiaire est cependant préférable. Au regard de ce qui a été dit plus haut, à l'exclusion de la catégorie des artisans, qui pourrait se fondre dans celle des commerçants⁶⁶, les différentes catégories juridiques de professionnels ne devraient pas être remises en cause. Il est donc logique que subsistent également des appellations différentes des fonds de chacun de ces professionnels. Mais, ces différents fonds pourraient être régis par des règles communes relatives aux « fonds professionnels », expression qui engloberait les différents fonds professionnels sans les remplacer.

Ces règles communes auraient pour première fonction d'encadrer la création du fonds. Celle-ci ne devrait pas dépendre d'une déclaration, comme c'est le cas actuellement en métropole pour le fonds agricole, ce qui explique d'ailleurs son peu de succès. Elle devrait résulter, comme pour les autres fonds, de sa date d'ouverture au public⁶⁷.

Le contenu des fonds professionnels devrait être précisé, en prenant pour base de réflexion les listes établies par la loi pour les fonds de commerce, artisanal et agricole⁶⁸, et par la jurisprudence pour le fonds libéral⁶⁹. Il faudrait à ce titre aboutir à un contenu adaptable à l'ensemble des activités professionnelles. A ce propos, le fait que certains éléments mentionnés – comme les stocks - n'aient pas vocation à s'appliquer à l'ensemble des fonds – un professionnel libéral ne constitue pas en général de stocks - ne doit pas être vu comme un inconvénient. C'est en effet déjà le

⁶⁶ Sur cette assimilation, v. *supra*, p. 8.

⁶⁷ V. Cass. 1^{ère} civ., 4 déc. 2013, n° 12-28.076, P, RTD com. 2014, p. 306, obs. B. Saintourens; JCP 2014, n° 668, note P. Simler; Defrénois 2014, p. 1193, note G. Champenois.

⁶⁸ La loi n'établit ces listes que pour déterminer l'étendue du privilège du vendeur (art. L. 141-5 C. com.) ou l'assiette du nantissement portant sur le fonds. Ainsi, selon l'article L. 142-2 C. com., font l'objet du nantissement « l'enseigne et le nom commercial, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les brevets d'invention, les licences, les marques, les dessins et modèles industriels, et généralement les droits de propriété intellectuelle qui y sont attachés ». Pour le fonds agricole, l'article L. 311-3 C. rural vise « le cheptel mort et vif, les stocks et, s'ils sont cessibles, les contrats et les droits incorporels servant à l'exploitation du fonds, ainsi que l'enseigne, le nom d'exploitation, les dénominations, la clientèle, les brevets et autres droits de propriété industrielle qui y sont attachés ». Enfin, l'article 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996 intègre dans l'assiette du nantissement « l'enseigne et le nom professionnel, le droit au bail, la clientèle et l'achalandage, le mobilier professionnel, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, les dessins et modèles ainsi que les autres droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique qui y sont attachés ».

⁶⁹ Cass. 1^{ère} civ. 2 mai 2001, n° 99-11336, JCP G, II, 10062, note O. Barret : cet arrêt inclut dans le fonds libéral la clientèle civile, les matériels et locaux professionnels.

cas pour le fonds de commerce, qui ne comporte pas nécessairement des stocks, une marque, un brevet..., bien que ces éléments soient envisagés par la loi⁷⁰. Autrement dit, la mention d'un élément dans la liste signifie seulement que si cet élément existe, il sera présumé faire partie du fonds. Mais elle ne présage pas nécessairement l'existence de cet élément dans tout type de fonds.

Si l'on envisage d'abord les éléments corporels, on trouvera l'outillage et le matériel – appelé cheptel mort dans le fonds agricole - et les marchandises, c'est-à-dire les stocks. Le « cheptel vif » devrait également être mentionné, essentiellement pour prendre en compte le fait que le fonds peut être agricole, mais également parce qu'il n'est pas exclu qu'un fonds d'une autre nature, et notamment un fonds de commerce, comporte des animaux. Nécessairement, la question de l'introduction des immeubles dans le fonds doit être posée, ce d'autant plus que le fonds peut être un fonds agricole, où les terres occupent sans conteste une place essentielle. Jusqu'à présent, le législateur s'est toujours refusé à intégrer l'immeuble dans le fonds, qu'il soit de commerce, artisanal ou agricole. Un arrêt a pu donner l'impression de retenir une solution différente pour le fonds libéral⁷¹, mais la prudence implique d'en retenir une interprétation plus conforme à l'exclusion classique des immeubles, en considérant qu'est en réalité visé le bail professionnel, lequel est en principe librement cessible⁷². Sur cette question, les débats sont nombreux et fréquents en métropole⁷³. Il en ressort que l'inclusion des immeubles, si elle semble aujourd'hui moins inconcevable qu'auparavant⁷⁴, n'en soulève pas moins encore des difficultés⁷⁵. Peut-être serait-il préférable de s'en tenir à la solution classique, quitte à prévoir une dérogation à l'article 524 du Code civil pour paralyser l'immobilisation par destination du matériel affecté au fonds, et ainsi assurer sa transmission avec le fonds lorsque l'immeuble n'est pas cédé en même temps⁷⁶. Mais il est vrai que, dans l'optique de la création d'un fonds commun à tous les professionnels, l'inclusion des immeubles

⁷⁰ V. art. L. 141-5 C. Com.

⁷¹ Cass. 1^{ère} civ. 2 mai 2001, préc.

⁷² Sur cette libre cessibilité, v. infra, p. 18.

⁷³ J. Foyer, « L'immeuble, le fonds de commerce et le fonds agricole », in *Études de droit privé*, Mél. Offerts à P. Didier, Economica, 2008, p. 161 ; B. Bouquet, « Repenser l'exclusion traditionnelle des immeubles », in *Colloque « Le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir ! »*, préc., p. 101 ; H. Lécuyer, « La spécificité traditionnelle du fonds de commerce et sa mise en concurrence contemporaine par des notions voisines », art. préc., p. 7 ; C. Favre, « Propos introductifs », in *Colloque « Le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir ! »*, préc., p. 90.

⁷⁴ H. Lécuyer, « La spécificité traditionnelle du fonds de commerce et sa mise en concurrence contemporaine par des notions voisines », art. préc., spéc. p. 7.

⁷⁵ B. Bouquet, art. préc. ; H. Lécuyer, art. préc.

⁷⁶ V. E. Clerget et C. Gasselín, « Le fonds agricole », in *Propriétés incorporelles*, 105^e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, spéc. n° 2113, p. 442.

reçoit un soutien supplémentaire du fait que seront également concernées les activités agricoles, pour lesquelles les terres jouent un rôle essentiel. Et l'on peut penser que l'utilité de donner un régime identique au fonds et aux immeubles dont serait propriétaire son exploitant l'emporte sur les indéniables difficultés techniques qui découleront de cette transformation d'un bien immobilier en un élément d'un bien mobilier incorporel⁷⁷.

Concernant les éléments incorporels, la référence à la clientèle devrait être écartée, alors même qu'elle figure actuellement dans toutes les listes légales ou jurisprudentielles du contenu des fonds professionnels⁷⁸. De fait, si son acception en tant que « valeur », et non uniquement en tant qu'ensemble de personnes, a permis d'en faire un bien inclus dans le fonds de commerce, cette inclusion est contestée⁷⁹. La plupart des auteurs, non sans nuances, y voient davantage la preuve de l'existence du fonds de commerce que l'un de ses éléments. La clientèle est d'ailleurs plus ou moins centrale selon que le fonds est commercial, artisanal, agricole ou libéral. En toute hypothèse, en cas de cession de ce fonds, le cédant, pour remplir son obligation de délivrance, devra avoir transmis les éléments du fonds qui permettent d'attirer la clientèle, et pris les engagements qui permettent d'assurer cette transmission, ce qui peut se traduire par l'engagement de présenter la clientèle à son successeur, et par une clause de non-concurrence venant compléter la garantie d'éviction.

Devraient en revanche figurer dans la liste des éléments incorporels des fonds professionnels l'enseigne et le « nom professionnel », expression employée par la Cour de cassation mais qui pourrait utilement englober celles de « nom commercial »⁸⁰ ou de « nom d'exploitation »⁸¹, utilisées respectivement pour le fonds de commerce et, en métropole, pour le fonds agricole. S'inspirant également de ce qui est prévu en métropole pour le fonds de commerce⁸² et le fonds artisanal⁸³, les droits de propriété industrielle, littéraire ou artistique devraient également être visés, ainsi que, de façon plus générale, comme c'est le cas pour le fonds agricole⁸⁴, les droits incorporels servant à l'exploitation du fonds. Pour plus de précision, les licences, mentionnées expressément pour le fonds de commerce⁸⁵, devraient également faire partie du contenu du fonds professionnel.

⁷⁷ V. J. Foyer, « L'immeuble, le fonds de commerce et le fonds agricole », art. préc.

⁷⁸ V. *supra*, note n° 68.

⁷⁹ V. J. Derruppé et T. de Ravel d'Esclapon, Rép. Dalloz Commercial, v° Fonds de commerce, n° 34 et s.

⁸⁰ V. art. L. 142-2 C. com.

⁸¹ V. art. L. 311-3 C. rur.

⁸² V. art. L. 142-2 C. com.

⁸³ V. art. 22 Loi 5 juill. 1996.

⁸⁴ V. art. L. 311-3 C. rur.

⁸⁵ V. art. L. 142-2 C. com.

Quant au droit au bail, son introduction au sein du fonds professionnel est plus problématique. Il fait sans conteste partie du fonds de commerce, ainsi que du fonds artisanal dans la mesure où l'artisan bénéficie également du statut des baux commerciaux⁸⁶, lequel prévoit que le bail est – de façon impérative – cessible en même temps que le fonds de commerce⁸⁷. En revanche, les baux ruraux ne sont en principe cessibles qu'au profit des conjoints, partenaires et descendants⁸⁸. Une clause peut être prévue pour étendre la cessibilité à d'autres personnes, mais il s'agira alors d'un bail cessible hors cadre familial, qui doit impérativement être conclu en la forme authentique et conduit à l'application de règles originales, notamment concernant la durée du bail⁸⁹. Dans tous les cas où le bail rural n'est pas cessible, l'existence même du fonds agricole devient douteuse, faute de droit particulier sur les terres exploitées. La difficulté se pose dans une moindre mesure pour les fonds libéraux. Sauf en cas d'option pour le statut des baux commerciaux, les professions libérales ne disposent pas d'un statut des baux particulièrement protecteur⁹⁰. Le bail conclu sera néanmoins cessible, sauf clause contraire, pour les baux professionnels⁹¹, et avec autorisation expresse du bailleur pour les baux mixtes d'habitation et professionnel⁹². Pour prendre en compte ces particularités, il faudrait préciser que seuls les baux cessibles font partie du fonds professionnel.

La question doit également être posée de l'intégration dans le fonds professionnel des obligations, des créances et des contrats⁹³. Traditionnellement considéré comme une universalité de fait, le fonds de commerce ne comporte ni les unes⁹⁴ ni les autres⁹⁵, sauf rares exceptions⁹⁶.

⁸⁶ V. art. L. 145-1 C. com.

⁸⁷ V. art. L. 145-16 C. com.

⁸⁸ L'article Lp. 421 du Code agricole et pastoral.

⁸⁹ V. art. Lp. 472 et s. du Code agricole et pastoral.

⁹⁰ En métropole, les baux à usage exclusivement professionnels sont soumis à l'article 57 A de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, inséré par la loi n° 89-426 du 6 juillet 1989. Cet article ne prévoit pas de droit de céder le bail professionnel. Il n'est de plus pas applicable en Nouvelle-Calédonie. En effet, la loi n°2012-1270 du 20 novembre 2012, qui étend la loi du 6 juillet 1989 à la Nouvelle-Calédonie, ne vise pas l'article qui introduit l'article 57 A dans la loi du 23 décembre 1986.

⁹¹ Pour les baux professionnels, on applique le droit commun du bail, et donc l'article 1717 du Code civil qui autorise en principe la cession du bail.

⁹² L'article 8 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 (loi en partie étendue à la Nouvelle-Calédonie par l'article 34 de la loi n° 2012-1270 du 20 novembre 2012) impose en effet l'accord écrit du bailleur pour toute cession.

⁹³ M.-E. Pancrazi, « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et obligations », in Colloque « Le fonds de commerce : un centenaire à rajeunir ! », préc., p. 93 ; J. Monéger, « Émergence et évolution de la notion de fonds de commerce », AJDI 2001, p. 1092 s. ; J. Derruppé, art. préc.

⁹⁴ Cass. civ., 12 janvier 1937, DH 1937, p. 99.

⁹⁵ Cass. com., 24 juin 1997, n° 94-16.929, RJDA, 1997, n° 1334 ; Defrénois 1998, p. 345, note D. Mazeaud ; Cass. com., 3 octobre 2006, n° 04-17.628.

Pour ce qui est des obligations, leur exclusion est opportune, dans la mesure où un avantage du fonds professionnel est précisément de permettre de transmettre une activité sans ses dettes. Mais pour ce qui est des créances et des contrats, des voix se sont faites entendre pour atténuer voire remettre en cause leur exclusion du fonds⁹⁷. Et l'article L. 311-3 du Code rural, intégré au fonds rural, « s'ils sont cessibles, les contrats et les droits incorporels servant à l'exploitation du fonds ». Ce texte, non applicable en Nouvelle-Calédonie, pourrait utilement servir de modèle pour déterminer le contenu du fonds professionnel. Pourraient ainsi être inclus dans le fonds les droits incorporels et les contrats essentiels pour l'activité de l'entreprise, tels que les contrats de concession ou de franchise. La référence aux droits incorporels permettrait d'inclure dans le fonds, non pas toute créance, mais uniquement les droits qui sont essentiels pour l'activité⁹⁸. En toute hypothèse, il faudrait que ces droits et contrats soient cessibles, pour pouvoir véritablement suivre le fonds professionnel et donc en être un élément. Cette exigence n'est cependant pas trop réductrice, même pour les contrats. En effet, on peut considérer qu'aujourd'hui, sauf à être expressément déclaré incessible par une clause du contrat⁹⁹ ou par la loi¹⁰⁰, tout contrat est en principe cessible, qu'il soit ou non conclu intuitu personae, à condition toutefois, selon la jurisprudence¹⁰¹ et désormais selon la loi en métropole¹⁰², d'obtenir le consentement¹⁰³ du cocontractant cédé. L'appartenance du contrat au fonds professionnel sera donc plus ou moins assurée, selon que le cédé a ou non déjà autorisé la cession dans le contrat. Dans le premier cas, on peut considérer que le cédé a donné son accord par avance. Le contrat est sans conteste un élément du fonds. Dans le second cas, cet accord devra être donné au moment de la cession du contrat en même temps que le fonds. Il y a un risque que cet accord soit refusé, ce qui fait douter d'un lien véritable entre le contrat et le fonds. Ce lien n'est cependant pas inexistant, car le propriétaire du fonds qui souhaite céder en même temps un contrat pourrait passer outre le refus de son cocontractant en

⁹⁶ En particulier, le contrat de bail commercial (art. L. 145-16 C. com.) et les contrats de travail (v. art. Lp. 121-3 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie) sont transmis à l'acquéreur d'un fonds de commerce.

⁹⁷ M.-E. Pancrazi, « Repenser l'exclusion traditionnelle des contrats et obligations », art. préc.

⁹⁸ En métropole, sont par exemples concernés les « droits à paiement unique », qui sont une subvention européenne visant à assurer un complément de revenu aux agriculteurs.

⁹⁹ Encore que cette incessibilité contractuelle puisse sans doute être écartée par d'un commun accord des parties, qui s'analyserait comme une volonté de modifier le contrat.

¹⁰⁰ V. par exemple les baux ruraux de droit commun.

¹⁰¹ V. ainsi, Cass. com., 6 mai 1997, Bull. civ. IV, n° 117, D. 1997, p. 588 (1^{ère} espèce), note M. Billiau et C. Jamin.

¹⁰² V. l'article 1216 du Code civil, dans sa rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016, non applicable en Nouvelle-Calédonie.

¹⁰³ Expression qui peut être indifféremment remplacée par celle d'accord ou d'agrément.

cas d'abus¹⁰⁴, ce qui pourrait être le cas lorsque le cessionnaire pressenti présente les mêmes garanties que le cédant. La jurisprudence sanctionne d'ailleurs un refus d'agrément abusif en cas de cession d'un bail commercial ou d'un contrat de concession¹⁰⁵. L'inscription dans le fonds professionnel des contrats essentiels pour l'entreprise pourrait d'ailleurs inciter les juges à plus facilement reconnaître l'abus, en remettant en cause l'idée actuelle selon laquelle « le refus d'agrément est a priori légitime »¹⁰⁶. Pour d'avantage assurer la transmission des contrats essentiels pour l'entreprise, et leur lien avec le fonds, il serait possible de prévoir qu'ils sont en principe cessibles, sauf motif légitime du cocontractant cédé. On réaliserait ainsi un compromis entre la protection du cocontractant cédé, et celle du cessionnaire.

Enfin, élaborer un droit commun du fonds supposerait de prendre en compte le développement de l'internet, qui a conduit à l'émergence d'un fonds « électronique »¹⁰⁷. Cette nouvelle réalité incite à intégrer dans le fonds professionnel le nom de domaine, essentiel pour tout commerce en ligne, étant précisé que l'intégration des contrats dans le fonds professionnel, suggérée ci-dessus, permettra d'assurer la transmission à l'acquéreur du fonds de contrats essentiels tels que le contrat d'hébergement du site de l'entrepreneur.

¹⁰⁴ Solution déjà appliquée par la jurisprudence lorsqu'une clause d'un bail commercial subordonne sa cession en même temps que celle du fonds de commerce à l'agrément du bailleur : Cass. com., 15 mars 1965, Bull. civ. III, n° 192 ; Cass. 3^{ème} civ., 23 février 1977, Bull. civ. III, n° 95. V. également pour les concédants : Cass. com., 2 juillet 2002, JCP 2003, II, 10023, note D. Mainguy ; D. 2003, jur. p. 93, note D. Mazeaud ; RTD civ. 2002, p. 811, obs. J. Mestre et B. Fages, p. 495, obs. J.-P. Chazal et Y. Reinhard.

¹⁰⁵ Cass. com., 3 nov. 2004, n° 02-17.919, RDC 2005, p. 288, obs. P. Stoffel-Munck ; Cass. com., 23 sept. 2014, JCP E 2014, 1624, note A. Bories ; Contrats, conc. consom. 2015, comm. 6, obs. M. Malaurie-Vignal. Un auteur fait par ailleurs remarquer avec justesse qu'en matière de distribution sélective, la jurisprudence selon laquelle l'initiateur du réseau doit agréer les distributeurs qui satisfont les critères posés par la loi (Cass. com., 27 avril 1993, Bull. civ. IV, n° 159, RTD civ. 1994, p. 351, obs. J. Mestre) pourrait conduire à l'obliger à accepter ce candidat lorsqu'il est le cessionnaire du contrat de distribution (v. M. Pancrazi, art. préc.).

¹⁰⁶ V. A. Reygrobellet, Dalloz Action, Le fonds de commerce, n° 13.151. Pour un exemple de l'acceptation stricte de l'abus, v. Com. 5 oct. 2004, n° 02-17.338, Bull. civ. IV, n° 181 ; CCC 2005. Comm. 1, note L. Leveneur ; D. 2005. Somm. 2844, obs. B. Fauvarque-Cosson ; D. 2006. Somm. 512, obs. D. Ferrier ; RTD civ. 2005. 127, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2005. 407, obs. B. Bouloc ; JCP E 2005. II. 622, note Chagny ; RDC 2005. 288, obs. P. Stoffel-Munck ; RDC 2005. 384, obs. Béhar-Touchais ; RLDC janv. 2005. 5, note D. Mainguy et Respaud.

¹⁰⁷ V. notamment O. Savary et E. Dubuisson, « Les fonds du XXI^e siècle », in Propriétés incorporelles, 105^e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 4178 et s ; Th. Verbiest, « Le fonds de commerce électronique : vers une reconnaissance juridique ? », Comm. com. électr. 2008, étude 10 ; R. Desgorges, « Notion de fonds de commerce et Internet », Comm. com. électr. 2000, comm. 6 ; D. Ferrier, « La distribution sur l'internet », Cah. dr. entr. 2000, p. 12.

Ce fonds, dont le contenu pourrait ainsi être défini, sera susceptible de faire l'objet de toutes les opérations qui peuvent porter sur le fonds de commerce, et qui jusqu'à présent ne sont qu'en partie transposées aux autres fonds : vente, location-gérance¹⁰⁸, nantissement¹⁰⁹ et apport en société. La réglementation de ces opérations prévue pour le fonds de commerce sera également intégralement transposée aux autres fonds¹¹⁰.

Pour les professionnels qui jusqu'à présent n'étaient pas concernés par les règles relatives au fonds de commerce, cette évolution pourrait être vécue comme une complexification de leur activité. Pour limiter cette impression, les règles applicables au fonds de commerce devraient être modifiées, non seulement pour les rendre compatibles avec l'ensemble des fonds professionnels, mais également pour être modernisées et simplifiées. A ce titre, on s'inspirerait utilement des réformes adoptées en métropole, et en particulier de la loi Macron du 6 août 2015. Cette loi a notamment supprimé la surenchère du 6^{ème}, aussi complexe qu'inutilisée en pratique. Elle a également autorisé les créanciers à faire opposition au paiement du prix de cession du fonds par simple lettre recommandée, alors qu'un acte extra-judiciaire était auparavant requis¹¹¹. Par ailleurs, s'inspirant des propositions faites lors du 105^{ème} congrès des notaires, les règles relatives au privilège du vendeur pourraient être simplifiées, en supprimant la division entre les éléments corporels et incorporels¹¹². Enfin, la loi de simplification du 19 juillet 2019 pourrait également servir de modèle, puisqu'elle a supprimé les mentions obligatoires prévues à l'article L. 141-1 du Code de commerce en cas de cession du fonds de commerce, dont l'utilité était contestée.

¹⁰⁸ Pour le fonds artisanal, l'article L. 144-1 C. com. lui applique déjà les règles applicables au fonds de commerce artisanal. Pour le fonds agricole, un problème particulier peut se poser lorsque le bail rural n'est pas un bail cessible, car dans ce cas, la location-gérance du fonds, qui permet une mise à disposition des terres, pourrait être vue comme un contournement illicite de l'interdiction de céder le bail (v. J. Foyer, « Exploitation agricole et entreprise agricole : du droit rural au droit commercial », in le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire, Dalloz 2007, p. 271, spéc. p. 284. Mais cet obstacle disparaît si la loi reconnaît expressément la validité de la location-gérance pour tout fonds professionnel, y compris le fonds agricole. V. en faveur de cette consécration légale : E. Clerget et C. Gasselien, « Le fonds agricole », in Propriétés incorporelles, 105e Congrès des Notaires de France, *op. cit.*, n° 2157.

¹⁰⁹ En métropole, le nantissement du fonds artisanal est déjà en grande partie le décalque du nantissement du fonds de commerce (v. art. 22 de la loi n° 96-603 du 5 juillet 1996).

¹¹⁰ En métropole, cette harmonisation serait opportune, en particulier pour le fonds artisanal. Actuellement, le renvoi au régime du fonds de commerce n'est prévu que pour sa location-gérance (art. L. 144-1 C. com.) et son nantissement (art. 22 L. 5 juill. 1996), mais non pour sa cession, ce qui n'est pas très cohérent.

¹¹¹ V. art. 107 de la loi du 6 août 2015, qui modifie l'article L. 141-14 du Code de commerce.

¹¹² O. Savary et E. Dubuisson, « Les fonds du XXIe siècle », art. préc., n° 4349. Ces auteurs proposent également des simplifications concernant le nantissement : v. n° 4354.

Adopter ces préconisations serait un moyen de simplifier les structures juridiques des entreprises individuelles. Mais ces structures individuelles ne sont de loin pas les seules à servir de cadre juridique aux activités professionnelles. Elles sont fortement concurrencées par les sociétés, pour lesquelles une simplification peut également être proposée.

II. LA SIMPLIFICATION DES STRUCTURES SOCIÉTAIRES

Dès lors que l'entreprise est organisée sous forme de société, elle a naturellement vocation à se complexifier, puisqu'elle est régie par l'ensemble des règles qui organisent le fonctionnement des sociétés. En métropole, des mesures de simplification sont régulièrement adoptées pour limiter cette complexité. Pour s'en tenir à leurs dernières expressions, on relèvera la possibilité pour une SA de réunir ses assemblées générales de façon uniquement virtuelle¹¹³, la réduction à deux – et non plus sept – du nombre minimum d'actionnaires dans les SA non cotées¹¹⁴, la suppression de l'exigence d'unanimité pour introduire ou modifier des clauses d'agrément dans les SAS¹¹⁵, l'opposabilité aux tiers des cessions de parts sociales par la publication des statuts modifiés, et non plus de l'acte de cession lui-même¹¹⁶, voire encore la suppression du rapport de gestion pour les sociétés qui répondant à la définition des petites entreprises¹¹⁷. Le législateur calédonien pourrait également s'inspirer des mesures de simplification et d'harmonisation des règles relatives aux commissaires aux comptes réalisées par la loi PACTE du 22 mai 2019 et par la loi de simplification du 19 juillet 2019¹¹⁸.

Il serait cependant trop fastidieux de reprendre l'ensemble du droit des sociétés pour évoquer les différents moyens de le simplifier, et l'on se limitera à deux propositions : d'une part, réduire le nombre de formes sociales (A); d'autre part, simplifier le fonctionnement des sociétés unipersonnelles (B).

¹¹³ V. Ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017, art. 3, qui crée l'article L. 225-103-1 C. com.

¹¹⁴ V. Ordonnance n°2015-1127 du 10 septembre 2015, art. 1, qui modifie l'article L. 225-1 C. com.

¹¹⁵ V. Ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017, art. 5, qui modifie l'article L. 227-19 C. com.

¹¹⁶ V. Ordonnance n° 2014-863 du 31 juillet 2014, art. 2, qui modifie l'article L. 221-14 C. com. La publication de l'acte de cession lui-même est néanmoins possible, à certaines conditions, pour pallier l'inaction du gérant (v. art. R. 221-9 C. com.).

¹¹⁷ V. loi n° 2018-727 du 10 août 2018, qui modifie l'article L. 232-1 du Code de commerce.

¹¹⁸ Sur ces évolutions, v. J.-M. Moulin, « La réforme du commissariat aux comptes par les lois Pacte et Soulihi », *Gaz. Pal.* 2019, n° 32, p. 63.

A. La réduction du nombre de formes sociales

La Nouvelle-Calédonie, de par son rattachement à la France, hérite d'un très grand nombre de sociétés : sociétés civiles, sociétés en nom collectif (SNC), sociétés à responsabilité limitée (SARL), sociétés anonymes (SA), sociétés par actions simplifiées (SAS), mais également sociétés en commandite simple (SCS) ou par actions (SCA), sociétés civiles de moyens (SCM), sociétés civiles professionnelles (SCP), sociétés d'exercice libéral (SEL), sociétés coopératives, exploitation agricoles à responsabilité limitée (EARL), groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC), groupement foncier agricole (GFA), etc... En métropole, l'opportunité d'un choix si vaste peut être questionnée¹¹⁹. En Nouvelle-Calédonie, cette prolifération de types de sociétés frôle le ridicule. Les données statistiques les plus récentes de l'ISEE¹²⁰ révèlent qu'en juin 2019, on comptabilise 9904 SARL (dont 711 SELARL et 1 EARL), 9537 sociétés civiles (dont 6950 sociétés civiles immobilières, 75 SCM, 19 SCP et 522 sociétés civiles d'exploitation agricole), 160 sociétés anonymes à conseil d'administration, 589 SAS et 169 SNC. On ne dénombre aucune société en commandite, aucune société anonyme avec directoire, aucun GFA, ni aucun GAEC. Au final, ce sont tout au plus 20 000 sociétés que compte la Nouvelle-Calédonie, dont près de la moitié sont des SARL. Ce chiffre est peu élevé, si on le compare aux plus de 2 millions de sociétés immatriculées en France. La comparaison conduit à s'interroger sur la pertinence d'une telle accumulation de formes pour si peu de sociétés en Nouvelle-Calédonie.

En faveur de la multiplicité, on pourrait avancer qu'il est opportun d'offrir un choix très varié de formes juridiques pour s'adapter aux besoins de chacun. On pourrait également arguer de ce que la plupart de ces sociétés existent en Nouvelle-Calédonie, que leur régime est de mieux en mieux délimité, et que les professionnels du droit, et les professionnels de façon plus générale, en ont une connaissance relativement précise.

Mais les inconvénients de ce choix multiple paraissent l'emporter sur ses avantages. Car la complexité générée par ce cumul de formes de sociétés a des effets en cascade, avec des répercussions non seulement en droit des sociétés, mais également en droit fiscal, en droit social, en droit des régimes matrimoniaux, qui prévoient des règles qui varient selon le type de sociétés. Le jurisprudence métropolitaine permet parfois de répondre aux questions relatives à chacune de ces formes de sociétés, dans ces différents domaines

¹¹⁹ D. Bureau, « L'altération des types sociétaires », in *Etudes de droit privé*, Mél. Offerts à Paul Didier, Economica, 2008, p. 57.

¹²⁰ V. le tableau générateur de données statistiques proposé par le site de l'ISEE, en sélectionnant le critère « forme juridique » : <http://xt.isee.nc/xtc/xtc2.php>

du droit, mais le « décrochage »¹²¹ du droit calédonien, en s'accroissant, rend ce palliatif de moins en moins efficace.

Autant de raisons qui militent en faveur d'une réduction du nombre de formes de sociétés en Nouvelle-Calédonie. Pour les sociétés classiques que sont les sociétés de forme commerciale, un toilettage pourrait être fait au sein du code de commerce de la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, ce code pourrait faire l'économie des sociétés en commandite, en totale désuétude et qui ne présentent de véritable intérêt que pour les sociétés cotées - absentes en Nouvelle-Calédonie - comme moyen de défense contre les OPA hostiles. Pour la même raison, les dispositions relatives aux sociétés anonymes pourraient être épurées de celles relatives au fonctionnement avec directoire et conseil de surveillance, et auxquelles les sociétés de Nouvelle-Calédonie ne semblent pas avoir recours. À l'inverse, il ne serait pas opportun de remettre en cause l'existence des sociétés anonymes avec conseil d'administration. Certes, cette forme de société est assez peu utilisée en pratique, mais elle est adaptée pour les entreprises les plus importantes¹²². Elle est de plus la forme adoptée par les sociétés d'économie mixte, dont le rôle est très important en Nouvelle-Calédonie. Enfin, cette forme de société a une vertu pédagogique, car elle offre un exemple très détaillé de « prêt-à-organiser », dont peuvent s'inspirer les sociétés moins encadrées légalement, et en particulier les SAS. Cette remarque ne devrait cependant pas dispenser d'une analyse plus fine des règles applicables aux SA, pour écarter celles qui n'ont pas d'utilité en Nouvelle-Calédonie. En particulier, les règles relatives aux valeurs mobilières sont sûrement trop détaillées au regard des besoins des sociétés calédoniennes. Une rationalisation de ces dispositions semble aussi concevable qu'opportune. Elle concernerait l'ensemble des sociétés par actions, y compris par conséquent les SAS. Cette autre forme de sociétés devrait d'ailleurs également être conservée, bien que peu représentée en Nouvelle-Calédonie, et concurrençant bien moins les SARL qu'en métropole¹²³. Son avantage « concurrentiel » est la liberté contractuelle qu'elle offre aux associés et qui la rend adaptable à leurs besoins spécifiques. On peut penser qu'à la longue, elle a vocation à connaître un succès grandissant. Quant à la SARL, on ne saurait l'écarter tant elle est encore plébiscitée en pratique.

¹²¹ Expression par laquelle on exprime le fait que le droit calédonien diffère de plus en plus du droit métropolitain, en raison du transfert de compétences de plus en plus nombreuses à la Nouvelle-Calédonie.

¹²² Elle a été adoptée notamment par la SA Le Froid, par la SLN (Société Le Nickel), par la BCI, et la société Koulnoue Village.

¹²³ Des sociétés bien connues, telles que la société Koniambo, ont néanmoins adopté la forme de SAS.

Reste le cas des SNC qui, comme en métropole, sont peu présentes en Nouvelle-Calédonie¹²⁴, puisqu'on n'en dénombre que 169 en juin 2019. En faveur de leur maintien, on pourrait considérer qu'elles permettent à des associés disposant de peu de fonds à apporter d'assurer une certaine crédibilité à leur entreprise. Mais cette motivation est rarement celle qui préside au choix d'une SNC, lequel s'explique en réalité par une volonté de ne pas avoir à publier ses comptes, et par des considérations fiscales. En effet, transparentes fiscalement, les SNC permettent de « faire remonter » les pertes au niveau de la société mère, et ainsi diminuer son résultat imposable. On pourrait penser que cette utilité est encore plus forte en Nouvelle-Calédonie, où le régime de l'intégration fiscale n'existe pas. Mais l'opportunité du maintien d'une forme sociale doit se faire au regard de ses mérites organisationnels, et non fiscaux. C'est pourquoi la Nouvelle-Calédonie devrait pouvoir faire l'économie des SNC¹²⁵. Si elle souhaite offrir aux groupes de sociétés la possibilité de réaliser une intégration fiscale, elle pourrait le faire directement, par une modification du Code des impôts de Nouvelle-Calédonie.

Au final, parmi les formes classiques de sociétés commerciales, on pourrait ne conserver que les SARL, les SAS et les SA avec conseil d'administration, tout en allégeant le régime applicable à ces dernières. Les sociétés civiles devraient également être conservées, car elles restent très prisées pour organiser le patrimoine des particuliers ou pour organiser des montages juridiques sur terres coutumières¹²⁶.

L'intervention du législateur calédonien pour rationaliser les formes sociétaires disponibles en Nouvelle-Calédonie devrait également porter sur les structures plus spécifiques, prévues pour les professions agricoles et libérales. Ce serait l'occasion de clarifier l'application de certaines d'entre elles sur ce territoire. Actuellement, il existe une incertitude concernant les sociétés destinées aux exploitations agricoles. Les dispositions légales du code rural relatives aux EARL, aux GFA et aux GAEC n'ont été transposées que par une ordonnance n° 2009-537 du 14 mai 2009 portant extension et adaptation de diverses dispositions de nature législative à Mayotte, dans les îles Wallis et Futuna, en Polynésie française, dans les Terres australes et antarctiques françaises et en Nouvelle-Calédonie. Or les articles introduits

¹²⁴ V. par exemple la société « Casinos de Nouméa ».

¹²⁵ En métropole, les SNC sont également utiles pour garantir certaines activités. En particulier, les débitants de tabacs ne peuvent s'associer que sous forme de SNC (v. art. 568 CGI), afin d'assurer à l'état le remboursement des taxes perçus pour son compte. La suppression de la SNC devrait entraîner une vérification des garanties apportées par les entreprises sous forme de SNC, et en particulier le Grand Casino de Nouméa, pour assurer le respect de ses obligations envers la Nouvelle-Calédonie.

¹²⁶ V. S. Gorohouna, « La réalisation des projets économiques sur terre coutumière et via les GDPL », in *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, *op. cit.*, p. 291, spéc. p. 293 et s.

dans le code rural, initialement articles L. 328-3, L. 328-5, L. 328-6 et L. 328-7, sont devenus les articles L. 373-2, L. 373-3, L. 373-4 et L. 373-5 à la suite de l'ordonnance n° 2012-789 du 31 mai 2012 portant extension et adaptation de certaines dispositions du code rural et de la pêche maritime et d'autres dispositions législatives à Mayotte¹²⁷. Les choses se sont complexifiées encore à la suite de l'ordonnance n° 2016-391 du 31 mars 2016 recodifiant les dispositions relatives à l'outre-mer du code rural et de la pêche maritime. Pour prendre en compte le fait que la Nouvelle-Calédonie est devenue, depuis juillet 2013, compétente en droit civil, et donc en droit rural, cette ordonnance a modifié les textes précités, lesquels mentionnent désormais que les dispositions relatives à ces sociétés ne sont pas applicables en Nouvelle-Calédonie. Une lecture rapide de ces nouvelles dispositions pourrait ainsi donner l'impression que ces groupements n'y sont plus applicables. Mais l'article 19 de cette ordonnance précise que les dispositions qui étendaient la possibilité de recourir à ces groupements demeurent en vigueur en Nouvelle-Calédonie, puisque seule cette dernière est compétente pour les modifier. C'est donc à la version consolidée du code rural d'avant cette ordonnance qu'il faut se référer pour connaître les règles législatives applicables en Nouvelle-Calédonie. Quant à la partie réglementaire relative à ces groupements, elle n'a été étendue à la Nouvelle-Calédonie que quatre ans après l'ordonnance de 2009, par un décret n° 2013-566 du 28 juin 2013 portant extension et adaptation à la Nouvelle-Calédonie de dispositions du code rural et de la pêche maritime (partie réglementaire) relatives aux formes juridiques de l'exploitation agricole¹²⁸. Mais ce décret ne vise que les GAEC et les EARL, à l'exception des GFA. Faute de décret d'application, et sauf à tenir le même raisonnement que pour le statut d'EIRL¹²⁹, on est donc conduit à considérer que ce dernier groupement ne peut pas être utilisé en Nouvelle-Calédonie. Il semble par conséquent que la Nouvelle-Calédonie a choisi de ne pas rendre applicable l'ensemble des formes disponibles, ce qui est opportun, mais ce qui aurait pu être fait avec d'avantage de clarté. Ce défaut de lisibilité explique sûrement en partie qu'en Nouvelle-Calédonie, les statistiques ne comptabilisent l'existence d'aucun GFA, d'aucun GAEC et d'une seule EARL¹³⁰. Les agriculteurs préfèrent avoir recours aux sociétés civiles agricoles, dont l'application en Nouvelle-Calédonie ne fait aucun doute, puisqu'elles sont régies par le code civil. Il serait pourtant opportun qu'ils

¹²⁷ V. art. 7, VIII, 2°. Contrairement à ce suggère son intitulé, cette ordonnance comporte également des dispositions qui intéressent la Nouvelle-Calédonie.

¹²⁸ Ce décret a été adopté juste avant l'entrée en vigueur de la loi du Pays de 2012 (1^{er} juillet 2013) et le transfert de compétence en matière de droit civil à la Nouvelle-Calédonie.

¹²⁹ V. *supra*, note n° 55.

¹³⁰ D'autres raisons expliquent cette situation. En particulier, concernant le GAEC, le gouvernement n'a pas adopté les textes nécessaires pour constituer la commission devant accorder l'agrément à ce groupement. Quant aux EARL, aucun texte ne leur permet, contrairement à la métropole, de les rendre transparentes fiscalement.

aient recours à l'EARL, qui leur permet de limiter leur responsabilité. Le GAEC ne semble en revanche pas une structure indispensable pour les agriculteurs calédoniens.

Quant aux professions libérales, elles peuvent théoriquement recourir à deux catégories de sociétés qui leurs sont spécifiquement dédiées pour exercer en commun leur profession : les sociétés civiles professionnelles, créées par une loi n° 66-879 du 29 novembre 1966 et les sociétés d'exercice libéral, créées par une loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990. Ces deux lois ont été transposées à la Nouvelle-Calédonie¹³¹. Mais cette transposition ne suffit pas, car leur application suppose l'édiction de décrets propres à chacune des professions concernées. Or, en Nouvelle-Calédonie, il est fréquent que selon la profession, les décrets ou les délibérations¹³² n'ont été adoptés que pour l'une ou l'autre de ces sociétés. Ainsi, les notaires¹³³, les huissiers¹³⁴ ou les architectes¹³⁵, ne peuvent se regrouper que sous forme de SCP. Et seules les SEL sont proposées aux médecins¹³⁶, pharmaciens d'officine¹³⁷ et avocats¹³⁸. Cette absence de choix

¹³¹ V. article 38 de la loi du 29 novembre 1966 et article 32 de la loi du 31 décembre 1990.

¹³² La compétence de l'État ou de la Nouvelle-Calédonie varie selon les professions en cause. Lorsque l'État est compétent, l'application des décrets d'application dépend de son extension à la Nouvelle-Calédonie. Lorsque la Nouvelle-Calédonie est compétente, ces précisions sont apportées par une délibération. Les justifications pour retenir la compétence de l'État ou de la Nouvelle-Calédonie sont difficiles à trouver, car les dispositions ont été adoptées de la fin des années 60 à la fin des années 90. Or au cours de cette période, la Nouvelle-Calédonie a connu de nombreuses évolutions de son statut, entraînant à chaque fois une redéfinition de ses pouvoirs. Le dernier statut en date, la loi organique du 19 mars 1999, donne compétence à la Nouvelle-Calédonie pour la réglementation des professions libérales et commerciales et des officiers publics ou ministériels (art. 21, I, 2° LO). Toutefois, seul l'état est compétent pour l'organisation de la profession d'avocats (art. 22, 15° LO). Mais ces dispositions autorisaient-elles vraiment la Nouvelle-Calédonie à édicter des règles concernant les sociétés auxquelles ces professions pouvaient avoir recours ? Le transfert de la compétence en droit civil et en droit commercial depuis juillet 2013 conforte certainement la compétence de la Nouvelle-Calédonie dans ces domaines.

¹³³ Délibération n° 271/CP du 22 octobre 1993, art. 92 et s. Le décret n° 93-78 du 13 janvier 1993 relatif aux SEL de notaires n'a pas été étendu à la Nouvelle-Calédonie. L'article 92 de la délibération de 1993 interdit d'ailleurs aux notaires de s'associer autrement que dans les conditions fixées par cette délibération.

¹³⁴ Délibération n° 33 du 24 août 1978, art. 61 et s. Le décret n° 92-1448 du 30 décembre 1992 relatif aux SEL d'huissiers n'a pas été étendu à la Nouvelle-Calédonie.

¹³⁵ Le décret du 28 décembre 1977, relatif aux SCP d'architectes n'a pas été étendu à la Nouvelle-Calédonie. Une délibération du 21 août 1997 (art. 8), autorise cependant les architectes à se regrouper au sein de SCP, sans préciser toutefois les modalités de fonctionnement de ces SCP. On peut par conséquent se demander si cette forme de société s'applique réellement en Nouvelle-Calédonie. Il est en revanche certain que les architectes ne peuvent pas constituer de SEL en Nouvelle-Calédonie, faute de délibération le prévoyant, et faute de transposition du décret n° 92-619 du 6 juillet 1992 relatif aux SEL d'architectes.

¹³⁶ Délibération n° 144/CP du 21 mars 1997 relative à l'exercice en commun de la profession de médecin sous forme de société d'exercice libéral. Le décret n° 77-636 du 14 juin 1977, relatif aux SCP de médecins, n'a pas été étendu à la Nouvelle-Calédonie. Sur le statut des médecins en Nouvelle-Calédonie, et les structures juridiques auxquelles ils

semble opportune. Au regard du nombre réduit de sociétés constituées par les professions libérales, il ne semble en effet pas utile de proposer deux sociétés spécialisées à chaque profession. Cependant, certaines professions conservent une option, comme par exemple les commissaires aux comptes¹³⁹ ou les administrateurs judiciaires et mandataires judiciaires¹⁴⁰. La simplification n'est donc que partielle. Il aurait par ailleurs été opportun de ne retenir en Nouvelle-Calédonie que l'une ou l'autre de ces formes de sociétés, là encore dans un souci de simplification. Le nombre très réduit de SCP – 19 au dernier recensement – donne des arguments pour que seules les SEL soient proposées aux professions libérales. De nature commerciale et non civile, elles présentent l'avantage de pouvoir être également proposées aux pharmaciens, dont l'activité est selon la jurisprudence de nature commerciale, ce qui les prive de la possibilité de recourir aux SCP. Elles offrent également aux praticiens la possibilité de limiter leur responsabilité. En toute hypothèse, une intervention du législateur calédonien serait utile pour indiquer plus clairement quelles sociétés peuvent être utilisées par chaque profession, car les textes actuels manquent de lisibilité.

Au-delà de cette préconisation radicale consistant à réduire le nombre de catégories de sociétés proposées en Nouvelle-Calédonie, il est également possible de suggérer quelques simplifications pour les sociétés unipersonnelles.

peuvent avoir recours, v. A. Leca et T. Granier, « Le médecin libéral », in *Le droit médical en Nouvelle-Calédonie*, coordonné par G. Agniel, A. Leca et G. Orfila, CDPNC, 2005, p. 165 et s.

¹³⁷ V. décret n° 92-909 du 28 août 1992, étendu aux TOM (ce qu'était à l'époque la Nouvelle-Calédonie) par son article 7, lequel modifie l'article 5090-12 (ancien) du Code de la santé publique. En Nouvelle-Calédonie comme en métropole, les pharmaciens d'officines, considérés comme des commerçants, ne peuvent pas constituer de SCP.

¹³⁸ V. décret n° 93-492 du 25 mars 1993, étendu aux TOM par son article 51. Le décret n° 92-680 du 20 juill. 1992 relatif aux SCP d'avocats n'a pas été étendu à la Nouvelle-Calédonie.

¹³⁹ V. art. R. 930-1 C. com., qui étend à la Nouvelle-Calédonie les dispositions réglementaires relatives aux commissaires aux comptes, et en particulier les articles R. 822-71 et s. C. com. (SCP de commissaires aux comptes), et les articles R. 822-97 et s. C. com. (SEL de commissaires aux comptes).

¹⁴⁰ V. art. 63 du décret n° 86-1176 du 5 novembre 1986 relatif aux SCP d'administrateurs judiciaires et de mandataires liquidateurs, dans sa rédaction issue du décret du 4 décembre 1991. V. art. 47 du décret n° 93-1112 du 20 septembre 1993. Ces décrets ont été abrogés lors de la codification de la partie réglementaire du code de commerce. Et l'article R. 930-1 de ce code n'étend pas à la Nouvelle-Calédonie les dispositions du Code qui reprennent le contenu de ces décrets, considérant certainement qu'elles ne relèvent plus de la compétence de l'état. A notre avis, cela ne remet pas en cause l'application de ces anciens décrets en Nouvelle-Calédonie, en application de l'article 222 de la loi organique de 1999, qui prévoit le maintien des anciennes dispositions applicables à la Nouvelle-Calédonie dans des domaines de compétences qui lui sont désormais confiés, et ce tant que la Nouvelle-Calédonie ne s'est pas saisi de cette compétence pour légiférer.

B. La simplification des sociétés unipersonnelles

La société unipersonnelle est un moyen pour un entrepreneur individuel de protéger son patrimoine, grâce à la création unilatérale d'une personne morale. Elle présente également le mérite, par rapport notamment à son concurrent qu'est l'EIRL¹⁴¹, de déjà exister en tant que société, ce qui limite les formalités à effectuer lorsque l'associé unique décide de s'associer avec d'autres personnes.

Mais au-delà de ces aspects juridiques, l'entrepreneur qui exerce une activité via une société unipersonnelle dont il a la direction est dans une situation perçue comme très proche de celle d'un entrepreneur individuel agissant directement en tant que commerçant, professionnel libéral, artisan ou commerçant.

Et l'on constate globalement que la tendance est de traiter autant que faire se peut l'entreprise sous forme de société unipersonnelle comme une entreprise individuelle. Un équilibre doit néanmoins être trouvé, pour prendre en compte l'existence d'une personne morale distincte de l'associé.

S'agissant des allègements susceptibles d'être proposés, on se contentera de puiser des idées dans les mesures de simplification qui ont été adoptées en métropole depuis que la Nouvelle-Calédonie est compétente en droit civil et en droit commercial.

En particulier, il serait utile de s'inspirer de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin 2 », pour dispenser l'apporteur d'un fonds de commerce à une société unipersonnelle d'indiquer dans l'acte d'apport les mentions obligatoires qui doivent en principe y figurer¹⁴². Ce formalisme, édicté en vue de protéger l'acquéreur d'un fonds de commerce, n'a en effet que très peu d'utilité dans cette hypothèse. Lorsque l'apporteur est l'associé unique, on peut en effet considérer que la société est au courant des informations qui pourraient figurer dans l'acte d'apport. Tout au plus pourrait-on limiter la simplification en l'excluant lorsque l'associé unique n'est pas le dirigeant de la société, car la présence des mentions obligatoires pourrait permettre à ce dirigeant de vérifier que la convention est bien conforme à l'intérêt de la société.

On sera plus critique avec une autre simplification apportée par la loi Sapin 2, qui dispense l'apport d'un fonds de commerce de toute publicité sur un « support »¹⁴³ d'annonce légal et au BODACC¹⁴⁴. L'opportunité de

¹⁴¹ V. *supra*, p. 12 et 13.

¹⁴² V. article L. 141-1 C. com. De façon plus radicale, il serait possible de supprimer ces mentions obligatoires y compris pour les cessions de fonds de commerce, ce qui est le cas en métropole depuis la loi de simplification du 19 juillet 2019.

¹⁴³ En métropole, depuis la loi 22 mai 2019, il est désormais précisé que la publication peut être faite sur tout « support » habilité à recevoir des annonces légales, et non plus

cette seconde simplification peut être discutée, car cette publicité a pour but d'informer les créanciers du changement de leur débiteur. Et la société, le plus souvent à risque limité, n'a pas le même patrimoine que l'apporteur, ce qui peut faire courir un risque aux créanciers. Faute de publicité, on ne voit pas comment pourrait s'appliquer l'article L. 141-22 du Code de commerce, qui prévoit que la société et l'apporteur sont solidairement tenus du paiement des dettes existant au jour de l'apport, à condition que le créancier ait fait une déclaration de la somme qui lui est due au greffe du tribunal de commerce dans un délai de 10 jours à compter des publicités légales. Sur ce point, l'absence de protection du créancier ne semble pas justifiée et la simplification n'est pas opportune.

Toujours concernant l'opération d'apport, la loi Sapin 2 a écarté l'exigence d'un recours à un commissaire aux apports lorsqu'une personne physique apporte à une société unipersonnelle un bien qui figurait dans le bilan du dernier exercice de l'activité professionnelle qu'il exerçait en nom propre avant la constitution de la société¹⁴⁵. Il serait opportun de faire également bénéficier les entreprises calédoniennes de cet allègement. Le contrôle d'un commissaire aux apports ne semble en effet pas indispensable, dans la mesure où les sanctions prévues en cas de comptabilité frauduleuse sont suffisamment dissuasives pour que l'on puisse donner foi en principe aux valeurs figurant au bilan.

Par ailleurs, mais la remarque dépasse les seules sociétés unipersonnelles pour englober également les entreprises individuelles, il serait utile de s'inspirer des lois récentes qui ont allégé les obligations comptables portant sur les entreprises de petites tailles, et qui leur permettent notamment d'établir des comptes annuels simplifiés¹⁴⁶ et de ne pas publier leurs comptes¹⁴⁷.

Enfin, il serait tout aussi opportun d'alléger la procédure des conventions réglementées dans les SAS, comme l'a fait l'ordonnance n° 2017-747 du 4 mai 2017 en métropole. Cette ordonnance étend aux SAS un assouplissement prévu depuis une loi du 31 décembre 1989 pour les EURL¹⁴⁸, en n'exigeant, pour conventions intervenues directement ou par personnes interposées entre la société et son dirigeant, son associé unique

uniquement dans un « journal d'annonces légales », ce qui permet – à certaines conditions – de réaliser une publication « en ligne ».

¹⁴⁴ Art. L. 141-21 C. com. Il faut à ce propos rappeler qu'en Nouvelle-Calédonie, la publicité au BODACC est remplacée par une publicité au Journal Officiel de la Nouvelle-Calédonie (*JONC*) : v. art. L. 930-2 C. com.

¹⁴⁵ V. art. L. 223-9 et L. 227-1 C. com.

¹⁴⁶ V. art. L. 123-16 et L. 123-16-1 C. com.

¹⁴⁷ V. art. L. 232-25 C. com.

¹⁴⁸ V. art. L. 223-19 C. com.

ou, s'il s'agit d'une société actionnaire, la société la contrôlant au sens de l'article L. 233-3, qu'une mention au registre des décisions¹⁴⁹.

¹⁴⁹ V. art. L. 227-10 C. com.

**IV – LE DROIT DE
L'ENVIRONNEMENT,
UNE PASSION MÉCONNUE**

L'Océan Pacifique, sujet de droit et souveraineté des États. Quelques réflexions¹

Par Victor David

Chargé de Recherche

IRD UMR GRED, Centre IRD de Nouméa

La reconnaissance de l'Océan Pacifique comme sujet de droit est un projet de recherche² qui n'aurait pas déplu au Professeur Guy Agniel. Fin connaisseur des systèmes juridiques et politiques des États et Territoires insulaires du Pacifique, enseignant les relations internationales en particulier dans le Pacifique, il s'était intéressé aux mécanismes de coopération régionale en matière d'environnement ou encore au droit international de l'environnement applicable en Nouvelle-Calédonie³. Il aurait certainement confirmé le lien étroit entre la reconnaissance de l'Océan Pacifique comme sujet de droit bénéficiant de protection accrue, la responsabilité des États insulaires riverains et la redéfinition de la coopération régionale nécessaire dans bien des domaines mais aussi seule garante sans doute des droits de l'Océan. C'est donc sous cet angle que nous aborderons le thème de la reconnaissance d'un élément de la nature, l'océan, comme sujet de droit.

En effet, nous n'aborderons pas ici en détail la possibilité (juridique) ou non, du pourquoi, de l'intérêt ou non ni des modalités techniques sous-jacentes, en général, de reconnaître la nature et l'Océan Pacifique en particulier comme une entité juridique dotée de droits propres.

D'une part, ce thème fait l'objet de débats doctrinaux depuis plusieurs années déjà entre les partisans des droits de la nature et ceux qui estiment soit que c'est inopérant, soit que la personnalité juridique de la nature n'améliorerait pas pour autant les mesures de conservation et de protection par rapport à l'arsenal juridique existant⁴. Si nous disposons en

¹ Cette contribution est une version raccourcie d'un article à paraître en anglais. Nous remercions la coordinatrice de l'ouvrage en hommage au Prof. Guy Agniel et le Directeur de la *RJPENC* de leur aimable accord pour l'utilisation de tout ou partie de ces réflexions.

² The Rights of the Pacific Ocean as a Legal Entity : A science based feasibility study. A Coluntary Commitment to the UN Ocean Conference, June 2017. #OceanAction 19759 <https://oceanconference.un.org/commitments/?id=19759>

³ Agniel Guy, « La gestion de l'environnement dans le Pacifique. Moyens et objectifs », *Journal de la Société des Océanistes*, 2008/1 (n° 126-127), p. 145-151. URL : <https://www.cairn.info/revue-journal-de-la-societe-des-oceanistes-2008-1-page-145.htm>;

Agniel Guy, La Nouvelle-Calédonie et l'élaboration du droit international. In: *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, 2007. Le droit de l'environnement en Nouvelle-Calédonie, états des lieux et perspectives. pp. 25-32. DOI : <https://doi.org/10.3406/rjenv.2007.4591>
www.persee.fr/doc/rjenv_0397-0299_2007_hos_32_1_4591

⁴ Voir par exemple des contributions récentes : Chapron Guillaume, Epstein Yaffa, López-Bao José Vicente, A rights revolution for nature : Introduction of legal rights for nature could protect natural systems from destruction. *Science* 363 (6434), 1392-1393. DOI:

effet aujourd'hui d'un riche encadrement juridique de la composante maritime de notre planète au niveau international et national, sans nous lancer dans l'analyse de l'efficacité de cet arsenal, si l'on s'en tient au dernier rapport de l'IPBES, nous rappellerons simplement la cohérence de considérer l'Océan Pacifique comme un sujet de droit par rapport au mouvement qui s'est manifesté ces dernières années aux quatre coins de la planète en faveur de la reconnaissance des droits de la nature.

D'autre part, il se trouve que le droit contemporain, en ce qui concerne l'Océan, fondé sur la souveraineté étatique et l'approche libérale de l'utilisation des ressources correspond peu – lorsque ce n'est pas lui-même qui a créé les problèmes - à la relation qu'entretenaient et entretiennent encore un certain nombre de sociétés traditionnelles avec la mer, ou à l'homogénéité du « droit coutumier » de la mer mis en place au fil des siècles notamment par les grandes puissances maritimes européennes. Le droit de la mer actuel ne semble guère mieux apporter des garanties contre les dangers de pollution, de surexploitation ou de modification des caractéristiques physicochimiques de l'océan⁵.

De manière intéressante, reconnaître l'océan comme entité juridique permettrait d'une part de retrouver une certaine unité et d'autre part de transformer la souveraineté étatique de source de « nationalisme maritime » en moteur d'une coopération régionale ou internationale en faveur de l'océan.

Nous évoquerons donc dans un premier temps la perte progressive à partir notamment du 20^{ème} siècle de l'unité de l'océan et sa décomposition spatiale et juridique (I). Nous aborderons ensuite une difficulté de taille à laquelle a déjà été confrontée depuis plus d'un demi-siècle la communauté internationale, un obstacle additionnel à surmonter que s'il s'agissait d'un élément naturel situé sur la terre ferme d'un État unique, voire même d'un État fédéré ; il s'agit de la souveraineté des États, élément de base du droit international, héritage de la conception westphalienne du partage du monde

10.1126/science.aav5601(originally published online March 14, 2019); Betaille Julien, Rights of Nature: Why it Might Not Save the Entire World.

Journal For European Environmental & Planning Law 16 (2019) 35-64. Koninklijke Brill Nv, Leiden, 2019 | doi:10.1163/18760104-01601004

⁵ Le *Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services* présenté par l'IPBES en mai 2019 met en lumière le principaux risques encourus par la biodiversité terrestre et marine et les statistiques sont parlants : plus de 33 % des récifs coralliens, des requins et autres mammifères marins sont menacés de disparition dans les décennies à venir. Voir : <https://www.ipbes.net/news/Media-Release-Global-Assessment>. Le Rapport spécial du GIEC sur l'océan et la cryosphère dans le contexte du changement climatique sorti en septembre 2019 est éloquent à ce sujet. Pour un récapitulatif des impacts subis par les écosystèmes marins des effets conjugués des actions de l'homme et de ceux du réchauffement climatique voir : <https://www.ipcc.ch/report/srocc>. Summary for Policy Makers. Pages 12-15.

et de sa conjugaison avec la souveraineté d'autres États sur des espaces marqués historiquement par une liberté de circulation et d'exploitation (II).

I. À LA RECHERCHE DE L'UNITÉ PERDUE

L'Océan était un. Cette unité reconnue sur les plans physique et biologique, symbolique et juridique comme une de ses caractéristiques principales depuis toujours a cependant cédé progressivement du terrain du fait de différents exercices en morcellement. Nous examinerons successivement les aspects symboliques et juridiques.

La démarche de la reconnaissance de l'Océan Pacifique comme sujet de droit est née bien sûr de travaux et réflexions existants sur les cas concrets de consécration de la nature ou d'éléments de la nature comme sujet de droit aux quatre coins de la planète. Nous pensons bien sûr en particulier au fleuve Whanganui en Nouvelle-Zélande pour lequel ses riverains Maori, qui le considéraient depuis la nuit des temps comme une *entité vivante indivisible*⁶, ont fini par obtenir en 2012⁷, au bout d'un long combat judiciaire, du gouvernement de la Nouvelle-Zélande, le statut d'entité juridique dotée de droits propres⁸. De même le Gange et la Yamuna en Inde ont été reconnus en mars 2017 comme entités juridiques vivantes par la Haute Cour de l'Uttarakhand⁹, l'État fédéré où ils prennent leur source. Quelques mois plus tard, la même Cour a élevé au rang d'entités juridiques d'autres écosystèmes himalayens. En 2016, la cour constitutionnelle colombienne avait reconnu la personnalité juridique du Río Atrato sur la base de la « Constitution Ecologique » incorporée dans la loi fondamentale de la Colombie et l'Amazonie¹⁰ dans son parcours colombien.

⁶ Salmond Anne. (2018). Rivers as ancestors and other realities: Governance of waterways In Aotearoa/New Zealand. In B. Martin, L. Te Aho, & M. Humphries (Eds.), ResponsAbility. Law and governance for living well with the earth. UK: Routledge. Chapter 12.

⁷ La traduction législative de l'accord auquel était parvenu le gouvernement de la Nouvelle-Zélande et les tribus Maori riveraines du fleuve est intervenue en mars 2017.

⁸ Voir : O'Donnell, E. L., and J. Talbot-Jones. 2018. Creating legal rights for rivers: lessons from Australia, New Zealand, and India. *Ecology and Society* 23(1):7. <https://doi.org/10.5751/ES-09854-230107> ; David Victor, « La nouvelle vague des droits de la nature. La personnalité juridique reconnue aux fleuves Whanganui, Gange et Yamuna », *Revue juridique de l'environnement*, 2017/3 (Volume 42), p. 409-424. URL : <https://www.cairn.info/revue-revue-juridique-de-l-environnement-2017-3-page-409.htm> ; Macpherson, E., and Clavijo Ospina F.. "The Pluralism of River Rights in Aotearoa New Zealand and Colombia." *Journal of Water Law* 25.6 (2018): 283-293. pp. 288 et s.

⁹ La Cour Suprême de l'Inde, sur appel interjeté par l'État de L'Uttarakhand et le gouvernement central, a sursis à exécution des injonctions prononcées par les juges de la Haute Cour en juillet 2017. Aucune décision sur le fond n'est intervenue à ce jour (mi-avril 2019).

¹⁰ Voir Laffaille Franck, le Juge, l'Humain et l'Amazonie. Le constitutionnalisme Ecocentrique de la Cour Suprême de Colombie (5 avril 2018). *Revue juridique de l'environnement* ; 2018/3 Volume 43 | pages 549 à 563.

Dans tous ces exemples, la relation fusionnelle entre les communautés humaines et des fleuves - dont la dimension sacrée était souvent objet de vénération – a été déterminante.

D'un fleuve à un océan, il y a sans doute un pas, que nous ne pensons pas infranchissable. L'Océan Pacifique bénéficie auprès des populations mélanésiennes, micronésiennes et polynésiennes d'une aura particulière, sa personnification ou sa divinisation n'étant jamais loin dans les mythes et dans les croyances ancestrales comme les représentations d'aujourd'hui.

*« Les conquérants viennent, les conquérants vont, l'océan reste, mère de ses seuls enfants. Cette mère a malgré tout un grand cœur ; elle adopte tous ceux qui l'aiment »*¹¹, nous rappelait Epli Hau'ofa.

L'Océan est un et l'océan et les hommes ne font qu'un dans la cosmovision des Océaniens. Pour ces derniers, l'océan n'est pas qu'une étendue d'eau qui entoure îles et atolls. Des mangroves aux récifs, des poissons du lagon à ceux du large, des marées aux houles de tempêtes, des alizés aux cyclones, *tout est océan.*

Or, le droit « moderne » ne fait nullement écho à cette unité.

Nous rappellerons ici le saucissonnage et l'appropriation des fleuves Whanganui ou Waikato en Nouvelle-Zélande par le droit d'origine britannique : *“That law presumed that the Crown owned the beds of tidal rivers as arms of the sea, and that the owners of lands with river frontage owned the beds of non-tidal rivers to the rivers' centre lines. Such distinctions were completely foreign to Maori who had their own conceptions of rivers. Through Maori eyes, rivers are generally seen as whole and indivisible entities, not separated into beds, banks and waters, nor into tidal and non-tidal, navigable and non-navigable parts. Through creation beliefs, the river is a living being, an ancestor with its own life force, authority and prestige, and sacredness”*¹².

Un constat similaire peut être fait avec le concept de *sea country* des Aborigènes d'Australie dont la culture révèle une vision holistique de la terre et de la mer : *“Another common feature of coastal Aboriginal cultures is the connectedness of land and sea : together they form people's "Country" – a country of significant cultural sites and "Dreaming Tracks" of the creation ancestors. As a result, coastal environments are an*

ISSN 0397-0299 Article disponible en ligne à l'adresse :

<https://www.cairn.info/revue-juridique-de-lenvironnement-2018-3-page-549.htm>

¹¹ Epli Hau'ofa, *Notre Mère d'îles*. Pacific Islanders Editions. Tahiti, 2013. Edition Kindle.

¹² Te Aho Linda. "Indigenous challenges to enhance freshwater governance and management in Aotearoa New Zealand-the Waikato river settlement." (2010): 285-292.

*integrated cultural landscape/seascape that is conceptually very different from the broader Australian view of land and sea*¹³. Cette différence se ressent notamment dans le droit positif australien qui reflète davantage la différenciation terre-mer et le morcellement des espaces que l'unité dans la cosmovision Aborigène¹⁴.

Force est de faire le même constat aujourd'hui pour l'Océan sur un plan juridique.

Pendant des siècles, un certain « universalisme », du moins une certaine unité du droit de la mer a prévalu¹⁵. Les principales puissances occidentales maîtrisant la navigation et la doctrine juridique reconnaissaient deux espaces maritimes : ceux sous souveraineté des États côtiers, à savoir les eaux intérieures et la mer territoriale, et la haute mer où la liberté de navigation et de pêche était la règle. Ce régime de « dégradations juridiques » de la souveraineté étatique correspondant à l'éloignement progressif des côtes était donc une règle assez largement acceptée, des nuances pouvant exister sur la largeur des espaces sous souveraineté. Ce n'est qu'à partir du début du 20^{ème} siècle que débute la compartimentation accélérée des espaces maritimes. Lazar Focsaneanu fait débiter cette frénésie souverainiste d'émiettement de l'unité de la mer aux proclamations unilatérales du président américain Truman en septembre 1945 plaçant sous juridiction et contrôle étasuniens le sous-sol du plateau continental et le contrôle de la haute mer adjacente aux côtes américaines : « *Les proclamations du président Truman déclenchèrent une véritable réaction en chaîne qui se manifesta par une série de revendications nationales sur la haute mer, sans précédent dans l'histoire du droit international. Ces revendications ne restèrent pas cantonnées dans les limites tracées par les États-Unis.* »¹⁶.

De nombreux États latino-américains, africains, asiatiques s'empressèrent en effet d'étendre leurs zones de souveraineté et de contrôle sur la mer, pour protéger leurs droits exclusifs de pêche ou de future exploitation de ressources minérales à tel point qu'à la veille de la Première Conférence des Nations-Unies sur le Droit de la Mer en 1958, le constat était que par « *leur multiplicité et leur diversité, les revendications unilatérales des puissances riveraines ont plongé le droit international de la*

¹³ Sea Country – an Indigenous perspective. The South-east Regional Marine Plan Assessment Reports. National Oceans Office, Hobart, Tasmania. 2002. P. 3

¹⁴ Voir en ce sens : S.E. Jackson (1995): The water is not empty: cross-cultural issues in conceptualising sea space, *Australian Geographer*, 26:1, 87-96; <http://dx.doi.org/10.1080/00049189508703133>

¹⁵ Voir Focsaneanu Lazar. Le droit international maritime de l'Océan Pacifique et de ses mers adjacentes. In: *Annuaire français de droit international*, volume 7, 1961. pp. 173-213 ; doi : <https://doi.org/10.3406/afdi.1961.1083> ; https://www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1961_num_7_1_1083

¹⁶ Focsaneanu Lazar, *op.cit.*, p. 174.

haute mer dans un état de confusion et d'incertitude que les tenants des doctrines traditionnelles n'hésitèrent pas de qualifier d'« anarchie » et de « chaos ». »¹⁷.

Pour nuancer cette analyse, il convient de rappeler que l'homogénéité du droit de la mer tenait certainement au fait qu'elle était pendant longtemps le fait de quelques États européens qui en dépit de leurs rivalités coloniales et politiques partageaient tout de même des valeurs communes. La démocratisation de la fabrique du droit international après la seconde guerre mondiale avec la multiplication d'acteurs étatiques issus de la décolonisation et le fait que les Nations-Unies prennent le dossier du droit de la mer sous son égide explique en grande partie l'apparition de discordances et des solutions de compromis pour concilier les « chauvinismes maritimes » des États souverains.

Depuis, près de 60 ans d'activités diplomatique et normative internationales, il convient de reconnaître que les océans sont aujourd'hui quadrillés horizontalement et verticalement en mille espaces et la faune et la flore marines répertoriées en mille espèces vivantes. Espaces et espèces jouissent d'autant de statuts juridiques différents que voulus par les États souverains ou par la communauté internationale notamment au travers de conventions sectorielles (protection des baleines, requins, récifs...), de conventions régionales et de la Convention des Nations-Unies sur le Droit de la Mer (CNUDM/UNCLOS en anglais) de 1982 connue aussi sous le nom de Convention de Montego Bay adoptée au terme de la 3ème Conférence des NU sur le Droit de la Mer. Aux mers territoriales, zones contiguës, zones économiques exclusives, plateaux continentaux (étendus) et zones hors-juridictions nationales de la CNUDM se superposent aujourd'hui, entre autres, des aires marines protégées « XXL » au sein de « parcs naturels marins » aux périmètres et régimes juridiques variables et pouvant faire l'objet de zonages internes entre réserves intégrales et zones ouvertes à « l'économie bleue ».

La reconnaissance de l'Océan comme sujet de droit vise donc aujourd'hui, entre autres, à reconstituer son unité perdue du fait de décennies d'un double mouvement de parcellisation marine à différentes fins et d'extension des zones de souveraineté des États sur les espaces maritimes et la biodiversité.

II. LA SOUVERAINÉTÉ DES ÉTATS : DU NATIONALISME MARITIME À LA RESPONSABILITÉ

Pour paraphraser le penseur persan du XIIème siècle Al Harawi¹⁸ qui disait « le monde est un jardin dont la clôture est l'État » l'on pourrait dire

¹⁷ *Ibid.* p. 175.

aujourd'hui que l'Océan est un jardin dont les clôtures sont non seulement les rivages naturels des continents et des îles mais aussi des frontières virtuelles proclamées par les États riverains (ou pas) souverains et validées par la communauté internationale.

Nous emploierons, dans un premier temps, le terme de souveraineté dans le sens qui lui est reconnu par le droit international. Dans un ordre international anarchique post-seconde guerre mondiale, fondé comme l'indique la Charte des Nations-Unies sur « l'égalité souveraine »¹⁹, l'État n'a pas d'autorité qui lui soit supérieure. De manière positive, en tant que sujet de droit international, du fait de sa souveraineté il peut librement accepter ou non de se voir imposer des règles adoptées par d'autres sujets de droit international sans que cela ne porte atteinte ou limite cette même souveraineté. L'exemple des États-Unis qui ont ratifié l'Accord de Paris sur le climat avant de s'en retirer l'illustre bien.

S'agissant des océans, la souveraineté des États est affirmée à un double titre. Le droit international des espaces maritimes, issu de la CNUDM dont l'adoption a été marquée par les âpres discussions relevant de nationalismes maritimes sur près de 30 ans, est construit exclusivement sur le respect de cette souveraineté. D'autre part, la Convention sur la biodiversité de 1992 reconnaît aux Parties à la Convention (États) un *droit de souveraineté* sur leurs ressources naturelles.

La souveraineté d'un État lui donne un double pouvoir sur les espaces maritimes : celui – à l'instar de ses compétences sur son territoire terrestre – de décider unilatéralement des règles d'utilisation, de gestion et de protection régissant les eaux intérieures et territoriales ainsi que leur Zone Economique Exclusive (ZEE) ; et celui, pour chacun d'entre eux, d'intervenir dans le concert des nations pour toujours repousser, pour lui-même, les limites du dégradé juridique qui caractérisait le droit de la mer et en même temps, contenir les velléités de nationalisme maritime des autres États.

Deux exemples récents nous aideront à illustrer ces deux tendances. Le premier concerne l'exploitation des ressources minérales sous-marines (*deep-sea mining*). En mars 2019, des organisations représentatives de la société civile (Civil Society Organisations/CSO) dans le Pacifique se réunirent à Suva pour préparer une rencontre avec les ministres de l'économie du Forum des Îles du Pacifique. Une de leurs résolutions fut de solliciter l'accord des Ministres pour une étude de faisabilité sur un moratoire de dix ans sur l'exploitation de ressources minérales sous-

¹⁸ Cité par Eddé Anne-Marie, La principauté Ayyoubide d'Alep : (579/1183-658/1260), *Volume 21 de Freiburger Islamstudien*, page 195. ISSN 0170-3285.

¹⁹ Charte des Nations-Unies. Article 2.1. Disponible à l'URL : <https://www.un.org/fr/sections/un-charter/chapter-i/index.html>

marines²⁰. La réponse des Ministres lors de la rencontre effective au mois de mai 2019 fut sans ambiguïté : *“Forum Economic Ministers noted with concern the CSOs call for a moratorium on Deep-Seas Mining (DSM). Ministers asserted that DSM is a sovereign issue to be decided by countries”*²¹. Il s’agit d’une réaffirmation sans ambiguïté du caractère interne de l’exploitation des ressources naturelles dans les eaux sous souveraineté territoriale des États côtiers.

Un autre exemple concerne les négociations en cours sur la biodiversité au-delà des zones de souveraineté nationale. Les Nations-Unies, s’appuyant sur le point 162 de la déclaration de Rio « Le futur que nous voulons » (Résolution de l’Assemblée Générale N° A/66/288 du 27 juillet 2012) ont décidé en 2017, après une phase préparatoire, de convoquer une conférence intergouvernementale chargée « *d’élaborer un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l’utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale (...)* »²². Depuis, les États membres de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer discutent d’un traité pour un statut juridique de la biodiversité dans les eaux internationales connu sous le nom de Traité BBNJ (pour *Biodiversity Beyond National Jurisdiction*). L’objectif n’est pas une surprise car il s’inscrit dans la continuité de l’approche anthropocentrique et souverainiste qui prévaut depuis des décennies et qui consiste à fragmenter la nature pour mieux l’exploiter. En effet, ériger un régime juridique spécifique à la biodiversité en haute mer revient à la soustraire au régime « général » prévu par la CBD de 1992 sans que l’on puisse réellement le justifier par des considérations scientifiques. Les eaux internationales ne confèrent aucune caractéristique biologique, physique ou chimique particulière pouvant différencier la biodiversité qui s’y trouve de celle qui serait dans les eaux sous souveraineté nationale. C’est d’autant plus vrai lorsque l’on pense aux « poches » d’eaux internationales encerclées par des ZEE adjacentes comme on en trouve dans le Pacifique. Cela est également vrai pour les espèces migratrices. Certes, il y a la volonté onusienne d’accorder une protection plus grande à la *BBNJ* en s’apercevant

²⁰ Pacific Islands Forum Secretariat. Forum Economic Ministers - Civil Society Organisations Dialogue. Theme: ‘Towards a Resilient and Sustainable Pacific: Strengthening Partnerships with Civil Societies’. 7 – 9 May 2019. Annex 1: Outcomes of The Dialogue Of Economic Ministers, Private Sector and Civil Society Organisations. Suva, Fiji. p. 10.

²¹ 2019 FORUM ECONOMIC MINISTERS MEETING. Pacific Islands Forum Secretariat Conference Centre, Suva, Fiji. 8-9 May 2019. Souligné par nous.

²² Résolution adoptée par l’Assemblée générale le 19 juin 2015. Élaboration d’un instrument international juridiquement contraignant se rapportant à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et portant sur la conservation et l’utilisation durable de la biodiversité marine des zones ne relevant pas de la juridiction nationale. <https://undocs.org/fr/A/RES/69/292>

tardivement et non sans un certain cynisme qu'elle serait en danger du fait des impacts causés par l'homme. Cependant, la souveraineté des États suffit-elle à justifier que la biodiversité dans les eaux nationales soit traitée différemment ? En effet, tout morcellement de la biodiversité, notamment fondé sur sa localisation désormais de plus en plus précise grâce aux progrès de la technologie, mais également sur d'autres caractéristiques tenant à son utilité marchande savamment calculée (y compris pour obtenir des « paiements pour services écosystémiques »), n'est guère compatible à notre sens avec la préservation de ce qui par essence est un. Bref, on le voit, les États ne veulent pas que l'on s'occupe des eaux sous juridiction nationale et d'un autre côté certains États, les moins développés notamment ne veulent pas que *seuls* certains États « profitent » des ressources en haute mer, qu'elles soient halieutiques, minérales ou génétiques et s'opposent. Pourtant dans les deux situations, l'accaparement des espaces maritimes n'est jamais loin²³.

La souveraineté comprise comme synonyme d'un nationalisme sur les espaces maritimes conférant un droit de quasi-propriété n'est pas sans poser de problème d'autant qu'elle est fondée sur le postulat westphalien de l'égalité des États. On est loin pourtant d'un monde où quelques royaumes européens aux puissances comparables se mettaient d'accord sur des modalités d'interactions et de non-ingérence. Le monde d'aujourd'hui est davantage caractérisé par une grande diversité des États, de super-puissances aux États défaillants quand il ne s'agit pas d'États effondrés ou d'États en difficulté financière²⁴. Jean-Louis Fillon, Délégué Général de l'Institut Français de la Mer le rappelait en termes feutrés : « *La vulnérabilité du système de Montego Bay tient à l'hétérogénéité des États parties qui ont plus ou moins de force et d'autorité. Cette remise en question de la société interétatique s'accompagne bien sûr d'une interrogation sur le pavillon alors que nombre d'États n'ont aucune capacité ou volonté d'exercer leurs responsabilités dans la sécurité et la sûreté maritimes.* »²⁵.

Or, à la table des négociations internationales pour les accords multilatéraux, on fait comme si l'on traitait d'égal à égal.

²³ Voir Bennett Nathan James, Govan Hugh, Satterfield Terre, Ocean grabbing. *Marine Policy*, Volume 57, 2015, pp. 61-68.

²⁴ Voir Mouton Jean-Denis. "«État fragile», une notion du droit international ?" *Civitas Europa* 1 (2012): 5-18. ; Rotberg Robert I. "Failed states, collapsed states, weak states: Causes and indicators." *State failure and state weakness in a time of terror* Chapter 1. : 25; Newman, Edward. "Failed states and international order: constructing a post-Westphalian world." *Contemporary security policy* 30.3 (2009): 421-443.

²⁵ Fillon Jean-Louis, La gouvernance des océans. Colloque « Quelle gouvernance pour les océans au XXIe siècle ? » Maison des océans Paris 30/05/2017. Intervention disponible à l'URL http://www.ifmer.org/assets/documents/files/RAPPORT%20GOUVERNANCE%20DES%20OCEANS%2030_05_17.pdf

Pour protéger les océans, il paraît donc nécessaire de dépasser les prérogatives liées à la souveraineté telles qu'elles sont classiquement reconnues aux États, de même qu'au lieu d'en rajouter de nouvelles, il est nécessaire de faire abstraction des frontières comme on l'a su si bien faire pour la mondialisation. La communauté internationale est bien consciente précisément des différences de capacités, de besoins, de moyens, de ressources entre États et le droit international sait assouplir les privilèges de la souveraineté des États lorsque les circonstances l'exigent. On pense à la responsabilité commune mais différenciée de la Convention Cadre des Nations Unies sur les Changements Climatiques, mais aussi, en ce qui concerne l'océan, aux conventions bilatérales ou souvent régionales pour la sécurité des transports maritimes ou de lutte contre les trafics illicites (drogues, migrants)²⁶ qui permettent des incursions de puissances tierces dans les eaux sous souveraineté nationale.

Aujourd'hui, la sécurité de la biodiversité mondiale est en jeu, la biodiversité marine est en danger. Il paraît urgent de réfléchir non en termes de souveraineté « nationalisme » mais utiliser la piste prometteuse de la souveraineté comme responsabilité mobilisée jusqu'ici pour le respect des droits de l'homme²⁷. L'humanité indivisible a une responsabilité face une biodiversité sans frontières et toute aussi indivisible et qui est aujourd'hui mise en danger. De même qu'ailleurs les États ont su accepter – avec la mobilisation de concepts tels que l'approche globale - des limites à leur souveraineté dans la gestion de fleuves transnationaux et eaux continentales²⁸ ou dans les eaux maritimes sous leur juridiction pour protéger la libre circulation de biens économiques et de matières premières face aux pirates des temps modernes et trafiquants et terroristes en tous genres, il est temps d'en faire autant pour la préservation de la nature. Aujourd'hui, conformément aux invitations à la coopération régionale de la CNUDM et bien d'autres accords multilatéraux sur l'environnement, les

²⁶ Cf. Accord du 10 avril 2003 concernant la coopération en vue de la répression du trafic illicite maritime et aérien de stupéfiants et de substances psychotropes dans la région des caraïbes : dit "accord de San José" dont la France est signataire. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000019600333>. Voir également Boré Eveno Valérie. Le cadre juridique international de la lutte contre le trafic maritime de stupéfiants : Quelles compétences pour les États ?. Patrick Chaumette *Espaces marins : Surveillance et Prévention des Trafics illicite en mer*, GOMYLEX, pp.55-81, 2016, *Espaces Marins : Surveillance et Prévention Des Trafics Illicites en Mer*, 978-84-15176-72-5. <http://gomylex.com>. hal-01525041. p. 13 et s.

²⁷ Voir ICISS. 2001. "The Responsibility to Protect", responsibilitytoprotect.org, <http://responsibilitytoprotect.org/ICISS%20Report.pdf> ; United Nations (UN). "Responsibility to Protect", un.org, <http://www.un.org/en/genocideprevention/about-responsibility-to-protect.html>

²⁸ Voir par exemple Kamto Maurice. Le droit international des ressources en eau continentales africaines. In: *Annuaire français de droit international*, volume 36, 1990. pp. 843-911. DOI : <https://doi.org/10.3406/afdi.1990.2995>. www.persee.fr/doc/afdi_0066-3085_1990_num_36_1_2995

États et Territoires insulaires du Pacifique par exemple, qui partagent une vision commune de leur océan pourraient, par le biais d'une Convention régionale, reconnaître, dans leurs espaces maritimes respectifs, l'Océan Pacifique comme une entité juridique, une et indivisible, dotée de droits propres pour mieux protéger la biodiversité marine mais aussi « harmoniser leur souveraineté » dans une logique de l'action collective bien comprise pour la protection de leurs intérêts.

CONCLUSION

Il existe depuis quelques années maintenant une croissance régulière de la liste d'éléments de la nature reconnus comme entités légales, il suffit d'un coup d'œil au site des Nations Unies qui les recense²⁹ pour s'en apercevoir. De l'imagination, de l'audace (politique) et de la créativité peuvent venir à bout des réticences vis-à-vis de la reconnaissance de la nature et de ses éléments, en particulier l'océan, comme sujets de droit. Lorsque les Petits États et Territoires océaniques proclament haut et fort leur lien avec l'océan, avec leur « Blue Pacific », en soulignant qu'il est plus un *alter ego* qu'une chose, ils doivent traduire leurs paroles en actes en refusant la parcellisation de cet océan, en le reconnaissant comme sujet de droit international, lui aussi souverain à sa façon. Une (r)évolution qui n'aurait sans doute pas déplu au Professeur Guy Agniel.

²⁹ <http://harmonywithnatureun.org/rightsOfNature/>

La police de l'environnement marin dans les îles françaises du Pacifique, à la croisée des compétences environnementales locales et des prérogatives de l'État en matière pénale

*Par Sylvine Aupetit
Doctorante en droit public*

Le Pacifique compte quatre systèmes insulaires français. Principalement perçus comme des confettis dispersés, ils offrent pourtant à la France, qui la partage avec leurs habitants, la charge de préserver les ressources¹ de près de huit millions de kilomètres carrés d'espace maritime. Cette superficie, comparable à celle de l'Australie, héberge :

- Des lagons, isolés du large par les récifs et immédiatement accessibles aux plaisanciers et pêcheurs. Ils abritent une biodiversité marine plus variées mais aussi plus souvent endémique que la pleine mer, donc plus fragile. Certains d'entre eux accueillent quelques mangroves, interfaces entre terre et mer exposées aux aménagements urbains, agricoles ou touristiques, aux pollutions terrigènes et à la surpêche des très nombreuses espèces hébergées. La plupart comporte des herbiers, garde-manger de nombreuses espèces menacées dont les dugongs et tortues marines ;
- Une multitude d'îlots, dont la biodiversité terrestre –flore, oiseaux, reptiles, batraciens, insectes, parfois même des champignons ou des escargots- est souvent endémique du fait de leur insularité ;
- Des mers et océans accueillant une vie benthique encore méconnue, sur le plateau continental ou dans les abysses, et de vraisemblables ressources géologiques. Le Pacifique accueille aussi une faune pélagique encore riche, des baleines aux planctons en passant par les thons notamment. Ces derniers sont convoités et exposés aux flottes de pêches du monde entier.

De ce fait, des politiques publiques en faveur de la préservation de la richesse et de la qualité environnementale des eaux du Pacifique sous juridiction française doivent être mises en œuvre. Les outils juridiques au service de ces politiques publiques² connaissent divers contextes environnementaux, culturels, politiques, juridiques et sociaux, mais aussi diverses traductions dans les réalités quotidiennes.

¹ En application de la Convention des Nations unies sur le droit de la mer signée à Montego Bay le 10 décembre 1982 et publiée par Décret n° 96-774 du 30 août 1996, comme nous l'enseignait le professeur Guy AGNIEL dans l'amphithéâtre désormais éponyme.

² Que la première intention soit environnementale ou économique n'entre pas ici en considération : il suffit que le texte concoure à la préservation du patrimoine naturel marin.

D'Ouest en Est, de l'Australie au Mexique, on considère :

- La Nouvelle-Calédonie, archipel abritant 24 000 km² de lagons et 350 km² de mangrove³, bordée d'une zone économique exclusive (ZEE) de 1 740 000 km². La Nouvelle-Calédonie et les trois provinces, en application du titre XIII de la Constitution et de la loi organique modifiée n° 99-209 du 9 mars 1999, ont adopté diverses dispositions environnementales locales, notamment les codes de l'environnement propres à chaque province⁴ ;
- Wallis-et-Futuna, archipel dont Wallis est cerclée d'un lagon de 200 km² et accueille 0,28 km² de mangrove, dans une ZEE enclavée⁵ de 300 000 km². Cette zone est très poissonneuse et des campagnes d'exploration laissent penser qu'une exploitation des sols et sous-sols sous-marins y serait économiquement rentable⁶. Wallis-et-Futuna relève de l'article 74 de la Constitution et de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 modifiée conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer. Un code l'environnement⁷ y est également en vigueur, ainsi que des dispositions tierces ;
- La Polynésie française, archipels comportant 20 % des atolls de la planète, couvrant 15 000 km² de lagons et déployés sur 5 500 000 km² de ZEE. Des mangroves y ont été introduites dans les années 1930, qui se sont développées sur quatre îles. La Polynésie française est encadrée par l'article 74 de la Constitution et la loi organique modifiée n° 2004-192 du 27 février 2004 portant statut d'autonomie de la Polynésie française. Ici aussi, les dispositions environnementales sont, pour l'essentiel, codifiées⁸ ;

³ Soit 25 % des mangroves françaises.

⁴ Créés respectivement par délibération n° 2008-306/APN du 24 octobre 2008 relative au code de l'environnement de la province Nord, délibération n° 25-2009/APS du 20 mars 2009 relative au code de l'environnement de la province Sud et délibération n° 2016-13/API du 16 avril 2009 portant adoption du code de l'environnement de la province des Îles Loyauté.

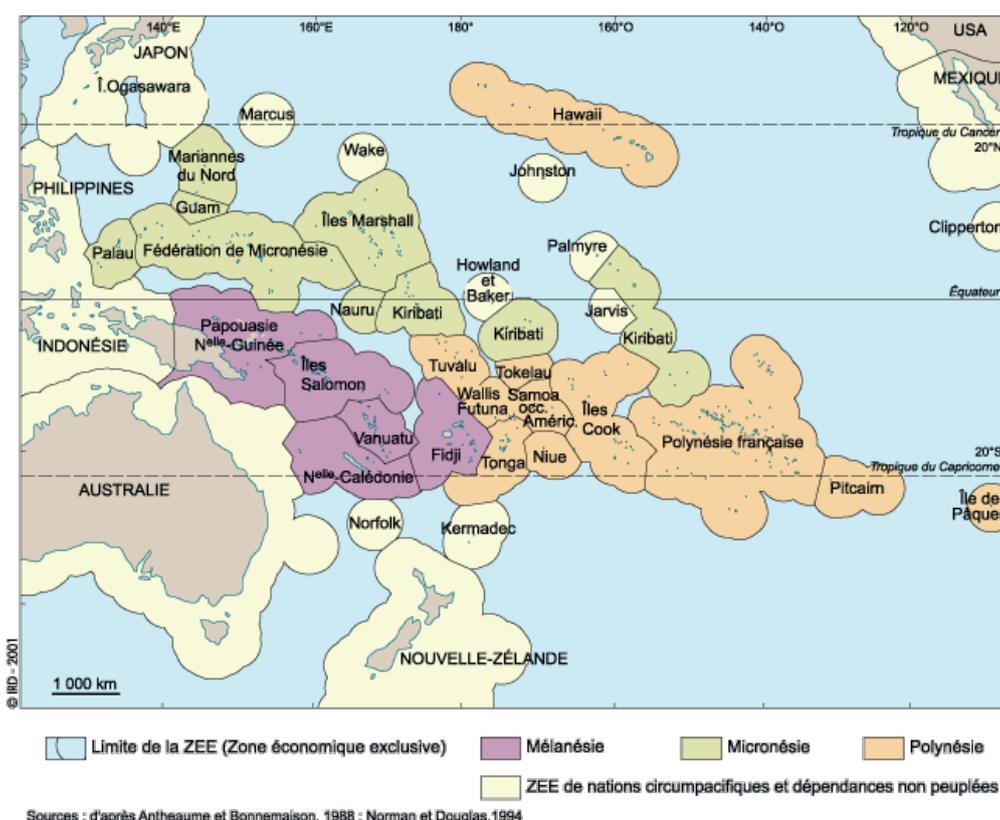
⁵ Soit la taille de l'Allemagne.

⁶ Voir en ce sens notamment les Nouvelles de l'IFREMER n° 18, publié dans *Le marin* du 31 décembre 2010, sur les premières explorations des fonds sous-marins dans la ZEE de Futuna.

⁷ Il s'agit en réalité d'un recueil des dispositions applicables localement (lois de souveraineté, articles du code métropolitain de l'environnement, lois et règlements explicitement étendus à Wallis et Futuna, arrêtés du Haut-Commissaire de la République et de l'Administrateur supérieur du Territoire), qui ne comporte pas de tableau de concordance.

⁸ La version la plus récente à ce jour est issue de l'arrêté modifié n° 1528 du 31 octobre 2014 portant approbation de la mise à jour du code de l'environnement de la Polynésie française au 6 juin 2014.

- Clipperton, atoll inhabité ceignant 7 km² d'un lagon agonisant, bénéficiant de 434 000 km² d'une ZEE au milieu des eaux internationales, extrêmement riche en thonidés, à la merci notamment des flottes de pêche sud-américaines. Clipperton est régi par l'article 72-3 de la Constitution et la loi n° 55-1052 du 6 août 1955 modifiée portant statut des Terres australes et antarctiques françaises et de l'île de Clipperton. Sans surprise, faute d'habitant et d'institution, seule la Métropole y est compétente, y compris en matière environnementale.



Ces quatre entités vivent des réalités différentes au sein du même gigantesque océan et dans le cadre de la même République, y compris en matière de police de l'environnement marin.

Les coutumes autochtones y ont naturellement des dimensions environnementales importantes. Les infractions aux règles coutumières n'y sont pas, en l'état, poursuivies selon le code de procédure pénale ni passibles de sanctions pénales ou administratives⁹. C'est pourquoi seul l'encadrement des circonstances susceptibles d'impacter le patrimoine

⁹ Des dérogations au droit commun peuvent être accordées pour raisons coutumières (Carine DAVID, « Formalisation juridique des usages sur la zone lagonaire en Nouvelle-Calédonie » (COGERON, mai 2011).) mais des interdictions coutumières ne sont pas en tant que telles opposables à tous les usagers.

naturel marin par des instruments juridiques de droit commun sont traités ici.

L'action locale de chaque administration en ce qui concerne la police de l'environnement marin peut avoir des sources différentes. Elle peut découler de la compétence environnementale par défaut des provinces, de la Nouvelle-Calédonie¹⁰ et de la Polynésie française¹¹ ou des compétences explicites concourant à la protection du patrimoine naturel marin : les droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles, biologiques et non biologiques de la zone économique exclusive (ZEE) pour la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française, la protection de la nature et des végétaux ou la pêche maritime pour Wallis-et-Futuna¹² ou la surveillance de la pêche maritime pour l'État en Polynésie française¹³.

Sauf à Clipperton, où il est de fait la seule administration existante¹⁴, l'État français n'intervient dans le Pacifique que dans le cadre du principe de spécialité législative. Celui-ci « *se traduit par la non-application dans ces collectivités des lois et règlements métropolitains, sauf si ces normes comprennent une mention expresse d'applicabilité. Cette situation a eu pour conséquence la création d'un ordre juridique spécifique aux territoires d'outre-mer [créés avec la IVe République] fondé sur le fait que la population autochtone connaissait une organisation sociale difficilement réductible aux dispositions législatives et réglementaires applicables en métropole.* »¹⁵.

Diverses polices de l'environnement marin ont donc mûri dans les eaux françaises du Pacifique. Chacune est le fruit d'un contexte, d'une approche, d'une ambition et de moyens variés bien que reliés par la culture de droit français et par l'engagement par les conventions d'Apia¹⁶ et de Nouméa¹⁷.

Ces polices, dont les spécificités sont justifiées par la nature des pressions anthropiques (pêche, pollutions...) et leur ampleur dans les divers espaces, ainsi que par la sensibilité des milieux concernés, sont évoquées ici

¹⁰ Article 20 de la loi organique n° 99-209.

¹¹ Article 13 de la loi organique modifiée n° 2004-192.

¹² Article 40 du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna.

¹³ Articles 14 et 34 de la loi organique n° 2004-192.

¹⁴ Assez inévitablement, l'article 9 de la loi modifiée n° 55-1052 du 6 août 1955 prévoit que « *Les lois et règlements sont applicables de plein droit dans l'île de Clipperton.* ».

¹⁵ Guy AGNIEL, « Application de la loi en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna », *JurisClasseur Civil Code* (Lexisnexis, 19 septembre 2012), http://www.lexis360.fr/document?docid=EN_KEJC-127707_OKRE.

¹⁶ Convention sur la protection de la nature dans le Pacifique, adoptée à Apia le 12 juin 1976.

¹⁷ Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement, sous l'égide du Programme Régional océanien pour l'Environnement.

sous le seul aspect juridique. Pour autant, les cultures propres à chacun des archipels habités considérés restent un critère prépondérant dans l'élaboration de chaque norme, traduction de choix de société.

Elles seront donc étudiées tout d'abord au travers des prescriptions que chaque acteur choisit d'établir dans son domaine de compétence matérielle et territoriale (I) puis des procédures et sanctions assortissant ces prescriptions (II).

I. QUI ADOPTE LES DISPOSITIONS RELATIVES AU PATRIMOINE NATUREL MARIN DANS LES EAUX FRANÇAISES DU PACIFIQUE ?

Chaque espace maritime, défini par le droit international et le droit interne français¹⁸, connaît différentes réalités juridiques. Les dispositions environnementales peuvent y être spécifiques, bien que parfois similaires, ou homogènes lorsqu'elles sont adoptées par l'État. La lisibilité d'ensemble du droit de l'environnement applicable dans chaque collectivité peut être délicate, le constat fait à propos de la Nouvelle-Calédonie s'y vérifiant régulièrement : « *La détermination du droit applicable [...] est structurellement assez complexe ; elle est encore obscurcie par la survivance de textes obsolètes.* »¹⁹.

¹⁸ La convention des Nations unies sur le droit de la mer, signée à Montego Bay le 10 décembre 1982, encadre les eaux archipélagiques, intérieures, territoriales, ainsi que les zones contiguës et économiques exclusives de chaque État. En droit interne, ces espaces maritimes sont définis par l'ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française, le décret n° 2002-827 du 3 mai 2002 définissant les lignes de base droites et les lignes de fermeture des baies servant à la définition des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur des eaux territoriales françaises adjacentes à la Nouvelle-Calédonie, le décret n° 2012-1068 du 18 septembre 2012 définissant les lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale française adjacente à la Polynésie française, le décret n° 2013-1176 du 17 décembre 2013 définissant les lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale française adjacente au territoire des îles Wallis et Futuna et le décret n° 2015-550 du 18 mai 2015 définissant les lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale française adjacente aux côtes de l'île de Clipperton ainsi que par le décret n° 2018-23 du 16 janvier 2018 établissant les limites extérieures de la mer territoriale et de la zone économique exclusive au large de l'île de Clipperton le décret n° 78-145 du 3 février 1978 portant création, en application de la loi du 16 juillet 1976, d'une zone économique au large des côtes du territoire des îles Wallis et Futuna, le décret n° 78-143 du 3 février 1978 portant création, en application de la loi du 16 juillet 1976, d'une zone économique au large des côtes du territoire de la Polynésie française et le décret n° 78-142 du 3 février 1978 portant création, en application de la loi du 16 juillet 1976, d'une zone économique au large des côtes du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

¹⁹ Jean-Claude DOUENCE, « Outre-mer. Droit applicable en Nouvelle-Calédonie. Répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie en matière de dérogation au monopole du pavillon national », *Annuaire des Collectivités Locales* 30, n° 1 (2010): 371-80, <https://doi.org/10.3406/coloc.2010.2164>.

Les statuts juridiques des eaux considérées sont susceptibles, on s'en doute, d'emporter une hétérogénéité des dispositions applicables dans un même archipel. Les dispositions évoquées sont celles relatives aux prélèvements opérés dans le patrimoine naturel marin (A) et aux pollutions susceptibles de porter atteinte à ce patrimoine (B)²⁰.

A. L'encadrement des prélèvements dans le patrimoine naturel marin

Diverses contraintes juridiques visent à protéger certaines espèces ou certains espaces ou bien à limiter la pêche de certains produits de la mer (selon l'espèce, le gabarit, la saison...) et l'usage de certains modes et engins de pêche²¹. Ces contraintes juridiques ne sont pas forcément les mêmes selon qu'on se situe dans les eaux intérieures et territoriales (1.1) ou bien dans les Zones Economiques Exclusives (1.2). En effet, Ces dernières sont toujours sous souveraineté de l'État, quand les eaux intérieures et territoriales peuvent relever de compétences locales.

1) Dans les eaux intérieures et territoriales françaises du Pacifique

Les eaux intérieures et territoriales, soit des côtes jusqu'à 12 milles à partir des lignes de base droites, sont sous la pleine souveraineté de l'État côtier, conformément aux articles 2 et 49 de la convention de Montego Bay²².

Pourtant, dans le Pacifique, seules les eaux de Clipperton sont exclusivement régies par les dispositions étatiques²³. Dans les archipels, la compétence en matière de gestion du patrimoine naturel marin relève des différentes collectivités. La détermination des engins et modalités de pêche, la protection de certaines espèces ou de certains périmètres se fait au plus près des usagers, déclinant le « *principe de subsidiarité, bien connu en droit*

²⁰ Les dispositions s'inscrivant dans la lutte contre le réchauffement climatique, bien qu'il constitue probablement la menace la plus importante sur les milieux marins, ne sont pas traitées ici. Elles sont en effet, hélas, souvent aussi vaporeuses que des pollutions contre lesquelles elles devraient lutter. Celles concourant à la prévention et à la gestion des déchets, particulièrement techniques, ne sont pas non plus évoquées ici. Les déchets en mer constituent pourtant un défi environnemental majeur à relever, mais leur encadrement juridique local ne suffit pas puisque, dans les eaux du Pacifique, les plus gros volumes des déchets anthropiques en mer viennent des continents alentour. Ce sujet pourrait à lui seul faire l'objet d'un autre article. Notons cependant à cet égard le pas exemplaire fait par la Nouvelle-Calédonie, qui a interdit de nombreux emballages plastiques par la loi du Pays n° 2019-2 du 21 janvier 2019 relative à l'interdiction de mise sur le marché de divers produits en matières plastiques.

²¹ Un panorama superficiel et schématique des outils choisis dans les différentes circonscriptions pour encadrer les prélèvements est présenté dans le tableau porté en annexe 1.

²² En droit interne, on ne définit pas les eaux archipelagiques, qui font partie des eaux intérieures et territoriales.

²³ Comme le prévoient l'article 72-3 de la Constitution et la loi du 6 août 1955.

de l'Union européenne »²⁴. Cela satisfait la logique selon laquelle les collectivités locales sont réputées mieux connaître les usages et les milieux considérés et, de fait, prendre des décisions plus en adéquation avec le contexte local²⁵.

Ainsi, la Polynésie française exerce-t-elle sa compétence en matière de droit d'exploration et d'exploitation des ressources naturelles biologiques et non biologiques des eaux intérieures, en particulier les rades et les lagons, du sol, du sous-sol et des eaux surjacentes de la mer territoriale²⁶. Elle est aussi compétente en matière environnementale²⁷. En effet, l'article 13 de la loi organique 2004-192, rendant les autorités de la Polynésie française compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État aux communes, dessine le champ des compétences des autorités de la Polynésie française en ombre chinoise des compétences attribuées explicitement à d'autres. Ni l'un ni les autres ne se voyant attribuer la compétence environnementale, celle-ci revient aux autorités de Polynésie française.

À Wallis-et-Futuna, la « *protection de la nature et des végétaux* » et la « *pêche maritime, sans qu'il puisse être porté atteinte aux dispositions de la loi du 1er mars 1888, au régime des eaux territoriales, aux lois et règlements généraux relatifs à la pêche hauturière* » relèvent de la compétence de l'assemblée territoriale²⁸.

En Nouvelle-Calédonie, les eaux intérieures et territoriales autour de la Grande-Terre, de Belep, de l'Île des Pins ainsi que d'Ouvéa, Lifou, Tiga et Maré appartiennent aux provinces²⁹. Selon un montage symétrique à celui adoptée pour la Polynésie française, les provinces y disposent d'une compétence normative par défaut en matière environnementale³⁰. Elle est d'ailleurs depuis quelques années soulignées dans la loi organique n° 99-209 : ses articles 21 et 22 précisent désormais que les compétences de l'État et de la Nouvelle-Calédonie s'exercent sous réserve des compétences des provinces en matière d'environnement. Cela amène une situation originale par rapport aux autres archipels français du Pacifique : l'hétérogénéité des dispositions applicables dans les eaux intérieures et territoriales. Cette hétérogénéité, si elle permet de s'ajuster aux enjeux de chaque province,

²⁴ Carine DAVID et Victor DAVID, « La compétence de droit commun des provinces - Analyse au travers du prisme de la compétence environnementale », *Revue Juridique, Politique et Économique de la Nouvelle-Calédonie*, n° 24 (2014).

²⁵ Ce qui est encore plus vrai lorsque des modalités de participation du public conformes à la charte constitutionnelle sont mises en œuvre dans l'élaboration de ces dispositions.

²⁶ Article 47 de la loi organique n° 2004-192.

²⁷ Articles 46 et 47 de la loi organique n° 2004-192.

²⁸ Points 11° et 13° de l'article 40 du décret n°57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna.

²⁹ Article 45 de la loi organique n° 99-209.

³⁰ Article 20 de la loi organique n° 99-209.

nuit naturellement à la lisibilité globale des dispositions environnementales applicables³¹.

La Polynésie française, Wallis-et-Futuna et les trois provinces de la Nouvelle-Calédonie ont donc adopté chacune un code de l'environnement ainsi que diverses dispositions non codifiées applicables dans leurs eaux intérieures et territoriales. Ces codes sont hétérogènes tant dans leurs structures que dans leurs contenus, les trois provinces calédoniennes ayant toutefois fait des efforts de convergence. Globalement, les modes de pêche les plus destructeurs (filets, chaluts) sont encadrés et des espèces font l'objet de restrictions, soit drastiques -interdisant toute atteinte voire certaines approches- soit plus souples pour pérenniser l'exploitation d'une ressource³².

Les eaux au-delà des eaux provinciales et celles qui bordent Huon et Surprise, Chesterfield et Bellone, Walpole, l'Astrolabe, Matthew et Hunter appartiennent à la Nouvelle-Calédonie, qui y exerce la compétence environnementale³³. En effet, « *Dans les îles qui ne sont pas comprises dans le territoire d'une province [et par extension dans les eaux territoriales adjacentes], la Nouvelle-Calédonie exerce la totalité des compétences qui ne sont pas attribuées à l'État.* » A l'instar de Clipperton et à la différence de la Polynésie française, de Wallis-et-Futuna et des trois provinces, aucune population ne vit donc dans les terres que borde l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie³⁴.

Plusieurs dispositions contribuant à la protection du patrimoine naturel marin y sont néanmoins applicables, notamment quant à la protection d'espèces, à la politique des pêches, à l'interdiction des chaluts et dragues ainsi qu'aux aires protégées³⁵. En effet, l'absence de population à demeure n'est pas du tout synonyme d'absence de fréquentation de ces eaux.

Il ne fait donc aucun débat que les dispositions encadrant les prélèvements des ressources naturelles biologiques -qu'il s'agisse de la

³¹ La répartition des compétences en matière environnementales en Nouvelle-Calédonie fait l'objet de développements utiles dans DAVID et DAVID, *op.cit.*

³² Voir l'annexe 1.

³³ Articles 20 et 45 de la loi organique n° 99-209.

³⁴ À part pendant les expéditions scientifiques !

³⁵ Délibération n° 397 du 13 août 2003 relative à la création d'un sanctuaire baleinier, délibération n° 344 du 4 janvier 2008 relative à la protection des tortues marines et arrêté n° 2013-1007/GNC du 23 avril 2013 relatif à l'exploitation des requins dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie ; délibération n° 50/CP du 20 avril 2011 relative à la politique des pêches, arrêté n° 04-809/GNC du 15 avril 2004 relatif à la détention et à l'usage des arts trainants dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie ; arrêté n° 2013-1003/GNC du 23 avril 2013 instaurant une aire protégée aux atolls d'Entrecasteaux et arrêté n° 2014-1063/GNC du 23 avril 2014 créant le parc naturel de la Mer de Corail sur toute la surface de la ZEE calédonienne.

pêche commerciale ou non, d'espèces protégées ou de restrictions tenant à un périmètre défini- relèvent respectivement de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, de la Polynésie française et de Wallis-et-Futuna dans leurs eaux intérieures.

En outre, pour les trois archipels, et bien que les navires battant pavillon étranger fréquentent moins les eaux intérieures, les dispositions du code métropolitain de l'environnement affirmant l'exclusivité nationale sur l'exploitation des ressources biologiques de la colonne d'eau sont aussi applicables. Elles exigent une autorisation spécifique pour que les navires battant pavillon d'un État étranger puissent pêcher³⁶.

Dans les eaux intérieures et territoriales de Clipperton, outre les dispositions des codes métropolitains, notamment celui de l'environnement et le code rural et des pêches maritimes, deux arrêtés spécifiques ont été adoptés en 2016. Ils protègent le biotope entier et une liste d'espèces³⁷.

2) *Dans les ZEE*

Au-delà des eaux fréquentées quotidiennement par les populations locales, d'autres sont l'apanage des navires de plus grosse catégorie. Or, des bâtiments de pêche hauturière peuvent opérer des prélèvements très impactant du fait des volumes et du manque de ciblage mais aussi des techniques potentiellement utilisées (dragage notamment).

La zone contiguë³⁸ est une zone de 24 milles à partir des lignes de base où l'État côtier, ou les entités de droit interne qui partagent cette compétence, peuvent exercer le contrôle nécessaire en vue de prévenir et réprimer certaines infractions sur son territoire ou dans sa mer territoriale. Les infractions aux dispositions environnementales, notamment en matière de pêche, n'en font pas partie. Les conséquences de cette omission sont gommées par le fait que, en droit international³⁹ et en droit

³⁶ Articles L921-9, L955-2, L956-2 et L957-2 du code métropolitain rural et des pêches maritimes.

³⁷ Arrêté du 15 novembre 2016 instituant une liste d'espèces protégées dans les eaux territoriales de l'île de Clipperton » et arrêté du 15 novembre 2016 relatif à la protection du biotope des eaux territoriales de l'île de Clipperton dénommée « aire marine protégée dans les eaux territoriales de l'île de Clipperton.

³⁸ Article 33 de la convention de Montego Bay et article 10 de l'ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes.

³⁹ Les cartes SHOM ont été déposées au secrétariat général de l'Organisation des Nations Unies conformément à la convention de Montego Bay et des accords ont été signés avec des États limitrophes (Décret n° 2003-128 du 12 février 2003 portant publication de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République de Kiribati relatif à l'établissement d'une ligne de délimitation entre la zone économique exclusive entourant la Polynésie française et la zone économique exclusive de la République de Kiribati (ensemble une annexe), signé à Tarawa le 18 décembre 2002 et décret n° 91-156 du 8 février 1991 portant publication de l'avenant portant modification de

interne⁴⁰, des Zones Economiques Exclusives (ZEE)⁴¹ ont été établies pour toutes les îles et archipels français du Pacifique. En droit français, il est en outre possible que des « zones de protection écologique » soient créées dans la bande maritime où la convention de Montego Bay rend possibles les ZEE. Cela permet d'y exercer « *des compétences relatives à la protection et à la préservation du milieu marin, et à la recherche scientifique marine* »⁴². Si une telle zone a été mise en œuvre en Méditerranée⁴³, cela ne ferait aucun sens dans le Pacifique où l'intégralité des ZEE potentielles est reconnue comme telle en droit interne.

Dans les ZEE donc, soit *a priori* 200 miles à partir des lignes de base ou jusqu'à équidistance entre les eaux territoriales des États voisins, un savant équilibre entre « *les droits et la juridiction de l'État côtier* » ou des entités auxquelles ils attribuent cette compétence et « *les droits et libertés des autres États* » est organisé par le droit international. Les États côtiers y disposent -comme le nom le laisse présager- de droits souverains à des fins économiques. C'est le cas notamment pour l'exploration, l'exploitation, la conservation et la gestion des ressources naturelles (biologiques ou non, depuis les eaux surjacentes jusqu'aux sous-sols en passant par les fonds marins) ainsi que pour la production d'énergies à partir de l'eau, des courants et des vents⁴⁴.

Ceci attribue donc à ces États côtiers la responsabilité du choix de la durabilité de l'exploitation de la colonne d'eau, des fonds et des sous-sols de l'intégralité de ce périmètre.

la convention du 19 janvier 1983 entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de Fidji relative à la délimitation de leur zone économique, signé à Suva le 8 novembre 1990). Pour autant, toutes les frontières ne sont exhaustivement reconnues conventionnellement. Cette circonstance a pu prêter à confusion, dans le cas où un navire chinois avait pêché des requins dans des eaux que le Vanuatu avait un jour intégrées dans sa ZEE et que la Nouvelle-Calédonie incluait dans la sienne. Le capitaine n'avait pu être condamné qu'après cassation (Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 janvier 2016, n° 14-85.743).

⁴⁰ Article 11 de l'ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française, décret n° 2018-23 du 16 janvier 2018 établissant les limites extérieures de la mer territoriale et de la zone économique exclusive au large de l'île de Clipperton, décret n° 78-145 du 3 février 1978 portant création, en application de la loi du 16 juillet 1976, d'une zone économique au large des côtes du territoire des îles Wallis et Futuna, décret n° 78-143 du 3 février 1978 portant création, en application de la loi du 16 juillet 1976, d'une zone économique au large des côtes du territoire de la Polynésie française et décret n° 78-142 du 3 février 1978 portant création, en application de la loi du 16 juillet 1976, d'une zone économique au large des côtes du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

⁴¹ Article 55 de la convention de Montego Bay.

⁴² Article 13 de l'ordonnance n° 2016-1687 du 8 décembre 2016 relative aux espaces maritimes relevant de la souveraineté ou de la juridiction de la République française.

⁴³ Loi n° 2003-346 du 15 avril 2003 relative à la création d'une zone de protection écologique au large des côtes du territoire de la République.

⁴⁴ Article 56 de la convention de Montego Bay.

En application des lois encadrant chaque archipel, les dispositions locales rejoignant la protection du patrimoine naturel marin peuvent faire partie du corpus applicable⁴⁵. La Cour de Cassation⁴⁶ n'a d'ailleurs pas remis en question le fait que, dans une ZEE sous juridiction française, le droit de l'environnement applicable soit bien celui édicté conformément à la loi française, y compris par une collectivité ou institution non étatique. Toute infraction y relève de la compétence pénale *rationae loci*.

Ainsi, la Polynésie française inclut légalement l'intégralité des espaces maritimes adjacents à ses archipels⁴⁷. Si sa compétence territoriale est *a priori* cantonnée « à la limite extérieure des eaux territoriales »⁴⁸, sa compétence matérielle inclut « le droit d'exploration et le droit d'exploitation des ressources naturelles biologiques et non biologiques du sol, du sous-sol et des eaux sur-jacentes [...] de la zone économique exclusive dans le respect des engagements internationaux »⁴⁹. Le champ d'application territorial du code polynésien, en ce qui concerne l'exploitation des ressources halieutiques (zones de pêche, engins de pêche, saisons, gabarit...), inclut donc la ZEE. Le Conseil d'État a eu l'occasion de confirmer ce point⁵⁰.

D'ailleurs, le code polynésien proclame désormais que « *La Polynésie française ayant fait le choix d'assurer la protection juridique des espèces marines emblématiques sur l'ensemble de son espace maritime, les eaux intérieures, la mer territoriale et la zone économique exclusive de la Polynésie française constituent le « Sanctuaire marin de la Polynésie française ».* »⁵¹.

En ce qui concerne toutefois la protection stricte de certaines espèces qui ne seraient alors plus considérées comme des ressources, la question pourrait être débattue.

⁴⁵ Cf. le tableau en annexe 1.

⁴⁶ Cour de cassation, Chambre criminelle, 13 janvier 2016, n° 14-85.743.

⁴⁷ Article 1 de la loi organique n° 2004-192.

⁴⁸ Article 13 de la loi organique n° 2004-192.

⁴⁹ Article 47 de la loi organique n° 2004-192.

⁵⁰ Il avait annulé les dispositions prévoyant l'application d'un décret « aux eaux sous souveraineté ou juridiction française s'étendant au large de la Polynésie française dans les matières relevant de la compétence de l'État » (Conseil d'État, 3ème/8ème SSR, 11/12/2015, 378622, Inédit au recueil Lebon, Inédit au recueil Lebon).

⁵¹ Article LP. 2121-2 du code de l'environnement de la Polynésie française. L'article précise, en outre, que « Sous réserve des compétences dévolues à l'État et aux communes, ce sanctuaire est le cadre de la mise en œuvre d'une stratégie de gestion intégrée dans les domaines, environnemental, économique, social, culturel et scientifique qui doit, en collaboration avec les populations locales, concilier promotion de l'éducation, la formation et la culture, préservation des écosystèmes et des espèces et développement économique et sociale. »

En Nouvelle-Calédonie, l'État *exerce*, « *hors des eaux territoriales, [les] compétences résultant des conventions internationales sous réserve des dispositions du 10° de l'article 22 relatives aux ressources de la zone économique exclusive* »⁵². La compétence touchant aux ressources naturelles résulte de la convention de Montego Bay ; il s'agit toutefois précisément de l'objet de la réserve émise au 10° de l'article 22 de la loi organique. Celle-ci attribue à la Nouvelle-Calédonie la réglementation « *des droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles, biologiques et non biologiques de la zone économique exclusive.* » L'ensemble des dispositions environnementales adoptées par la Nouvelle-Calédonie⁵³ sont donc applicables de façon homogène dans tout son espace maritime⁵⁴. La compétence territoriale provinciale s'arrêtant à la limite de leurs eaux territoriales, les dispositions provinciales, y compris les codes de l'environnement, ne s'appliquent pas dans la ZEE. En même temps qu'on peut se féliciter que la cacophonie réglementaire en vigueur dans les eaux territoriales se taise dans la ZEE, on ne peut que constater la difficulté de se saisir pleinement d'un si vaste espace sans le concours de l'État. Symboliquement, la présidence du comité de gestion de la mer de Corail est d'ailleurs co-assurée par le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et par le Haut-commissaire de la République en Nouvelle-Calédonie⁵⁵.

Les listes des missions en mer incombant à l'État dans les zones maritimes de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française⁵⁶ mentionnent ainsi l'environnement et la gestion des espaces protégés, sans pour autant y attribuer de responsable en ce qui concerne l'élaboration des réglementations. Cela souligne le rôle de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française dans cette matière finalement largement mise en œuvre par les moyens de l'État.

⁵² Articles 21 et 22 de la loi organique n° 99-209.

⁵³ Délibération n° 397 du 13 août 2003 relative à la création d'un sanctuaire baleinier, délibération n° 344 du 4 janvier 2008 relative à la protection des tortues marines et arrêté n° 2013-1007/GNC du 23 avril 2013 relatif à l'exploitation des requins dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie ; délibération n° 50/CP du 20 avril 2011 relative à la politique des pêches, arrêté n° 04-809/GNC du 15 avril 2004 relatif à la détention et à l'usage des arts trainants dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie ; arrêté n° 2013-1003/GNC du 23 avril 2013 instaurant une aire protégée aux atolls d'Entrecasteaux et arrêté n° 2014-1063/GNC du 23 avril 2014 créant le parc naturel de la Mer de Corail sur toute la surface de la ZEE calédonienne.

⁵⁴ À l'exception naturellement de celles, comme l'arrêté instaurant une aire protégée aux atolls d'Entrecasteaux dont le champ géographique ne couvre des eaux intérieures et territoriales.

⁵⁵ Article 5 de l'arrêté n° 2014-1063/GNC du 23 avril 2014 créant le parc naturel de la mer de Corail.

⁵⁶ Arrêté du 25 octobre 2016 établissant la liste des missions en mer incombant à l'État dans la zone maritime de Nouvelle-Calédonie et arrêté du 25 octobre 2016 établissant la liste des missions en mer incombant à l'État dans la zone maritime de Polynésie française.

À Wallis-et-Futuna, faute de spécification⁵⁷ quant au champ de compétence *rationae loci* de l'Assemblée Territoriale, l'ensemble des dispositions qu'elle adopte semble applicable aussi bien dans la ZEE que dans les eaux intérieures.

Aucune disposition de l'État relative à la gestion du patrimoine naturel marin s'appliquant spécifiquement aux ZEE des archipels du Pacifique n'a été inventoriée -en dehors de l'exigence commune de licence de pêche pour les navires battant pavillon étranger.

En matière d'encadrement juridique de la gestion des ressources marines naturelles, le rôle de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, de Wallis-et-Futuna et de la Polynésie française est donc prépondérant dans leurs eaux territoriales.

À Clipperton, inoccupée l'essentiel de l'année, les navires mexicains titulaires de la licence de pêche ont de fait toute latitude. L'« accord franco-mexicain du 29 mars 2007 sur les activités de pêche dans les 200 milles marins entourant l'île de Clipperton »⁵⁸ n'y a rien changé. « Aucune contrepartie n'est mentionnée et l'accord permet aux navires mexicains de pêcher sans limites, alors que les accords de pêche fixent habituellement des quotas et des types de navires spécifiques autorisés »⁵⁹. Les arrêtés protégeant les eaux intérieures⁶⁰ ne sont d'ailleurs pas applicables dans la ZEE. La ZEE de Clipperton semble donc largement dépourvue de protection juridique à la hauteur de la vulnérabilité écologique et géographique de son patrimoine naturel.

Au plus près des côtes habitées comme dans leur ZEE, ce sont donc les institutions locales qui établissent le cadre juridique relatif à

⁵⁷ Ni dans les articles L622-1 et R622-1 du code métropolitain ni dans le décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna, ni dans la loi n° 61-814.

⁵⁸ Réponse à la question écrite n° 13419 de Mme Jacky DEROMEDI du Ministère des affaires étrangères et du développement international, publiée dans le *JO Sénat* du 13/11/2014 - page 2543.

⁵⁹ Jean-Étienne ANTOINETTE, Joël GUERRIAU, et Richard TUHEIAVA, « Les zones économiques exclusives ultramarines : le moment de vérité » (Sénat- délégation sénatoriale à l'Outre-mer, 9 avril 2014), <http://www.senat.fr/rap/r13-430/r13-4305.html>. En outre, Philippe FOLLIOU, rapporteur de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République, dénonçait dans une intervention devant l'Assemblée Nationale le 24 novembre 2016, le fait que « Dans cette partie du monde, notamment par rapport à la gestion des ressources halieutiques, la France laisse faire dans sa zone économique exclusive comme dans ses eaux territoriales ce qu'elle condamne partout ailleurs. C'est de l'irresponsabilité. ».

⁶⁰ Arrêté du 15 novembre 2016 instituant une liste d'espèces protégées dans les eaux territoriales de l'île de Clipperton » et Arrêté du 15 novembre 2016 relatif à la protection du biotope des eaux territoriales de l'île de Clipperton dénommée « aire marine protégée dans les eaux territoriales de l'île de Clipperton ».

l'exploitation des ressources marines. En ce qui concerne les pollutions marines, les rôles sont différemment partagés.

B. La lutte juridique contre les pollutions en mer

La fréquentation des eaux par des navires implique inéluctablement un risque de pollution par les hydrocarbures. Ces pollutions peuvent être causées par des avaries mais aussi par des dégazages et déballastages sauvages, qui ne sont pas en reste dans le Pacifique⁶¹.

1) Les dispositions métropolitaines applicables

Dans chaque ZEE, l'État côtier exerce sa juridiction, au sens du droit international, en ce qui concerne « *la protection et la préservation du milieu marin* »⁶² et notamment, puisque ce sujet est posé parallèlement à celui de l'exploitation des ressources, la pollution par les hydrocarbures.

Ce sont les articles L et R 218-1 et suivants du code métropolitain qui traduisent ces compétences en droit national. Leur applicabilité dans les ZEE de chaque archipel du Pacifique est explicitement prévue au livre VI du code de l'environnement métropolitain. Ils concernent notamment :

- le contrôle et la gestion des eaux de ballast et des sédiments des navires⁶³ ;
- les rejets d'hydrocarbures et de résidus de substances liquides nocives transportées en vrac ou toute substance polluante ainsi que les accidents de mer⁶⁴ ;
- les pollutions dues aux opérations d'exploration ou d'exploitation du fond de la mer ou de son sous-sol⁶⁵ ;

⁶¹ Les pollutions qui peuvent contaminer la mer depuis la terre (rejets aqueux ou déchets solides) ou l'atmosphère, si elles sont d'une immense gravité, ne sont pas traitées ici. Elles appelleraient en effet des développements trop importants pour s'intégrer dans cet article. Là encore, notons l'effort fait par la Nouvelle-Calédonie avec l'adoption de la délibération n° 219 du 11 janvier 2017 relative à l'amélioration de la qualité de l'air ambiant, peu effective à ce jour.

⁶² Article 56 de la convention de Montego Bay.

⁶³ Articles L218-83 à L218-86, applicables dans les ZEE de Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis-et-Futuna, conformément aux articles L612-1, L622-1 et L632-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁶⁴ Articles L218-10 à L218-31, applicables dans les ZEE de Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis-et-Futuna, conformément aux articles L612-1, L622-1 et L632-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁶⁵ Articles L218-32 à L218-41, applicables dans les ZEE de Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis-et-Futuna, conformément aux articles L612-1, L622-1 et L632-1 du code métropolitain de l'environnement.

- les pollutions par les opérations d'immersion, sauf en ce qui concerne les déblais de dragage⁶⁶ ;
- les pollutions par les opérations d'incinération⁶⁷ ;
- et les mesures de police maritime d'urgence⁶⁸.

En Nouvelle-Calédonie et Polynésie française, les articles relatifs aux teneurs en soufre des combustibles sont aussi applicables dans la ZEE⁶⁹.

Dans ces deux archipels, en outre, ces articles du code métropolitain de l'environnement sont applicables « *sous réserve des compétences dévolues à* » chaque administration dans les eaux territoriales de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française⁷⁰. Cette réserve ne laisse en réalité que des reliquats de domaines de compétence matérielle étatique dans les eaux territoriales. Ainsi, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, l'article L218-58 quant à l'immersion des munitions est applicable dans les eaux territoriales, puisque les points 4° des articles 14 et 21 des lois organiques font relever de l'État tout ce qui a trait aux munitions. Aussi, en Polynésie française, l'article L218-72 quant aux mesures de police maritime d'urgence trouve à s'appliquer dans les eaux territoriales, conformément au point 9° de l'article 14 de la loi organique 2004-192⁷¹.

À Wallis-et-Futuna, la « protection de la nature et des végétaux » est énoncée parmi les compétences de l'assemblée territoriale⁷², mais pas la lutte contre les pollutions en mer. Les articles du code métropolitain de l'environnement relatifs aux pollutions marines étant applicables « *sous réserve des compétences dévolues au territoire* » dans les eaux

⁶⁶ Articles L218-42 à L218-58, applicables dans les ZEE de Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis-et-Futuna, conformément aux articles L612-1, L622-1 et L632-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁶⁷ Articles L218-59 à L218-71, applicables dans les ZEE de Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis-et-Futuna, conformément aux articles L612-1, L622-1 et L632-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁶⁸ Article L218-72 et D218-4 à R218-12, applicables dans les ZEE de Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et Wallis-et-Futuna, conformément aux articles L612-1, L622-1 et L632-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁶⁹ Articles L218-1 et L218-2, applicables dans les ZEE de Nouvelle-Calédonie et Polynésie française, conformément aux articles L612-1 et L622-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁷⁰ Articles L218-1 et L218-2, conformément aux articles L612-1 et L622-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁷¹ En Nouvelle-Calédonie, la police et la réglementation de la circulation maritime dans les eaux territoriales et la réglementation de la sécurité des navires ont été transférés à la Nouvelle-Calédonie depuis la loi du pays n° 2009-10 du 28 décembre 2009 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de police et sécurité de la circulation maritime s'effectuant entre tous points de la Nouvelle-Calédonie, et de sauvegarde de la vie humaine en mer dans les eaux territoriales.

⁷² Article 40 du décret n° 57-811 du 22 juillet 1957 relatif aux attributions de l'assemblée territoriale, du conseil territorial et de l'administrateur supérieur des îles Wallis-et-Futuna.

territoriales⁷³, c'est le droit national qui s'applique. Cependant, par une pirouette légistique propre à décontenancer les puristes, les dispositions du code métropolitain sont reproduites dans le code local⁷⁴.

À Clipperton, sans surprise, l'intégralité des dispositions métropolitaines est immédiatement applicable dans l'intégralité de l'espace maritime.

2) *Les dispositions propres à chaque archipel*

Puisque les articles du code métropolitain de l'environnement relatifs aux pollutions marines et ceux relatifs aux teneurs en soufre des combustibles sont applicables « *sous réserve des compétences dévolues à* » chaque administration dans les eaux territoriales de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française⁷⁵, en dehors des rares articles mentionnés au point précédent, chaque entité peut connaître des dispositions propres.

En Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, la compétence en matière de pollution en mer dans les eaux territoriales ne fait pas l'objet d'une attribution explicite⁷⁶. Les provinces, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française sont toutefois compétentes en matière environnementale dans leurs eaux territoriales, comme évoqué précédemment. De plus, la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française le sont aussi en matière d'hydrocarbures⁷⁷. Si le périmètre de chacune de ces compétences n'est pas exhaustivement précisé, ni par le juge ni par la loi, le Conseil d'État, en 2005⁷⁸, assied l'importance du critère finaliste, selon lequel « *c'est la finalité de la mesure envisagée qui prime lorsqu'il s'agit de déterminer l'autorité compétente* »⁷⁹.

⁷³ Article L632-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁷⁴ Articles L.224-1 et suivants du code de l'environnement de Wallis-et-Futuna ; ce code serait donc davantage un recueil.

⁷⁵ Articles L218-1 et L218-2, conformément aux articles L612-1 et L622-1 du code métropolitain de l'environnement. « Sous réserve des dispositions » adoptées localement aurait affiché une compétence interstitielle de l'État en matière de pollutions en mer dans les eaux territoriales : faute de texte local, le code métropolitain se serait appliqué. La tournure « sous réserve des compétences » utilisée dans le code métropolitain est potentiellement moins avantageuse, en l'état actuel du droit local, en termes environnementaux.

⁷⁶ Il en est différemment dans la ZEE, hors eaux territoriales.

⁷⁷ Articles 22 de la loi organique n° 99-209 et 13, 14 et 91 de la loi organique 2004-192.

⁷⁸ Conseil d'État, Section (avis), 30 août 2005 : « Bien qu'affectant le droit de propriété, de tels droits de préemption, qui font l'objet de la demande d'avis, constituent des outils au service d'une politique de l'urbanisme et, à ce titre, se rattachent au droit de l'urbanisme. Leur institution en Nouvelle-Calédonie ne relève dès lors pas de la compétence maintenue à l'État en ce qui concerne le droit civil. Il appartient à la Nouvelle-Calédonie de définir les « principes directeurs » que doivent respecter les dispositions relatives à l'exercice de droits de préemption à des fins d'urbanisme qui seraient mis en œuvre sur son territoire. »

⁷⁹ DAVID et DAVID, *op. cit.*

D'ailleurs, les listes réglementaires⁸⁰ des missions en mer incombant à l'État dans la zone maritime de Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française sont rédigés symétriquement : ils incluent l'élaboration des réglementations relatives à la lutte contre la pollution accidentelle en mer, la surveillance des pollutions par les rejets des navires en mer, la lutte contre la pollution due aux opérations d'exploration ou d'exploitation du fond ou du sous-sol de la mer et la lutte contre la pollution par les opérations d'immersion et d'incinération. Toutefois, les arrêtés précisent que ces normes sont édictées « hors compétence de la Nouvelle-Calédonie [et de la Polynésie française] sur les eaux intérieures, la mer territoriale » et le cas échéant la ZEE. Ces compétences ne sont toutefois pas énumérées exhaustivement dans ces arrêtés. L'articulation entre les différents échelons territoriaux semble confuse. Un panorama systématique des compétences en matière de lutte contre les pollutions marines et des acteurs qui en sont attributaires serait manifestement utopique, mais quelques dispositions ont été inventoriées.

En l'occurrence, les articles LP. 3131-1 et suivants du code de l'environnement de la Polynésie française créent un cadre pour la protection des eaux de baignade, des aires de reproduction des animaux et des zones de pêche, sanctionnant les pollutions aqueuses jusqu'à la limite extérieure des eaux territoriales de la Polynésie française. Les articles LP.3132-1 et suivants contribuent à la lutte contre la pollution par les rejets des navires⁸¹ en posant un cadre pour la responsabilité civile et l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de la pollution par les hydrocarbures et en établissant des dispositions répressives relatives aux rejets polluants des navires.

En Nouvelle-Calédonie, la province Nord a prévu des sanctions en ce qui concerne des pollutions en mer⁸². La Nouvelle-Calédonie a fixé des exigences quant à la qualité des produits pétroliers⁸³, qui concernent donc aussi les hydrocarbures alimentant les navires localement. Ces dispositions sont toutefois incomplètes.

En application du principe de permanence des textes selon lequel une disposition reste en vigueur tant qu'elle n'a pas été abrogée, et faute de texte local, ce sont donc les dispositions en vigueur au moment de

⁸⁰ Arrêté du 25 octobre 2016 établissant la liste des missions en mer incombant à l'État dans la zone maritime de Nouvelle-Calédonie et arrêté du 25 octobre 2016 établissant la liste des missions en mer incombant à l'État dans la zone maritime de Polynésie française.

⁸¹ Largement développé depuis la loi du pays n° 2017-25 du 5 octobre 2017 relative au code de l'environnement de la Polynésie française.

⁸² Article 431-1 du code de l'environnement de la province Nord relatif aux pollutions des eaux.

⁸³ Délibération n° 196 du 22 août 2006 relative à la qualité des produits pétroliers.

l'attribution de la compétence en matière de pollutions en mer qui restent d'actualité.

Les pollutions marines relevant de la compétence environnementale des provinces et de la Nouvelle-Calédonie dans leurs eaux territoriales respectives, ce seraient donc les dispositions métropolitaines en vigueur en août 1985⁸⁴ qui le seraient toujours dans les eaux intérieures provinciales et calédoniennes. Le cadre juridique des pollutions en mer y est donc composé, outre les rares dispositions locales, des dispositions qui y sont relatives figurant notamment dans :

- la loi modifiée n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution⁸⁵,
- la loi modifiée n°64-1331 du 26 décembre 1964 réprimant la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures⁸⁶,
- la loi n°77-530 du 26 mai 1977 relative à la responsabilité civile et à l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de la pollution par les hydrocarbures,
- la loi n° 79-1 relative à certaines infractions en matière de circulation maritime et complétant la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande,
- la loi n° 83-853 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution de la mer par les hydrocarbures,
- le décret n° 84-810 du 30 août 1984 relatif à la sauvegarde de la vie humaine en mer, à l'habitabilité à bord des navires et à la prévention de la pollution,
- et l'arrêté du 27 décembre 1984 fixant les règles techniques et les procédures applicables aux navires et à leurs équipements en matière de

⁸⁴ Date de l'entrée en vigueur de la loi n° 85-892 du 23 août 1985 sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie. En effet, c'est ce statut qui porte création des régions, ancêtres des provinces, et le juge administratif, dans l'arrêt TA Nouméa 2 avril 1991 n° 9000373, considère « *qu'il résulte clairement des dispositions législatives antérieures à celles de la loi précitée, du 9 novembre 1998, que le législateur a toujours entendu réserver aux régions les compétences nécessaires en matière de ressources naturelles, et plus particulièrement forestières et de protection de l'environnement ; que les provinces [...] se sont substituées aux régions ; que, si [...] la police intéressant la réglementation des végétaux a été confiée au territoire il n'en est pas de même de la protection de l'environnement, laquelle ne relève ni de l'État, ni du Territoire et se trouve donc [...] ressortir de la compétence des provinces* ».

⁸⁵ Modifiée notamment par la loi n° 84-602 du 13 juillet 1984.

⁸⁶ Modifiée notamment par la loi n° 79-5 du 2 janvier 1979 portant modification de la loi n° 64-1331 du 26 décembre 1964 sur la pollution de la mer par les hydrocarbures.

sauvegarde de la vie humaine en mer, d'habitabilité a bord et de prévention de la pollution.

Cette situation est pour le moins triste, les pollutions en mer dans les eaux territoriales méritant autant que la ZEE une protection juridique des plus modernes et complètes. Les pollutions ont d'ailleurs rarement l'heur de se cantonner à une seule circonscription. L'adoption de dispositions locales permettant une lutte contre les pollutions marines aussi complète dans les eaux intérieures que dans la ZEE de la Nouvelle-Calédonie est donc vivement souhaitable.

Le panel de dispositions est donc plutôt hétéroclite en ce qui concerne la préservation du patrimoine naturel marin dans les diverses eaux françaises du Pacifique, leurs auteurs variant selon les matières et selon la nature juridique des eaux considérées. Pour autant, elles sont soumises à des règles en matière pénale et de procédure pénale très comparables, présentées dans la partie à venir.

II. QUI ENCADRE LE CONTRÔLE ET LA SANCTION DES INFRACTIONS ENVIRONNEMENTALES DANS LES EAUX FRANÇAISES DU PACIFIQUE ?

En droit interne français, le droit de l'environnement est désormais considéré comme « un droit adulte »⁸⁷. Il reste cependant évolutif et appelle de surcroît des ajustements de branches classiques du droit telles que le droit pénal et la procédure pénale.

En Métropole, par exemple, des réflexions sont menées vers la spécialisation de magistrats susceptibles de traiter des questions environnementales⁸⁸.

Aussi, en ce qui concerne l'environnement marin, la surveillance peut constituer un défi particulier du fait de l'immensité des territoires à surveiller et des conditions parfois extrêmes des contrôles.

Dans le Pacifique, les sollicitations du droit pénal et de la procédure pénale par l'environnement prennent encore une autre dimension. En effet, les dispositions relatives au patrimoine naturel marin peuvent émaner de l'État, de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, de la Polynésie française ou de Wallis-et-Futuna, selon les compétences territoriales ou matérielles de chacun. Chacun bénéficie dans son domaine d'une totale latitude pour

⁸⁷Michel PRIEUR, *Précis de droit de l'environnement*, 7e éd., Précis DALLOZ (Dallos, s. d.), p. 10.

⁸⁸ Illustrées notamment par le rapport rédigé sous la présidence d'Yves JEGOUZO, « Pour la réparation du préjudice écologique » (Paris: Ministère de la Justice, septembre 2013), <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/134000619/index.shtml>. et par les travaux de l'UICN France accessibles sous <http://www.tribunaux-environnement.fr/>

qualifier des infractions environnementales. Toutefois, cette latitude est amoindrie « dès lors qu'elle interfère avec les libertés publiques garanties constitutionnellement [...] Il est en effet essentiel de garantir la sécurité juridique des citoyens sur l'ensemble du territoire de la République, et de les faire bénéficier du même degré de respect des droits fondamentaux et libertés publiques quelle que soit la collectivité dans laquelle ils se trouvent. »⁸⁹.

Pour les archipels français du Pacifique, le sujet du prononcé des sanctions pénales ne diffère pas de la Métropole : elles relèvent des magistrats, agents de l'État. Par contre, la question de la détermination des sanctions qu'ils sont susceptibles de prononcer est sensible. Condition du plein exercice de la compétence matérielle environnementale, elle est largement conditionnée par la loi française (A). Aussi, la procédure pénale applicable dans les diverses eaux françaises n'est pas monolithique. Le fait d'octroyer certains pouvoirs aux administrations locales en matière de contrôle, en les rendant actrices de la mise en œuvre de leurs textes, soulève de nombreuses interrogations (B).

A. La détermination des sanctions des infractions environnementales

Fort logiquement, pour ce qui émane de l'État, la caractérisation des infractions, la détermination des sanctions proportionnées et celle des procédures pénales justifiées au regard des enjeux environnementaux peuvent être réfléchis de concert et adoptés par la même autorité.

Ce n'est pas le cas pour les infractions caractérisées par les administrations locales dans le Pacifique. En effet, la loi nationale reste seule garante des libertés constitutionnelles, qui sont impactées par les principes généraux du droit pénal. Au-delà du principe d'égalité⁹⁰, élément de la devise de la République, les principes de légalité des peines et des procédures, tiennent donc la bride courte au droit local.

1) La sanction des infractions environnementales qualifiées par l'État

En ce qui concerne le droit pénal général, le code pénal est pour ainsi dire intégralement⁹¹ applicable dans les trois archipels, conformément aux dispositions de l'article 711-1 de ce code. Si l'article 410-1 mentionne « l'équilibre de son milieu naturel et [...] son environnement » parmi les

⁸⁹ Emmanuelle GINDRE, « Les limites de la protection pénale de l'environnement polynésien », *Revue juridique de l'environnement* me 36, n° 2 (2011): 227-47, p. 236.

⁹⁰ Ferdinand MELIN-SOUCRAMANIEN, « Les adaptations du principe d'égalité à la diversité des territoires », *Revue Française de Droit Administratif*, Dalloz, 1997, 906.

⁹¹ À l'exception, de façon surprenante, du livre VI subtilement intitulé « des contraventions » et qui punit les clients de la prostitution.

intérêts fondamentaux de la Nation, il ne punit toutefois pas en soit d'atteintes à l'environnement⁹², ni *a fortiori* à l'environnement marin, qui relèveraient du code de l'environnement.

Pour ce qui a trait au droit pénal spécial et aux sanctions administratives, les dispositions applicables dans le Pacifique du code métropolitain de l'environnement⁹³ ou du code rural et des pêches maritimes comportent des qualifications d'infractions ainsi que les sanctions dont elles sont assorties (et les éventuelles procédures *ad hoc*).

Les articles de ces codes rendant applicables les sanctions et procédures pénales relatives à la pollution en mer et au défaut d'autorisation de pêche hauturière dans les eaux concernées des archipels du Pacifique ont été adoptés sans qu'on puisse trouver trace d'un avis des administrations locales. Leur dernière modification date de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, qui a fait l'objet d'avis de la part du congrès de la Nouvelle-Calédonie⁹⁴ et de l'assemblée de la Polynésie française⁹⁵. Ces avis, défavorables, ne se concentraient toutefois que sur les dispositions relatives à l'accès et au partage des avantages tirés de l'exploitation des ressources biologiques et génétiques.

À Clipperton, l'ensemble du code de l'environnement métropolitain étant applicable, les sanctions encourues pour les infractions sont les mêmes qu'en Métropole. Il ne semble pas toutefois que la moindre ait jamais été verbalisée.

Ailleurs, les principes de légalité des peines et des procédures excluent la fantaisie autant que le réalisme local.

Alors que des ponts sont à construire entre ces deux mondes, il est par exemple impossible de pénaliser les règles environnementales coutumières, orales, sans en travestir la nature. Juridiquement cohérent, ce paramètre révèle déjà le hiatus entre la reconnaissance légale d'identités

⁹² À l'exception notable des dépôts de déchets conformément aux articles R632-1, R633-6 et R635-8 ainsi que de certains incendies, décrits aux articles 322-5 et 322-6, et des « *dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, qui seraient manifestement disproportionnés par rapport à l'avantage militaire concret et direct attendu de l'ensemble de l'attaque* » dans le cadre de conflit armé international, tels que prévus à l'article 461-28. Toutefois, le code de l'environnement métropolitain prévoit, en son article L216-6, une peine délictuelle pour la pollution des « *eaux de la mer dans les limites des eaux territoriales* ».

⁹³ Conformément aux articles L612-1, L622-1 et L632-1 du code métropolitain de l'environnement.

⁹⁴ Avis du 21 mars 2014 portant sur le projet de loi relatif à la biodiversité.

⁹⁵ Avis n° 2014-6 A/APF du 10 avril 2014 sur le projet de loi relatif à la biodiversité.

culturelles propres⁹⁶ et la sclérose par des approches administratives très contraintes par le principe d'égalité. Aucune disposition de droit commun ne saurait sanctionner le non-respect d'interdits coutumiers, du fait du principe de légalité des peines tel qu'on l'entend en droit français.

Des tentatives sont faites pour considérer, en droit commun de l'environnement, l'existence d'usages coutumiers. Par exemple, le code de l'environnement polynésien consacre l'existence du Rahui⁹⁷ pour conclure que « *ces règles non écrites appliquées de manière traditionnelle ne peuvent pas contredire les législations et réglementations en vigueur en Polynésie française, en particulier les dispositions du présent code.* ». Aussi, en Nouvelle-Calédonie, depuis 1977, est prévue la possibilité d'autorisations de pêche de tortues vertes, espèce protégée, pour les fêtes coutumières⁹⁸. La rencontre entre les univers administratif et coutumier ne se fait toutefois pas en un jour. Si la pratique des prélèvements coutumiers est probablement décroissante, les autorisations en ce sens commencent à être sollicitées depuis une dizaine d'années. De plus en plus, elles sont même parfois formulées avant que les prélèvements ne soient opérés...

Ces principes assujettissent aussi les dispositions environnementales de droit commun adoptées localement.

2) *La détermination des sanctions des infractions environnementales qualifiées par les administrations locales*

a. Les sanctions pénales

L'article 14 de la loi n° 61-814 du 29 juillet 1961 modifiée conférant aux îles Wallis et Futuna le statut de territoire d'outre-mer permet à l'assemblée territoriale d' « *émettre des avis tendant à l'établissement, pour les matières qu'elle régleme, de sanctions fiscales et pénales. Les peines sanctionnant les infractions aux délibérations à caractère réglementaire seront instituées par arrêtés de l'administrateur supérieur. En matière pénale, elles ne pourront excéder trois mois d'emprisonnement et une amende de 3 000 NF métropolitains.* » Les sanctions aux infractions de dispositions de l'assemblée territoriale adoptées par l'administrateur supérieur, si elles existent, ne sont pas codifiées. Les articles E.216-1 et suivants prévoient des sanctions en ce qui concerne les espèces protégées,

⁹⁶ Article 57 de la loi organique 2004-092 quant à l'identité culturelle polynésienne et articles 143 et 145 de la loi organique n° 99-209 quant au rôle du Sénat coutumier relatif à l'identité kanak.

⁹⁷ Article LP. 2122-1 du code de l'environnement de la Polynésie française.

⁹⁸ Modalités issues de la délibération n° 220 du 3 août 1977 portant figurant désormais à l'article 252-4 du code de l'environnement de la province Nord, à la délibération n° 10167-2009/DENV/CM du 3 avril 2009 relative à la protection de la tortue verte (*Chelonia mydas*), espèce protégée et à l'article.

dont la numérotation signifie qu'elles ont été adoptées par l'assemblée territoriale elle-même. Leur légalité est donc pour le moins douteuse.

Les articles 21 II 5°, 86, 87 et 157 de la loi organique n° 99-209 ainsi que les articles 20, 21 et 94 de la loi organique n° 2004-192, permettent à la Nouvelle-Calédonie, aux provinces et à la Polynésie française⁹⁹, pour toutes les infractions environnementales qu'elles édictent, d'établir des peines d'amendes et des peines complémentaires ainsi que, sous réserve d'une homologation par la loi, des peines d'emprisonnement « *qui respectent la classification des contraventions et délits et n'excèdent pas le maximum prévu pour les infractions de même nature par les lois et règlements de la République.* »

Le pouvoir de prévoir des sanctions pénales est donc associé à celui de disposer en matière environnementale. La cour de Cassation n'y a pas relevé d'objection¹⁰⁰.

La Nouvelle-Calédonie, les provinces et la Polynésie française n'ont donc de latitude, en ce qui concerne les sanctions pénales, que dans la stricte des limites de ce qui est prévu en Métropole, quant à la qualification des infractions à sanctionner comme à la sévérité des peines possibles. Cela a pu être contraignant lors de l'élaboration des codes de l'environnement. Par exemple, lorsque la province Sud a souhaité soumettre à autorisation préalable ou à déclaration certains défrichements ou des atteintes à des écosystèmes d'intérêt patrimonial, l'absence d'infraction « de même nature » en métropole a empêché l'assemblée de prévoir des sanctions pénales. Autre illustration, la Polynésie française a pu se retrouver otage de classifications posées par la métropole en ce qui concerne les pollutions en mer ou en eaux douces alors que les enjeux environnementaux et sanitaires sont tout autres localement. « *Le recopiage des nuances, inadaptées localement, du Code métropolitain en matière de rejets polluants répond à ce souci de respecter le maximum des peines applicables pour des infractions de même nature.* »¹⁰¹.

La situation décrite pour la Polynésie française vaut donc aussi pour la Nouvelle-Calédonie et les provinces : « *Les limites fixées par la loi organique statutaire à la mise en œuvre de ses prérogatives pénales par la Polynésie française vont au-delà du seul respect des règles générales de droit pénal et procédure pénale. Elles assujettissent également la Polynésie française au droit pénal spécial et plus particulièrement au droit pénal de l'environnement métropolitain.* »¹⁰².

⁹⁹ Bien que l'article 14 de la loi organique 2004-192 attribue le droit pénal à l'État.

¹⁰⁰ Cour de cassation – Chambre criminelle – 23 septembre 2008 – n° 08-80.615.

¹⁰¹ E. GINDRE, « Les limites de la protection pénale de l'environnement polynésien », p. 239.

¹⁰² E. GINDRE., *op. cit.*, p. 236.

b. Les sanctions administratives

Parallèlement aux sanctions pénales « importées » de métropole, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et la Polynésie française peuvent prévoir des sanctions administratives pour toutes les infractions, y compris environnementales, qu'elles édictent¹⁰³.

Aucune restriction n'est alors posée par les lois organiques. Cette situation peut sembler surprenante, « *alors que le procédé de la sanction administrative a, historiquement, fait l'objet de nombreuses critiques de principe, essentiellement fondées sur l'atteinte portée à la séparation des pouvoirs.* »¹⁰⁴.

Une fois rendues possibles par la loi, les sanctions administratives peuvent être établies sans autre guide que la jurisprudence administrative, constitutionnelle et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme¹⁰⁵. Pour le cas des collectivités d'outre-mer, le Conseil d'État a d'ailleurs considéré qu'elles étaient libres « *de déterminer, en tant que de besoin, les pénalités administratives sanctionnant les infractions aux règles qu'[elles édictent], pénalités à défaut desquelles ces règles constitueraient des obligations dépourvues de sanctions* »¹⁰⁶.

En l'occurrence, l'administration auteure de la qualification d'une infraction en Nouvelle-Calédonie ou en Polynésie française dispose donc de toute latitude pour prévoir les sanctions administratives encourues alors qu'elle est canalisée en ce qui concerne les sanctions pénales. Or, si ces sanctions ne peuvent pas compter de peines privatives de liberté, elles peuvent consister en de lourdes sommes, en des obligations de faire ou de ne pas faire, en des retraits ou annulations d'autorisation qui ne sont pas anodines pour la personne qui les subirait.

Surtout, dans des archipels dont les populations ne sont pas spécialement abondantes¹⁰⁷, chaque administration dispose de structures et d'effectifs contraints. L'administration auteure de la qualification de l'infraction (Nouvelle-Calédonie, Polynésie française ou province) est aussi celle qui instruit, le cas échéant, les autorisations dont le défaut ou le non-respect constitue l'infraction. Elle est, de surcroît, celle qui prévoit la sanction administrative encourue et dont le président commissionne les

¹⁰³ Articles 20 de la loi organique n° 2004-192, y compris en matière environnementale puisque ce champ n'est pas exclu, et 86 et 157 de la loi organique 99-209.

¹⁰⁴ Henry-Michel CRUCIS, « Sanctions administratives », *JurisClasseur Administratif* (Lexisnexis, 2012), http://www.lexis360.fr/document?docid=EN_KEJC-118222_0KPB.

¹⁰⁵ Notamment l'arrêt du 21 février 1984, "Oztürk c/ Allemagne".

¹⁰⁶ CE, 28 juill. 1995, Sté SDG Continent : JurisData n° 1995-044300 ; Rec. CE 1995, p. 330 ; Dr. adm. 1995, comm. 621, cité par CRUCIS.

¹⁰⁷ Selon l'INSEE, 275 000 habitants en Polynésie française en 2017, 269000 en Nouvelle-Calédonie en 2014.

agents verbalisateurs¹⁰⁸. Enfin, c'est aussi celle dont le président arrête l'opportunité, la nature et le quantum de chaque sanction administrative, dans le cadre posé par la Constitution et la jurisprudence. Le principe de séparation des pouvoirs est pour le moins maltraité.

Si la Polynésie française a consacré dans un instrument opposable aux tiers sa procédure interne en matière de sanctions administratives¹⁰⁹, ce n'est le cas ni pour la Nouvelle-Calédonie, ni pour les provinces, ni pour Wallis-et-Futuna. Les sanctions administratives prévues sont donc *a priori*, à l'instar des sanctions pénales sans que ce ne soit une exigence de la loi, copiées sur celles prévues en métropole¹¹⁰. Deux exemples toutefois trahissent une volonté de donner corps localement à des dispositions qui ne sont pas importées du droit métropolitain : les défrichements et les atteintes à des écosystèmes d'intérêt patrimonial réalisés en infraction au code de l'environnement de la province Sud. Ces infractions ne pouvant pas être assorties de sanctions pénales faute de pendant métropolitain, elles sont assorties de sanctions administratives¹¹¹.

Leur nature et leurs maxima sont toutefois déterminés au vu des infractions métropolitaines les plus voisines¹¹². En effet, bien que la loi ne contraigne pas à calquer des références métropolitaines, les administrations sont conscientes de l'enjeu de libertés publiques que comporte une sanction quelle qu'elle soit et de la vigilance des juges sur ce point. Alors que c'est la sanction risquée qui donne à une infraction une partie de son poids, les administrations restent donc très prudentes lorsqu'elles les prévoient.

Celles qui sont prononcées en la matière concernent généralement la police de l'environnement historiquement la plus structurée et la plus éprouvée : celle des ICPE¹¹³. Il semble que les administrations en charge de police de l'environnement soient peu familières de l'exercice et redoutent le désaveu éventuel du juge administratif. Aucune décision d'un juge quant à

¹⁰⁸ Articles 35 de la loi organique n° 2004-192 et 86 et 157 de la loi organique n° 99-209. Ces textes n'excluent pas qu'une police puisse être mise en place par une autorité indépendante.

¹⁰⁹ Articles LP. 1622-1 et suivants du code de l'environnement de la Polynésie française.

¹¹⁰ En matière d'ICPE notamment.

¹¹¹ Articles 235-1 et suivants et 431-8 et suivants du code de l'environnement de la province Sud.

¹¹² Respectivement, pour les défrichements et les écosystèmes, les articles L313-1 et suivants du code forestier métropolitain et L415-3 et suivants du code de l'environnement.

¹¹³ Par exemple l'arrêté n° 5565 MCE/ENV du 20 juin 2017 portant fermeture de l'élevage de poules pondeuses de M. Armand Ah-Sin autorisé par arrêté n° 1530 MEN du 19 mars 1999 "autorisant l'extension de l'élevage de poules pondeuses exploité par M Armand Ah-Sin, établissement de la 1re classe des installations classées pour la protection de l'environnement, situé à Faaroa, commune de Taputapuatea, île de Raiatea", ou l'arrêté n° 553-2014/ARR/DIMEN du 14 février 2014 imposant la fermeture partielle de l'activité de carrosserie peinture de la société Body Car sise 6 rue Lavoisier ZI Ducos – commune de Nouméa.

une sanction administrative prononcée en matière environnementale par la Polynésie française, la Nouvelle-Calédonie ou les provinces n'a toutefois pu être recensée.

B. La procédure pénale en cas d'infraction aux dispositions environnementales locales

En matière de procédure pénale, la compétence de l'État est consacrée dans la Constitution et les lois organiques¹¹⁴. Toutefois, cette exclusivité connaît deux entorses principales : la possibilité de commissionner des agents en charge du contrôle du respect de leurs dispositions par la Nouvelle-Calédonie, les provinces et la Polynésie française et la possibilité de régler le droit de transaction, qui impacte la procédure en ce qu'il peut éteindre l'action publique.

1) Le contrôle du respect des dispositions environnementales dans les eaux françaises du Pacifique

- a. La compétence des agents de l'État pour la recherche et la constatation des infractions au droit national

Les infractions aux dispositions environnementales édictées par l'État sont recherchées et le cas échéant constatées par la police judiciaire¹¹⁵ territorialement compétente dans chaque collectivité. Ces fonctionnaires d'État¹¹⁶ sont soumis *a priori* aux règles communes de procédure pénale conformément aux articles 804 et suivants du code de procédure pénale.

En outre, en matière de pêche dans les eaux du Pacifique, la procédure pénale applicable a été adaptée aux articles L. 955-3 et L.955-4, L. 956-3 et L.956-4, L. 957-3 et L.957-4 du code rural et de la pêche maritime. Aussi, en ce qui concerne la pollution des océans, ce sont les articles L218-26 et suivants, L218-36 et suivants, L218-53 et suivants et L218-66 et suivants du code métropolitain de l'environnement qui sont applicables.

¹¹⁴ Article 34 de la Constitution et points 2° de l'article 14 de la loi organique n° 2004-192 et de l'article 21 de la loi organique 99-209.

¹¹⁵ Telle que décrite à l'article 15 du code pénal.

¹¹⁶ Les agents municipaux (policiers municipaux et gardes-champêtres) peuvent disposer de certaines prérogatives qui ne sont pas traitées ici, notamment en ce qui concerne les dispositions du code pénal en matière de gestion des déchets et, conformément aux dispositions de l'article L. 614-1-1 du code métropolitain de l'environnement, les dispositions applicables localement en matière notamment de protection du patrimoine naturel, de pêche et de gestion des ressources halieutiques, ainsi que de prévention et de gestion des déchets.

Ces dispositions s'appliquent aux agents de l'État, seuls¹¹⁷ compétents pour contrôler le respect des dispositions étatiques applicables localement. Comme développé plus haut, la plupart de ces dispositions ne sont applicables que dans la ZEE.

En outre, le code de procédure pénale est pour l'essentiel applicable dans les eaux françaises du Pacifique¹¹⁸, y compris son article 706-2-3. Ce dernier permet de constater les infractions relatives notamment au commerce en ligne de certaines espèces, dans des circonstances précises, en participant à des forums en ligne. Toutefois, l'article L415-3 du code de l'environnement qui prévoit les infractions relevant de cette hypothèse n'est applicable que dans les eaux de Clipperton.

Les articles 706-107 et suivants du code de procédure pénale relatifs aux pollutions des eaux maritimes par rejets des navires renvoient quant à eux à des articles du code de l'environnement métropolitain¹¹⁹ qui ne sont applicables que dans les espaces maritimes de Clipperton et de Wallis-et-Futuna et les ZEE de la Nouvelle-Calédonie et de Wallis-et-Futuna.

En vertu des principes de légalité de la procédure pénale, issu notamment de l'article 7 de la Déclaration universelle des Droits de l'Homme et du Citoyen, et de spécialité législative, ces procédures ne trouvent à s'appliquer que lorsque les infractions qu'elles visent à constater sont légalement constituées. Une procédure pénale spéciale ne s'appliquerait que pour la recherche des infractions des dispositions expressément mentionnées. La question mérite d'être posée pour ce qui concerne des dispositions tierces, locales, qui seraient « de même nature ».

b. Les infractions au droit local

Les différents agents en charge de missions de contrôles du respect des dispositions environnementales locales dans les eaux françaises du Pacifique disposent de compétences variées.

Les agents de l'État mettent en œuvre leurs prérogatives respectives en la matière conformément aux dispositions générales du code de procédure pénale, sous réserve des adaptations prévues aux articles 804 et suivants en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et à Wallis-et-Futuna. Les principes de légalité de la procédure pénale et de spécialité législative empêchent cependant qu'ils mettent en œuvre dans les archipels les procédures pénales spécifiques à l'environnement pour la recherche des infractions aux dispositions locales. En effet, faute de disposition rendant applicables ces procédures aux dispositions adoptées dans les archipels

¹¹⁷ À l'exception, là encore, des agents municipaux dont les spécificités ne sont pas traitées ici.

¹¹⁸ Conformément à ses articles 804 et suivants.

¹¹⁹ Articles L218-10 à L218-31 du code métropolitain de l'environnement.

français du Pacifique, elles ne s'appliquent *a priori* qu'aux infractions aux dispositions établies par la Métropole. Cette spécificité a deux inconvénients majeurs : elle implique qu'une procédure réputée plus adaptée à la recherche d'une infraction environnementale ne puisse pas être mise en œuvre et elle induit un risque d'erreur de la part des agents d'État, OPJ ou magistrats, qui ne seraient pas familiers du principe de spécialité législative.

L'article 809 du code de procédure pénale permet en outre aux agents assermentés de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, de Polynésie française et de Wallis-et-Futuna de constater par procès-verbal des infractions aux réglementations qu'elles édictent¹²⁰, y compris donc en matière environnementale¹²¹.

Cette faculté est confirmée aux articles 86 et 157 de la loi organique n° 99-209 pour la Nouvelle-Calédonie et les provinces, sans en étoffer le champ. Les agents de la Nouvelle-Calédonie et des provinces ont un strict pouvoir de contrôle dans les conditions fixées par la loi nationale.

Les agents verbalisateurs de Polynésie française ont une marge de manœuvre plus importante. L'article 35 de la loi organique n° 2004-192 leur permet de « *demander aux contrevenants de justifier de leur identité, procéder à des consignations, des prélèvements d'échantillons, des saisies conservatoires, des retraits de la consommation, édicter des interdictions ou des prescriptions, conduire les contrevenants devant un officier de police judiciaire. Ils peuvent également être habilités à effectuer des visites en présence d'un officier de police judiciaire requis à cet effet* ».

Une extension de telles dispositions irait dans le sens d'une meilleure efficacité des recherches des agents verbalisateurs en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna, qui sont à ce jour limités au simple constat des infractions sans aucune fioriture en termes de recherche, de constitution de preuve matérielle au-delà de leurs constatations visuelles ou de contrainte à la cessation de l'infraction.

Toutefois, une telle marge de manœuvre ne pourrait être efficace que si les agents des collectivités françaises du Pacifique bénéficiaient obligatoirement d'une formation en cohérence avec les responsabilités induites. À ce jour en effet, leurs recrutements et commissionnements ne

¹²⁰ Il exclut toutefois la possibilité pour les agents de ces collectivités de verbaliser des infractions aux dispositions nationales.

¹²¹ L'article L. 614-1-1 de code l'environnement prévoit de surcroît que « Outre les officiers et agents de police judiciaire et les agents assermentés et commissionnés à cet effet en Nouvelle-Calédonie, les agents de police municipale sont habilités à rechercher et à constater les infractions aux dispositions applicables localement en matière de protection du patrimoine naturel, de pêche et de gestion des ressources halieutiques, ainsi que de prévention et de gestion des déchets, de prévention des nuisances visuelles, dans les limites et selon les modalités fixées par le code de procédure pénale. » cette dimension n'est toutefois pas traitée ici.

sont pas conditionnés à une quelconque formation en matière de droit et procédure pénale, *a fortiori* spécifique à l'environnement¹²².

En outre, l'habilitation donnée à la Polynésie française par l'article 31 de la loi organique 2004-192 pour participer « *dans le respect des garanties accordées sur l'ensemble du territoire national pour l'exercice des libertés publiques, sous le contrôle de l'État, [...] à l'exercice des compétences qu'il conserve dans le domaine législatif et réglementaire [en matière de] recherche et constatation des infractions* » est précisée à l'article 35. Par une « loi du pays », la Polynésie française peut fixer des « *dispositions permettant aux fonctionnaires et agents assermentés des administrations et services publics de la Polynésie française [...] de rechercher et de constater les infractions* » aux dispositions environnementales adoptées localement. Toutefois, l'adoption des lois du Pays polynésiennes portant sur la procédure pénale exige une approbation préalable par décret ratifié par la loi nationale¹²³. Il ne s'agit donc finalement que d'une procédure donnant à la Polynésie l'initiative de dispositions applicables seulement sur son territoire mais qu'elle ne peut adopter qu'après approbation par l'État.

En matière de procédure pénale, ce n'est même pas le cas puisque l'article 35 de la loi organique précise aussi que ces dispositions ne peuvent exister que « *dans les mêmes limites et conditions que celles fixées par la loi* ». « *L'approbation préalable et l'obligation de respecter le cadre législatif métropolitain marquent bien la prédominance de l'État dans la définition des règles de procédure pénale applicable dans la collectivité* »¹²⁴.

Finalement, c'est donc la loi nationale qui conditionne le cadre d'exercice des agents de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, de Polynésie française et de Wallis-et-Futuna en charge de la constatation des infractions à leurs dispositions environnementales. Cette circonstance satisfait le « *principe d'unité législative en matière de protection des libertés individuelles et des droits fondamentaux* »¹²⁵. Cela n'exclut pas obligatoirement l'adoption de dispositions *ad hoc*. Ces dispositions, adoptées par la loi nationale, s'appliqueraient d'emblée ou, en Polynésie française, après adoption d'une loi du pays en reprenant les termes.

¹²² À la différence des OPJ, APJ et APJA. Cela vient notamment des considérations de droit de la fonction publique : il n'y a pas de concours pour le recrutement des agents en charge de mission de police (ni *a fortiori* de police de l'environnement) par les collectivités françaises du Pacifique (le cas du personnel municipal n'est pas traité ici).

¹²³ En application de l'article 34 de la Constitution et de l'article 42 de la loi organique 2004-192.

¹²⁴ E. GINDRE, « Les limites de la protection pénale de l'environnement polynésien », p. 235.

¹²⁵ *Ibid.*

En Polynésie française, le code de l'environnement compte ainsi un titre consacré notamment aux contrôles¹²⁶.

Au niveau national, une procédure pénale environnementale est désormais structurée¹²⁷, bien qu'encore imparfaite¹²⁸. Elle pourrait servir de base de dialogue pour déterminer, en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-et-Futuna voire en Polynésie française, une procédure pénale environnementale adaptée rendue possible par leur statut et nécessaire par leur contexte écologique, démographique et culturel. La distinction opérée en droit national entre les contrôles réalisés par « *d'une part, des officiers et agents de police judiciaire qui agissent dans le cadre du droit commun posé par le Code de procédure pénale et, d'autre part, des agents des polices spéciales de l'environnement* »¹²⁹ faciliterait la distinction outre-mer entre les procédures applicables aux agents de l'État et à ceux des collectivités.

Le Gouvernement français a été autorisé à adopter de telles dispositions pour la Nouvelle-Calédonie¹³⁰, avant avril 2016. Aucune ordonnance toutefois n'a été promulguée dans les délais impartis.

Si différents agents sont susceptibles d'exercer des contrôles dans les eaux intérieures et territoriales, les opérations de police de l'environnement dans les ZEE sont exclusivement réalisées par l'Action de l'État en mer, le cas échéant en coordination avec les agents locaux en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française qui disposent d'une expertise technique¹³¹. En effet, les agents provinciaux n'y ont pas de compétence territoriale. Ceux de la Nouvelle-Calédonie et de Polynésie française sont territorialement

¹²⁶ Articles LP. 1610-1 et suivants, introduits par la loi du pays n° 2017-25 du 5 octobre 2017 relative au code de l'environnement de la Polynésie française.

¹²⁷ Ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 portant simplification, réforme et harmonisation des dispositions de police administrative et de police judiciaire du Code de l'environnement.

¹²⁸ Véronique JAROWSKI, « Le volet pénal de l'ordonnance n° 2012-34 du 11 janvier 2012 », *Revue juridique de l'environnement* me 38, n° 2 (2013) : 221-36.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Article 79 de la loi n° 2015-1268 du 14 octobre 2015 d'actualisation du droit des outre-mer : « Dans les conditions prévues à l'article 38 de la Constitution et dans un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toute mesure relevant du domaine de la loi visant à étendre et à adapter, dans les collectivités régies par l'article 74 de la Constitution et en Nouvelle-Calédonie, les dispositions permettant aux agents publics de rechercher et de constater par procès-verbal certaines infractions aux réglementations édictées localement, notamment en matière d'environnement, de chasse, de pêche, d'urbanisme, de stationnement payant ou de santé ou de salubrité publiques. » Le projet de loi de ratification de l'ordonnance prévue au premier alinéa est déposé devant le Parlement au plus tard le dernier jour du troisième mois suivant celui de la publication de l'ordonnance. »

¹³¹ Conformément à l'article 5 du décret n° 2005-1514 du 6 décembre 2005 relatif à l'organisation outre-mer de l'action de l'État en mer.

compétents mais ne disposent pas de moyens nautiques leur permettant d'y opérer des missions de police¹³².

Vu les superficies à contrôler, il serait opportun de pouvoir s'appuyer sur les moyens de suivi satellitaire déployés localement¹³³. Cependant, faute de disposition de procédure pénale en ce sens, ils ne disposent pas à ce jour de valeur probante en soit.

2) *Le droit de transaction*

Réglementer le droit de transaction est une autre faculté laissée à la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et les provinces pour assoir le caractère dissuasif des dispositions qu'elles adoptent¹³⁴. Ainsi, les infractions peuvent faire l'objet d'un traitement direct, potentiellement accéléré, par l'administration verbalisatrice.

En Polynésie française, cette possibilité reste limitée aux « *matières administrative, fiscale, douanière ou économique relevant de sa compétence* »¹³⁵. Cela n'interdit pas que des infractions environnementales soient concernées, lorsqu'elles consistent par exemple en des défauts d'autorisation administrative ou des trafics d'espèces protégées par la Convention de Washington sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction. D'ailleurs, l'article LP. 1640-10 du code de l'environnement de Polynésie française pose le cadre des transactions susceptibles d'être proposées suite à des infractions à ce code.

En ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie et les provinces, le droit de transaction peut être réglementé pour toutes les matières de leur compétence¹³⁶, y compris donc l'environnement. Des dispositions ont aussi été prises en ce sens, par la Nouvelle-Calédonie¹³⁷ et l'une des provinces¹³⁸.

¹³² Le navire Amborella de la direction des affaires maritimes de la Nouvelle-Calédonie n'est pas affecté à des missions de police de l'environnement marin. Le 15 janvier 2017, il a effectué une mission en partenariat avec la province Sud, la gendarmerie maritime, la police nationale et la société nationale de sauvetage en mer, aux fins de sensibilisation du public.

¹³³ Arrêté n° 463 CM du 5 avril 2012 précisant les modalités d'utilisation du système de suivi des navires de pêche par satellite en Polynésie française et arrêté n° 2013-525/GNC du 5 mars 2013 relatif au suivi satellitaire des navires de pêche dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie. Au niveau régional, l'agence des pêches du forum des pêches des Îles du Pacifique contribue à la gestion d'un système de suivi satellitaire des navires dans les ZEE et la Commission des pêches du Pacifique central et occidental en Haute-mer.

¹³⁴ Articles 23 de la loi organique n° 2004-192 et 88 et 157 de la loi organique n° 99-209.

¹³⁵ Article 23 de la loi organique n° 2004-192.

¹³⁶ Articles 88 et 157 de la loi organique n° 99-209.

¹³⁷ Délibération n° 54/CP du 14 juin 2016 relative au droit de transaction pénale en matière d'infractions à certaines réglementations vétérinaires, alimentaires et phytosanitaires.

¹³⁸ Délibération n° 6-2012/APS du 26 avril 2012 instaurant une procédure de transaction pénale pour les infractions au code de l'environnement de la province Sud.

Le contrôle du pouvoir judiciaire, en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, est limité au fait que, « lorsqu'elle porte sur des faits constitutifs d'infraction et a pour effet d'éteindre l'action publique, la transaction ne peut intervenir qu'avec l'accord du procureur de la République »¹³⁹. S'agissant d'une transaction, il est peu probable que le juge administratif soit jamais sollicité, d'autant que les transactions ne font pas l'objet de publication aux journaux officiels.

Le droit de l'environnement se développant continuellement, il est susceptible de représenter des volumes d'infractions de plus en plus importants : tout moyen propre à éviter l'engorgement des tribunaux est à étudier. La transaction pourrait ainsi être un levier pour traiter rapidement les infractions environnementales.

Toutefois, en ce qui concerne les contraventions, le levier des timbres amendes rendu accessible par l'article 850 du code de procédure pénale pour « les contraventions aux réglementations applicables localement en matière [...] de pêche, de protection de l'environnement » semble bien plus efficace. Bien que parfois encore peu banale pour les agents verbalisateurs locaux, elle a l'immense avantage d'être mise en œuvre, sur leur initiative, par l'officier du ministère public et selon les procédures du code de procédure pénale¹⁴⁰ rôdées par les services de police nationaux et municipaux.

Pour les délits, il n'est pas sûr non plus que la transaction offre la meilleure dissuasion des atteintes au patrimoine naturel. « La procédure de la transaction peut s'avérer critiquable pour [des] infractions engendrant de véritables atteintes à l'environnement. En effet, elle peut conduire l'administration qui transige à fixer des amendes plus faibles que les amendes encourues pénalement. En outre, Michel Prieur souligne le caractère secret de la transaction « comme peu compatible avec la publicité de la répression en matière d'environnement, élément indispensable à la consécration d'une morale de l'environnement. » L'effet dissuasif de la sanction est donc ici remis en question »¹⁴¹. Le fait de transiger avant la mise en œuvre de l'action publique peut en outre compromettre les actions de la part d'associations.

Les infractions délictuelles aux dispositions environnementales édictées localement peuvent cependant être traitées avantageusement par des compositions pénales. Celles-ci sont elles aussi encadrées par des

¹³⁹ Articles 23 de la loi organique 2004-192 et 88 et 157 de la loi organique n° 99-209.

¹⁴⁰ Articles 529 et suivants du code de procédure pénale.

¹⁴¹ Emmanuelle GINDRE, « La politique pénale en matière d'environnement à la recherche d'elle-même: quelques réflexions sur les dernières réformes », in *Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Études, mélanges, travaux (Dalloz, 2014).

procédures fixées au code de procédure pénale¹⁴² et mises en œuvre par le Parquet.

D'ailleurs, le Conseil d'État¹⁴³ a montré sa sensibilité au respect du droit à un procès équitable, y compris dans le cadre d'une transaction, en censurant partiellement un décret qui ne prévoit pas que la personne qui se voit proposer une transaction est dûment informée des faits qui lui sont reprochés et de leur qualification juridique. La vigilance des administrations qui souhaitent procéder à des transactions doit donc être des plus importantes sur tous ces éléments procéduraux qui ne sont pas leur cœur de métier initial.

En outre, la présence de la Justice aux côtés des administrations compétentes en matière environnementale contribue à asseoir la légitimité d'un droit encore jeune et qui peine parfois à être reconnu comme bien-fondé à brider des usages ancestraux ou à canaliser des activités économique¹⁴⁴.

S'il est nécessaire que les collectivités françaises du Pacifique donnent le maximum d'effectivité à leur compétence environnementale, la compétence de principe de l'État en matière de procédure pénale va dans le sens du respect du principe de séparation des pouvoirs. La voie transactionnelle n'est pas forcément, en matière environnementale, à privilégier.

CONCLUSION

La pérennité du patrimoine naturel marin des archipels français du Pacifique, si elle soulève des enjeux immenses, n'a pas fait partie des sujets de prédilection historique des élus et des juristes. De plus en plus éprouvé par l'augmentation de la fréquentation des eaux intérieures par les habitants et de la ZEE par les flottes de pêche étrangères, ce patrimoine naturel marin est cependant de mieux en mieux encadré. De nombreuses mesures, codifiées ou non, ont été adoptées en sa faveur depuis les années soixante-dix, tant par l'État que par les diverses administrations locales¹⁴⁵. L'éventail des textes applicables reste néanmoins disparate, ce qui est naturel vu la singularité des contextes propres à chaque archipel, mais aussi souvent incomplet et pour partie obsolète.

¹⁴² Articles R. 15-33-38 et suivants du code de procédure pénale.

¹⁴³ CE, Syndicat de la magistrature et autres Syndicat national des magistrats force ouvrière, 24 mai 2017, Nos 395321, 395509, voir <http://www.conseil-État.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Selection-des-decisions-faisant-l-objet-d-une-communication-particuliere/CE-Syndicat-de-la-magistrature-et-autres-Syndicat-national-des-magistrats-force-ouvriere-24-mai-2017>

¹⁴⁴ Bien que ce bien-fondé vienne davantage des modalités d'adoption des normes que des procédures de sanction.

¹⁴⁵ Inventoriées en annexe 1.

En outre, l'outil pénal et la procédure pénale étant leur effectivité restent très imparfaits. Leur imperfection vient notamment de la difficulté à établir des dispositions qui respectent à la fois à l'égalité des citoyens devant la loi, la proportionnalité des atteintes aux libertés et la spécialité législative de ces entités si particulières en droit français.

Les évolutions juridiques en la matière sont d'autant plus complexes qu'elles appellent un immense travail à mener de concert par les différents acteurs : la compétence en matière pénale et de procédure pénale est essentiellement détenue par l'État, alors que celles touchant au patrimoine naturel sont pour beaucoup attribuées aux administrations locales. Proposer un corpus complet, cohérent et optimisé pour favoriser la pérennité du patrimoine naturel marin de chaque entité du Pacifique compétente dans le domaine s'annonce une gageure.

ANNEXE

INVENTAIRE DES DISPOSITIONS ENVIRONNEMENTALES DANS LES EAUX FRANÇAISES DU PACIFIQUE

Ce tableau distingue d'une part les eaux concernées et d'autre part les dispositions qui y sont applicables et qui visent à :

- prévenir des atteintes à des spécimens de faune ou de flore appartenant à des espèces identifiées, soit strictement protégées soit dont les prélèvements sont encadrés, par des textes établis par la Métropole, la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, les provinces ou Wallis-et-Futuna ;
- canaliser les prélèvements des ressources halieutiques par l'encadrement des pratiques et engins de pêche de plaisance ou professionnelle ;
- préserver certains périmètres. Il est question, là, de tout périmètre faisant l'objet de restriction spécifique, y compris des aires marines protégées dans toute leur diversité. Relevant de dispositifs métropolitain, néo-calédonien, polynésien, provinciaux ou wallisien et futunien, elles peuvent en effet recouvrir des réalités très hétérogènes.

Cet inventaire se cantonne à la protection judiciaire de l'environnement marin : il ne comprend pas les dispositions passibles exclusivement de sanctions administratives.

Espace maritime de Clipperton			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> - Articles L et R411-1 et suivants du code métropolitain de l'environnement - Arrêté du 15 novembre 2016 instituant une liste d'espèces protégées dans les eaux territoriales de l'île de Clipperton - Articles L411-1A et suivants du code métropolitain de l'environnement relatifs à la protection du patrimoine naturel 	<ul style="list-style-type: none"> - Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L913-1, L958-1 et suivants et R958-27 et suivants de ce code - Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L913-1, L958-1 et suivants et R958-27 et suivants de ce code - Décret n° 2010-728 du 29 juin 2010 fixant les conditions dans lesquelles des navires battant pavillon d'un État étranger peuvent être autorisés à pêcher dans la zone économique située au large de l'île Clipperton 	<ul style="list-style-type: none"> - Articles L et R 331-8 et suivants du code métropolitain de l'environnement relatifs aux parcs et réserves - Articles L411-1 s et R411-1 s du code métropolitain de l'environnement - Arrêté modifié du 15 novembre 2016 relatif à la protection du biotope des eaux territoriales de l'île de Clipperton dénommée « aire marine protégée dans les eaux territoriales de l'île de Clipperton » 	<ul style="list-style-type: none"> - Articles L et R 218-1 et suivants du code métropolitain

Eaux intérieures et territoriales de la province Iles Loyauté de Nouvelle-Calédonie			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> • Délibération n° 2008-92/API du 19 décembre 2008 relative à l'exploitation durable de la ressource de fond • Délibération n° 191/CP du 30 septembre 1992 relative à la réglementation de la pêche, du transport et de la commercialisation des crabes de palétuviers (<i>scylla serrata</i>). • Délibération n° 133/CP du 26 septembre 1991 relative à la réglementation de la pêche des langoustes. • Arrêté n° 4265 du 29 mai 1991 relatif à la réglementation de la pêche des trocas • Délibération n° 18 du 16 juillet 1985 portant réglementation de la pêche des poissons d'aquarium, des bryozoaires et des spongiaires. • Délibération n° 510 du 16 décembre 1982 portant réglementation de la pêche des trocas • Arrêté n° 84-180/CG du 09 mai 1984 relatif à la réglementation de la pêche des coraux en Nouvelle-Calédonie et Dépendances. • Arrêté n° 82-577/CG du 09 novembre 1982 relatif à la réglementation de la pêche et de la commercialisation des picots (famille des signadés). • Délibération n° 510 du 16 décembre 1982 portant réglementation de la pêche des trocas • Délibération n° 509 du 16 décembre 1982 portant réglementation de la pêche des coraux. • Délibération n° 244 du 02 juillet 1965 relative à la réglementation de la pêche, du transport et de la commercialisation des huîtres comestibles en Nouvelle-Calédonie. • Délibération n° 68 du 25 juin 1962 relative à la pêche aux dugongs. • Arrêté n° 996 du 02 juin 1956 relatif à la pêche aux mulets dits « queue bleue ». 	<ul style="list-style-type: none"> • Délibération n° 245 du 02 juillet 1981 portant réglementation générale de la pêche maritime dans les eaux du territoire de Nouvelle-Calédonie et Dépendances • Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes • Délibération n° 1984 relative à la réglementation de la pêche maritime, conformément aux articles L957-1 et D957-1 et suivants de ce code 	Néant	<ul style="list-style-type: none"> • Article L218-58 du code métropolitain de l'environnement • Loi modifiée n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution. • Loi modifiée n° 64-1331 du 26 décembre 1964 réprimant la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures. • Loi n° 77-530 du 26 mai 1977 relative à la responsabilité civile et à l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de la pollution par les hydrocarbures, • Loi n° 79-1 relative à certaines infractions en matière de circulation maritime et complétant la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande, • Loi n° 83-853 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution de la mer par les hydrocarbures, • Décret n° 84-810 du 30 août 1984 relatif à la sauvegarde de la vie humaine en mer, à l'habitabilité à bord des navires et à la prévention de la pollution, • Arrêté du 27 décembre 1984 fixant les règles techniques et les procédures applicables aux navires et à leurs équipements en matière de sauvegarde de la vie humaine en mer, d'habitabilité à bord et de prévention de la pollution.

Eaux intérieures et territoriales de la province Nord de Nouvelle-Calédonie			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> Articles 251-1 et suivants du code de l'environnement de la province Nord relatifs aux espèces protégées (espèces marines protégées : tous les coraux octocoralliaires, tous les madrépores, tous les mammifères marins, tous les oiseaux marins, tous les requins, toutes les tortues marines, 7 coquillages, les napoléons) Articles 341-46 et suivants du code de l'environnement de la province Nord relatifs à la pêche en mer (restrictions quant à plusieurs espèces de coquillages et poissons) 	<ul style="list-style-type: none"> Articles 341-6 et suivants du code de l'environnement de la province Nord relatifs à la pêche en mer (restrictions quant à plusieurs modes de pêche dont les chaluts et dragues et quotas globaux dans toutes les eaux provinciales) Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L957-1 et D957-1 et suivants de ce code 	<ul style="list-style-type: none"> Articles 211-1 et suivants du code de l'environnement de la province Nord relatifs aux espaces protégés en mer : îlot de Pam, Whanga Iedane, Hyabe-Le-Jao, Pewhane-Whan-denece-Pourape, Dohimen, Yeega, baie de Nekoro) 	<ul style="list-style-type: none"> article L218-58 du code métropolitain de l'environnement Article 431-1 du code de l'environnement de la province Nord Loi modifiée n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, Loi modifiée n°64-1331 du 26 décembre 1964 réprimant la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, Loi n°77-530 du 26 mai 1977 relative à la responsabilité civile et à l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de la pollution par les hydrocarbures, Loi n°79-1 relative à certaines infractions en matière de circulation maritime et complétant la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande, Loi n°83-853 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution de la mer par les hydrocarbures, Décret n° 84-810 du 30 août 1984 relatif à la sauvegarde de la vie humaine en mer, à l'habitabilité à bord des navires et à la prévention de la pollution, Arrêté du 27 décembre 1984 fixant les règles techniques et les procédures applicables aux navires et à leurs équipements en matière de sauvegarde de la vie humaine en mer, d'habitabilité à bord et de prévention de la pollution.

Eaux intérieures et territoriales de la province Sud de Nouvelle-Calédonie			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> • Articles 240-1 et suivants du code de l'environnement de la province Sud relatifs aux espèces protégées (espèces marines protégées : tous les mammifères marins, tous les oiseaux marins, tous les requins, toutes les tortues marines, tous les tricots rayés, 6 coquillages, les napoléons) • Articles 341-31 et suivants du code de l'environnement de la province Sud relatifs à la pêche en mer (restrictions quant à plusieurs espèces de coquillages et poissons) 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles 341-5 et suivants du code de l'environnement de la province Sud relatifs à la pêche en mer (restrictions quant à plusieurs modes de pêche dont les chaluts et dragues et quotas globaux dans toutes les eaux provinciales) • Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L957-1 et D957-1 et suivants de ce code 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles 211-1 et suivants du code de l'environnement de la province Sud relatifs aux aires protégées (27 aires protégées en mer) 	<ul style="list-style-type: none"> • Article L218-58 du code métropolitain de l'environnement • Loi modifiée n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, • Loi modifiée n°64-1331 du 26 décembre 1964 réprimant la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, • Loi n°77-530 du 26 mai 1977 relative à la responsabilité civile et à l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de la pollution par les hydrocarbures, • Loi n°79-1 relative à certaines infractions en matière de circulation maritime et complétant la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande, • Loi n°83-853 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution de la mer par les hydrocarbures, • Décret n° 84-810 du 30 août 1984 relatif à la sauvegarde de la vie humaine en mer, à l'habitabilité à bord des navires et à la prévention de la pollution, • Arrêté du 27 décembre 1984 fixant les règles techniques et les procédures applicables aux navires et à leurs équipements en matière de sauvegarde de la vie humaine en mer, d'habitabilité à bord et de prévention de la pollution.

Eaux intérieures et territoriales de Nouvelle-Calédonie			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> • Délibération n° 397 du 13 août 2003 relative à la création d'un sanctuaire baleinier • délibération n°344 du 4 janvier 2008 relative à la protection des tortues marines • Arrêté n° 2013-1007/GNC du 23 avril 2013 relatif à l'exploitation des requins dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie • Arrêté instaurant un total admissible de capture pour les poissons du genre Beryx 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L957-1 et D957-1 et suivants de ce code • délibération n°50/CP du 20 avril 2011 relative à la politique des pêches • arrêté n°04-809/GNC du 15 avril 2004 relatif à la détention et à l'usage des arts trainants dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie • Arrêté modifié n° 2013-523/GNC du 5 mars 2013 fixant les conditions et les modalités de délivrance, de validité et de renouvellement de la licence de pêche en application de l'article 5 de la délibération n°50/CP du 20 avril 2011 	<ul style="list-style-type: none"> • Arrêté n° 2013-1003/GNC du 23 avril 2013 instaurant une aire protégée aux atolls d'Entrecasteaux • Arrêté n° 2014-1063/GNC du 23 avril 2014 créant le parc naturel de la Mer de Corail sur toute la surface de la ZEE calédonienne • arrêtés encadrés par la délibération n° 51/CP du 20 avril 2011 relative à la définition des aires protégées dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie et sur les îles appartenant à son domaine public 	<ul style="list-style-type: none"> • Délibération n° 196 du 22 août 2006 relative à la qualité des produits pétroliers • Loi modifiée n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, • Loi modifiée n°64-1331 du 26 décembre 1964 réprimant la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures, • Loi n°77-530 du 26 mai 1977 relative à la responsabilité civile et à l'obligation d'assurance des propriétaires de navires pour les dommages résultant de la pollution par les hydrocarbures, • Loi n°79-1 relative à certaines infractions en matière de circulation maritime et complétant la loi du 17 décembre 1926 portant code disciplinaire et pénal de la marine marchande, • Loi n°83-853 du 5 juillet 1983 réprimant la pollution de la mer par les hydrocarbures, • Décret n° 84-810 du 30 août 1984 relatif à la sauvegarde de la vie humaine en mer, à l'habitabilité à bord des navires et à la prévention de la pollution, • Arrêté du 27 décembre 1984 fixant les règles techniques et les procédures applicables aux navires et à leurs équipements en matière de sauvegarde de la vie humaine en mer, d'habitabilité à bord et de prévention de la pollution.

ZEE de Nouvelle-Calédonie			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> • Délibération n° 397 du 13 août 2003 relative à la création d'un sanctuaire baleinier • délibération n°344 du 4 janvier 2008 relative à la protection des tortues marines • Arrêté n° 2013-1007/GNC du 23 avril 2013 relatif à l'exploitation des requins dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie • Arrêté instaurant un total admissible de capture pour les poissons du genre Béryx 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L957-1 et D957-1 et suivants de ce code • délibération n°50/CP du 20 avril 2011 relative à la politique des pêches • arrêté n°04-809/GNC du 15 avril 2004 relatif à la détention et à l'usage des arts trainants dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie • Arrêté modifié n° 2013-523/GNC du 5 mars 2013 fixant les conditions et les modalités de délivrance, de validité et de renouvellement de la licence de pêche en application de l'article 5 de la délibération n°50/CP du 20 avril 2011 	<ul style="list-style-type: none"> • Arrêté n° 2013-1003/GNC du 23 avril 2013 instaurant une aire protégée aux atolls d'Entrecasteaux • Arrêté n° 2014-1063/GNC du 23 avril 2014 créant le parc naturel de la Mer de Corail sur toute la surface de la ZEE calédonienne • (arrêts encadrés par la délibération n° 51/CP du 20 avril 2011 relative à la définition des aires protégées dans l'espace maritime de la Nouvelle-Calédonie et sur les îles appartenant à son domaine public) 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles L218-83 à L218-86 du code métropolitain de l'environnement. • Articles L218-10 à L218-31 du code métropolitain de l'environnement. • Articles L218-32 à L218-41, du code métropolitain de l'environnement. • Articles L218-42 à L218-58 du code métropolitain de l'environnement. • Articles L218-59 à L218-71 du code métropolitain de l'environnement. • Article L218-72 et D218-4 à R218-12 du code métropolitain de l'environnement. • Articles L218-1 et L218-2 du code métropolitain de l'environnement.

Eaux intérieures et territoriales de Polynésie Française			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> Articles LP. 2210-1 et suivants du code de l'environnement de Polynésie française relatifs aux espèces menacées (pour les milieux marins : 4 coquillages, la raie manta, 5 oiseaux, toutes les tortues marines, tous les mammifères marins, tous les requins) Délibérations n°88-183/AT du 89 décembre 1988 et 96-151/APF du 5 décembre 1996 relatifs aux zones de pêche réglementées (au moins deux arrêtés réglementant les prélèvements des bénitiers à Tatakoto et Reao) délibération modifiée n°59-2 du 16 janvier 1959 réglementant la pêche des huîtres naectères et perlières en Polynésie française, arrêté n° 180 du 27 mars 1929 réglementant la pêche des huîtres naectères et perlières par scaphandriers dans les Etablissements français de l'Océanie et arrêté n° 179 du 27 mars 1929 réglementant la pêche des huîtres naectères et perlières par plongeur à nu dans les Etablissements français de l'Océanie arrêté modifié n° 283 AE du 4 mars 1950 réglementant la pêche des crabes et des langoustes 	<p>Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L956-1 et D956-1 et suivants de ce code</p>	<ul style="list-style-type: none"> Art. LP. 2111-1 quant à la protection, la conservation et la gestion des espaces naturels, notamment les articles LP. 2121-1 et suivants quant au milieu marin, au rahui et aux réserves de biosphère Articles LP. 3131-1 et suivants relatifs à la protection des eaux de baignade, des aires de reproduction des animaux et des zones de pêche Délibérations n°88-183/AT du 89 décembre 1988 et 96-151/APF du 5 décembre 1996 relatifs aux zones de pêche réglementées (au moins 10 arrêtés réglementant les modes et engins de pêche sur du domaine public maritime, notamment ceux des communes de Manihi, Punaauia, Rangiroa, Teva i uta, Mahina, Tetiaroa, Arue, Tahiti, et antérieurement à Maeva et Tiopi) Arrêté modifié du 4 avril 1928 ouvrant et réglementant la pêche des huîtres naectères et perlières dans le secteur ouest de l'île Hikueru (Tuamotu) Arrêté n° 1433 AE du 28 décembre 1949 réglementant la pêche des huîtres dans les îles Sous-le-Vent 6 aires marines éducatives à Pukatai, sans contrainte pénale, 1 plan de gestion des espaces maritimes à Mooréa-Maiao (PGEM) sans contrainte pénale 1 réserve de biosphère à Fakarava, sans contrainte pénale 1 projet d'aire marine gérée Tai Nui Atea couvrant toutes les eaux polynésiennes 	<ul style="list-style-type: none"> Article L218-72 du code métropolitain de l'environnement articles LP. 3131-1 et suivants du code de l'environnement de la Polynésie française articles LP.3132-1 et suivants du code de l'environnement de la Polynésie française

ZEE de Polynésie Française			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> Articles LP. 2210-1 et suivants du code de l'environnement de Polynésie française relatifs aux espèces menacées (pour les milieux marins : 4 coquillages, la raie manta, 5 oiseaux, toutes les tortues marines, tous les mammifères marins, tous les requins) Délibérations n°88-183/AT du 89 décembre 1988 et 96-151APF du 5 décembre 1996 relatifs aux zones de pêche réglementées (au moins deux arrêtés réglementant les prélèvements des bénéitiers à Tatakoto et Reao) délibération modifiée n°59-2 du 16 janvier 1959 réglementant la pêche des huîtres nacrées et perlières en Polynésie française, arrêté n° 180 du 27 mars 1929 réglementant la pêche des huîtres nacrées et perlières par scaphandriers dans les Etablissements français de l'Océanie et arrêté n° 179 du 27 mars 1929 réglementant la pêche des huîtres nacrées et perlières par plongeur à nu dans les Etablissements français de l'Océanie arrêté modifié n° 283 AE du 4 mars 1950 réglementant la pêche des crabes et des langoustes 	<ul style="list-style-type: none"> Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L956-1 et D956-1 et suivants de ce code 	<ul style="list-style-type: none"> Art. LP. 2111-1 quant à la protection, la conservation et la gestion des espaces naturels, notamment les articles LP. 2121-1 et suivants quant au milieu marin, au rahui et aux réserves de biosphère Articles LP. 3131-1 et suivants relatifs à la protection des eaux de baignade, des aires de reproduction des animaux et des zones de pêche Délibérations n°88-183/AT du 89 décembre 1988 et 96-151APF du 5 décembre 1996 relatifs aux zones de pêche réglementées (au moins 10 arrêtés réglementant les modes et engins de pêche sur du domaine public maritime, notamment ceux des communes de Manihi, Punaauia, Rangiroa, Teva i uta, Mahina, Tetiaroa, Arue, Tahiti, et antérieurement à Maeva et Tiopi) Arrêté modifié du 4 avril 1928 ouvrant et réglementant la pêche des huîtres nacrées et perlières dans le secteur ouest de l'île Hikueru (Tuamotu) Arrêté n° 1433 AE du 28 décembre 1949 réglementant la pêche des huîtres dans les îles Sous-le-Vent 6 aires marines éducatives à Pukatai, sans contrainte pénale, 1 plan de gestion des espaces maritimes à Mooréa-Maiao (PGEM) sans contrainte pénale 1 réserve de biosphère à Fakarava, sans contrainte pénale 1 projet d'aire marine gérée Tai Nui Atea couvrant toutes les eaux polynésiennes 	<ul style="list-style-type: none"> Articles L218-83 à L218-86 du code métropolitain de l'environnement . Articles L218-10 à L218-31 du code métropolitain de l'environnement. Articles L218-32 à L218-41, du code métropolitain de l'environnement. Articles L218-42 à L218-58 du code métropolitain de l'environnement. Articles L218-59 à L218-71 du code métropolitain de l'environnement. Article L218-72 et D218-4 à R218-12 du code métropolitain de l'environnement. Articles L218-1 et L218-2 du code métropolitain de l'environnement.

Eaux intérieures et territoriales de Wallis-et-Futuna			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> • Articles ES210 et suivants du code de l'environnement relatifs aux espèces protégées (pas d'espèce listée à ce jour) • Arrêté n°2015-238bis établissant un moratoire sur le prélèvement d'holothuries à des fins commerciales dans le territoire des îles Wallis et Futuna • Article E231-1 du code de l'environnement relatif à la pêche en mer renvoyant à la délibération n°73/AT/05 du 25 novembre 2005 	<ul style="list-style-type: none"> • Arrêté n°94-199 définissant les caractéristiques et les possibilités d'utilisation des engins de pêche (filets). • Article E231-1 du code de l'environnement relatif à la pêche en mer renvoyant à la délibération n°73/AT/05 du 25 novembre 2005 • Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L955-1 et D955-1 et suivants de ce code 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles E311-1 et suivants du code de l'environnement relatifs aux espaces naturels (pas d'espace classé à ce jour) 	<ul style="list-style-type: none"> • Articles L.224-1 et suivants du code de l'environnement de Wallis-et-Futuna

ZEE de Wallis-et-Futuna			
Dispositions relatives aux espèces	Dispositions relatives aux modes de prélèvements	Dispositions relatives aux espaces	Dispositions relatives aux pollutions
<ul style="list-style-type: none"> Articles ES210 et suivants du code de l'environnement relatifs aux espèces protégées (pas d'espèce listée à ce jour) Arrêté n°2015-238bis établissant un moratoire sur le prélèvement d'holothuries à des fins commerciales dans le territoire des îles Wallis et Futuna Article E231-1 du code de l'environnement relatif à la pêche en mer renvoyant à la délibération n°73/AT/05 du 25 novembre 2005 	<ul style="list-style-type: none"> Arrêté n°94-199 définissant les caractéristiques et les possibilités d'utilisation des engins de pêche (filets). Article E231-1 du code de l'environnement relatif à la pêche en mer renvoyant à la délibération n°73/AT/05 du 25 novembre 2005 Articles L et R 911-1 et suivants du code rural et des pêches maritimes métropolitain relatifs à la pêche maritime, conformément aux articles L955-1 et D955-1 et suivants de ce code 	<ul style="list-style-type: none"> Articles E311-1 et suivants du code de l'environnement relatifs aux espaces naturels (pas d'espace classé à ce jour) 	<ul style="list-style-type: none"> Articles L218-83 à L218-86 du code métropolitain de l'environnement. Articles L218-10 à L218-31 du code métropolitain de l'environnement. Articles L218-32 à L218-41 du code métropolitain de l'environnement. Articles L218-42 à L218-58 du code métropolitain de l'environnement. Articles L218-59 à L218-71 du code métropolitain de l'environnement. Article L218-72 et D218-4 à R218-12 du code métropolitain de l'environnement.

ÉLÉMENTS BIBLIOGRAPHIQUES¹

OUVRAGES

- Agniel Guy, Droit international public, éd. Hachette Supérieur, Coll. Les fondamentaux, 1998, 187 p.
- Agniel Guy, Droit des relations internationales, ed. Hachette Supérieur, Coll. Les fondamentaux, 1997, 160 p.
- Agniel Guy, Pimont Yves, Le Pacifique, éd. PUF, Coll. Que sais-je ?, 1997, 127 p.
- Agniel Guy, De la collectivité humaine à la collectivité locale de droit commun - l'évolution vers la structure communale en Nouvelle-Calédonie, 1853-1977, Édition : Nouméa : Société d'études historiques de Nouvelle-Calédonie, 1993, 252 p.
- Agniel Guy, *La décentralisation des collectivités territoriales outre-mer – Statut et situation de la Nouvelle-Calédonie*, thèse, Montpellier, 1977.

DIRECTION D'OUVRAGES COLLECTIFS

- Agniel Guy (dir.), Leca Antoine (dir.), Orfila Gérard (dir.), Le droit médical en Nouvelle-Calédonie, 2005, CDP, 516 p.
- Faberon Jean-Yves (dir.), Agniel Guy (dir.), La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé, 2000, éd. La Documentation française, 463 p.

ARTICLES

- Agniel Guy, La démocratie, dernier avatar dans le Pacifique ?; LARJE, 2017, https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/01/la_de_mocratie_dans_le_pacifique-agniel.pdf
- Agniel Guy, Préface, in C. David (Dir.), *15 ans de lois du pays – Sur les chemins de la maturité*, éd. PUAM, Coll. Droit d'outre-Mer, 2016, pp. 7-9.
- Agniel Guy, « Loi du pays et signes identitaires en Nouvelle-Calédonie », in C. David (Dir.), *15 ans de lois du pays – Sur les chemins de la maturité*, éd. PUAM, Coll. Droit d'outre-Mer, 2016, pp. 215-227.

¹ Comme indiqué dans la préface, ces éléments bibliographiques ne sauraient être considérés comme une bibliographie exhaustive de Guy Agniel. Ils sont constitués des travaux qui ont pu être recensés au vu des différentes sources à dispositions.

Bibliographie

- Agniel Guy, « Le Parlement et la Nouvelle-Calédonie : du « droit à la bouderie »... à la délégation de souveraineté ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2012/2 (n° 90), pp. 227-238.
- Agniel Guy, Application de la loi en Nouvelle-Calédonie et à Wallis-Et-Futuna, JurisClasseur Civil, Fascicule 30, 2012.
- Agniel Guy, « La relation d'association dans la région Pacifique », *Politeia*, 2011, n° 20, pp. 111-119.
- Agniel Guy, *Relation associative, îles Cook et Niue : la conception néo-zélandaise de l'association* », Destins des collectivités politiques d'Océanie, volume I, Théories et pratiques, (dir. Jean-Yves FABERON, Viviane FAYAUD et Jean-Marc REGNAULT), P.U.A.M. 2011, pp. 363-371.
- Agniel Guy, *L'hypothèse de Pays d'Outre-Mer associé (POMA)* », Destins des collectivités politiques d'Océanie, volume II, Singularités, (dir. Jean-Yves FABERON, Viviane FAYAUD et Jean-Marc REGNAULT), P.U.A.M. 2011, pp. 771-774.
- Agniel Guy, « Les expériences étrangères en matière d'États complexes dans le Pacifique », colloque « *Le droit constitutionnel calédonien* », Université de la Nouvelle-Calédonie, Laboratoire de Recherches Juridiques et Économiques (LARJE), Nouméa, 12-13 juillet 2010, <http://larje.univ-nc.nc>
- Agniel Guy, De la plante au médicament, le risque de bio-piraterie, Colloque International sur les Plantes Aromatiques et Médicinales (CIPAM), *Ehnopharmacologia*, décembre 2010.
- Agniel Guy, « Statut coutumier kanak et juridiction de droit commun en Nouvelle-Calédonie », *Revue Aspects, Revue d'études francophones sur l'État de droit et la démocratie*, 2009, n° 3, pp. 81-96.
- Agniel Guy, « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, 2008/4 (n° 127), pp. 135-149.
- Agniel Guy, « La gestion de l'environnement dans le Pacifique. Moyens et objectifs », *Journal de la Société des Océanistes*, 126-127, 2008, pp. 145-151.
- Agniel Guy, « Le Programme régional océanien sur l'environnement », *Revue de la société des océanistes*, 2008, numéro spécial, pp. 126-127

Bibliographie

- Agniel Guy, « La Nouvelle-Calédonie et l'élaboration du droit international », *Revue Juridique de l'Environnement*, n° Spécial, 2007, pp. 25-32.
- Agniel Guy, « Commentaire arrêts TANC 17 mai 2007 », *Revue Juridique Politique et Economique de la Nouvelle-Calédonie*, 2007, p. 77.
- Agniel Guy, *L'application du droit d'outre-mer, État civil de l'outre-mer*, Jurisclasseur, 2006.
- Agniel Guy, « Le budget de la Nouvelle-Calédonie : de la subvention d'équilibre aux transferts de compétences », in *Les budgets ultra-marins à la lumière de la loi organique relative aux lois de finances (LOLF)*, 2007.
- Agniel Guy, « L'identité kanake en Nouvelle-Calédonie », in POUSSON-PETIT (J.), *L'identité de la personne humaine : étude de droit français et de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2002, pp. 875-910.
- Agniel Guy, *Le statut civil coutumier*, in Faberon Jean-Yves (dir.), Agniel Guy (dir.), *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, 2000, éd. La Documentation française.
- Agniel, G., « L'expérience statutaire de la Nouvelle-Calédonie », in Faberon, J.-Y. (dir.), *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, La documentation française, 1997, p. 4157.
- Agniel Guy, *L'expérience statutaire de la Nouvelle-Calédonie ou de l'étude du mouvement du yo-yo au service de l'évolution institutionnelle d'un territoire d'outre-mer*, in « L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie. L'évolution des liens de la France avec ses collectivités périphériques », *Les études de la Documentation française*, 1997, pp. 41-57.
- Agniel Guy, « L'institution des assesseurs coutumiers près des juridictions civiles par l'ordonnance du 15 octobre 1982 », in Association Française d'Anthropologie du Droit (AFAD), *Le juge, approche anthropologique d'une figure d'autorité*, Paris, L'Harmattan, 1996, pp. 33-67.
- Agniel Guy, *Les adaptations juridiques des particularismes sociologiques locaux*, Coutume autochtone et évolution du droit dans le Pacifique sud, L'Harmattan 1995, p. 7-15.
- Agniel Guy, « La question de la sécession de Bougainville », *Revue générale de droit international public*, 1995, n° 1, pp. 142-146.
- Agniel Guy, « Le Conseil d'État et la décentralisation outre-mer: toujours plus d'État ? », *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 1994, n° 5, pp. 954-958.

Bibliographie

- Agniel Guy, « Les apports jurisprudentiels aux dispositions de l'ordonnance numéro 85-1181 du 13 novembre 1985 relatives aux notions d'agent public contractuel et de principes directeurs du droit du travail », *Les Petites Affiches*, 1994, n° 103, pp. 7-11.
- Agniel Guy, « L'adoption de la convention portant création du programme régional océanien de l'environnement : les limites de l'autonomie du droit régional », *Revue générale de droit international public*, 1994, n° 1, pp. 89-106.
- Agniel Guy, « De l'art, pour l'auteur d'un détournement de pouvoir, d'être agréable au juge administratif », *Les Petites Affiches*, n° 25, 26 février 1993, pp. 14-17.
- Agniel Guy, « Les agents publics et la notion de statut de droit public dans les principes généraux du droit du travail outre-mer », *RJPIC*, n° 2, 1991, pp. 172-182.

THÈSES ENCADRÉES ET SOUTENUES

- « Essai sur l'émancipation et l'élaboration de la norme fiscale en Nouvelle-Calédonie. : pouvoir normatif institutionnel et aspirations politiques », par Kristina Chaliot sous la direction de Guy Agniel, Université de la Nouvelle Calédonie, Thèse de droit public, Soutenue en 2013.
- « Le renouveau de la piraterie internationale », par Amélie-Anne Flagel sous la direction de Guy Agniel, Université de la Nouvelle Calédonie, Thèse de droit public, Soutenue en 2013.
- « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en droit et en relations internationales contemporaines : étude comparée de la Nouvelle-Calédonie et du Nunavut », par Jean-Baptiste Manga sous la direction de Guy Agniel, Université de la Nouvelle Calédonie, Thèse de droit public, Soutenue en 2013.
- « L'approvisionnement en produits aquatiques des entreprises de transformation : application à la région sud-centrale du Vietnam », par Thi Thanh Vinh Do, sous la direction de Guy Agniel et de Ke Tuan Nguyen, Université de la Nouvelle Calédonie, Thèse de Sciences de gestion, Soutenue en 2010.
- « La loi du pays en droit constitutionnel français : expression de la spécificité calédonienne dans un État unitaire en mutation », par Carine Gindre David, sous la direction de Jean Gicquel et de Guy Agniel, Université Paris 1, Thèse de droit public, Soutenue en 2005.

TABLE DES MATIÈRES

Préface

« Ti »

Par Florian Bonnerot Agniel..... 2

À Guy, un homme vraiment pas ordinaire...

Par Carine David..... 3

INTRODUCTION : MESSAGES À GUY AGNIEL..... 5

Lettre à Guy Agniel, à l'issue du chemin coutumier

Par Sandrine Sana-Chaillé de Néré 6

Comment oublier ?

Par Anthony Tyaou Tutugoro,..... 11

Le râleur 11

L'enseignant..... 12

Le mörua 12

Le chercheur 13

L'irremplaçable ? 14

Hommage au Professeur Guy Agniel

Par Cyprien Elia[†],..... 16

Lectures : 17

Questions À... Guy Agniel, professeur des universités de droit public

« Les Calédoniens ont perdu confiance » 17

Chronologie 18

Hommages d'étudiants à la mémoire de Guy Agniel

Par Ruben Boume et Nikholas Deligny..... 20

I – DIGRESSIONS SUR LA COUTUME 23

Quand la loi du pays oublie qu'elle est faite pour les vivants...

Par Isabelle Dauriac 24

I - Les règlements successoraux coutumiers abandonnés au dénuement
normatif 28

II - Des innovations marginales sous la double tutelle d'autorités coutumières
et administratives 31

A. L'anticipation successorale contrainte : l'« *acte de donation-cession
coutumière* » 32

B. L'assistance financière provisoire des familles endeuillées 35

III - L'incertitude persiste autour du « testament kanak »	37
Droit civil coutumier kanak : de quoi parle-t-on ?	
Notes sur un ouvrage d'Antoine Leca	
Par Laurent Sermet	40
I - L'article 75 de la Constitution, fondement constitutionnel droit civil coutumier kanak ?	42
II - Unité anthropologique ou dualité formelle du droit civil coutumier kanak ?	47
III - Tenter de lever l'ambiguïté du droit civil coutumier kanak : sources, statut personnel, statut civil de droit coutumier kanak, statut des terres coutumières	49
IV - Le droit civil coutumier kanak : une rupture avec l'idéal égalitaire la République et les droits de l'homme ?	52
Pardon et reconnaissance dans l'histoire en Nouvelle-Calédonie : une dialectique nécessaire à la paix en territoire colonisé ?	
Par Sybille Poaouteta	57
INTRODUCTION	57
De l'opposition étudiante à l'alignement d'enseignants	57
Le pathos ? Non. Une réflexion lucide et une volonté de construire sur des fondations solides.....	58
Définir ce qu'est le pardon dans le contexte particulier de la décolonisation pour identifier de quoi il est question.....	59
Définition n° 1 : Le contrat social pour penser la construction de la société en toute connaissance des causes et des effets	59
Définition n° 2 : Le paternalisme ou comment « nier » la relation d'égalité et les bienfaits du pardon et de la reconnaissance	61
I - Divergences et mécanismes de réduction : la reconnaissance du travail accompli par nos ascendants et poursuivis par nos pairs	63
A. Quelle est la réalité des divergences en Nouvelle-Calédonie ?	64
B. Les outils mis en place pour la réduction des divergences en Nouvelle-Calédonie	73
II - Le pardon et la reconnaissance : Utilités et comparaison	78
III - En Nouvelle-Calédonie : le pardon et la reconnaissance, potentialités et dérivés	83
Bref comparatif sur la redistribution des terres coutumières en Nouvelle-Calédonie et en Nouvelle-Zélande	
Par Amélie-Anne Flagel	86
I - Les origines de la revendication	88
A. Le Traité de Waitangi, un document aux multiples caractéristiques..	89
B. La prise de possession de la Nouvelle-Calédonie.....	91

Table des matières

Carine David : Des concepts de Pays d’Outre-Mer Associé (POMA) et de délégation de souveraineté

II - L’essor de la revendication foncière	93
A. Les étapes de la prise de conscience : entre coopération manquée et attribution autoritaire	93
B. L’intermédiaire, source de réconciliation	95
C. Des outils d’apaisement mais incomplets	98
III - La terre originelle	100
Conclusion	104
II – VARIATIONS SUR LES QUESTIONS INSTITUTIONNELLES ULTRAMARINES.....	106
Des concepts de « Pays d’Outre-Mer Associé (POMA) » et de délégation de souveraineté	
<i>Par Carine David</i>.....	107
I - La délégation de souveraineté pour les « POMA » : Pour une relation d’altérité entre la République française et les collectivités ultramarines	109
A. Une délégation de souveraineté à l’égard des « POMA »	109
B. La délégation de souveraineté, en écho à la Communauté de 1958	110
II - La délégation de souveraineté, un concept indubitablement pensé par le prisme de l’ambivalence calédonienne	114
A. Une solution sur mesure pour sortir de l’impasse calédonienne	114
B. Une proposition difficilement transposable à l’ensemble de l’outre-mer français	116
III - Rester français en sortant de la République : au-delà de la Communauté, en deçà de la souveraineté internationale	118
A. La nécessité d’une autonomie accrue passant par une sortie de la Nouvelle-Calédonie de la République française	119
B. Une organisation régie par les principes structurant de la relation fédérale	120
1) Un pouvoir d’auto-organisation	120
2) La participation	122
3) L’autonomie	123
4) Les questions de nationalité et de citoyenneté	124
Retour sur le protectorat	
<i>Par Jean-Paul Pastorel</i>	127
I - Ambiguïtés sur l’existence de la personnalité internationale de l’État protégé	129
A. En théorie, tous les protectorats conservent leur compétence internationale	130

B. En pratique, seuls les protectorats « <i>authentiques</i> » disposent de la compétence internationale	131
II - Ambiguïtés sur le cadre conventionnel entre l'État protecteur et l'État protégé.....	133
A. En théorie, le protectorat est fondé sur un traité international	133
B. En pratique, le lien conventionnel fait souvent défaut	135
En guise de conclusion,	136
L'indépendance-association alias « indépendance-partenariat » de la Nouvelle-Calédonie : un miroir aux alouettes pour ses zéloteurs et une porte grand-ouverte à l'expansionnisme chinois dans le Pacifique Sud	
<i>Par Robert Bertram</i>	138
I - Le glissement sémantique entre association et partenariat	140
A. Association ou partenariat, une simple question de modernité ?	140
B. Le positionnement inconfortable des micro-États face à la Chine ...	143
II - Les conséquences contingentes de l'expansion économique chinoise avec la route océanique de la soie.....	146
A. L'ambiguïté de l'hégémonie douce de la Chine.....	147
B. La puissance économique de la Chine modifie la situation géostratégique du Pacifique Sud	150
Conclusion	154
Le Conseil constitutionnel et la décentralisation outre-mer : toujours plus d'État?	
Retour sur la décision 2007-1 LOM du 3 mai 2007	
<i>Par Alain Moyrand</i>.....	159
Introduction.....	159
I - La répartition des compétences entre l'État et la collectivité d'outre-mer de la Polynésie française dans le domaine fiscal est claire et simple : la Polynésie française dispose d'une compétence exclusive et générale.....	161
A. Une compétence exclusive de la Polynésie française dans le domaine fiscal	161
B. Une compétence générale de la Polynésie française dans le domaine fiscal.....	164
II - Pour résoudre un faux problème de contribution financière, le Conseil constitutionnel modifie la répartition des compétences entre l'État et la collectivité d'outre-mer de la Polynésie française : la découverte de la compétence fiscale de l'État.....	167
A. L'interprétation « dynamique » des compétences de l'État par le Conseil d'État.....	168

B. La création de la compétence fiscale de l'État par le Conseil constitutionnel	170
D'une consultation à une autre : quelques observations et réflexions	
<i>Par Patrice Jean</i>	174
I - Il suffira de dix-huit élus au prochain congrès pour provoquer une deuxième consultation référendaire	174
II - Le choix de la date précise du scrutin fera sans doute débat	175
III - La question posée aux électeurs restera probablement la même	176
IV - L'État s'est engagé à respecter le résultat de la consultation référendaire	177
V - En cas de majorité avérée pour l'indépendance, la France serait tentée d'écourter une éventuelle période de transition	178
VI - En cas de majorité avérée pour le maintien dans la République, diverses évolutions institutionnelles seraient envisageables	180
VII - La probabilité d'une demande de troisième consultation dépendrait grandement des résultats de la deuxième	182
III – RÉFLEXIONS SUR L'AUTONOMIE ÉCONOMIQUE ET FISCALE	183
Autonomie insulaire Peut-il y avoir une identité fiscale océanienne ?	
<i>Par Gilbert Orsoni</i>	184
Introduction.....	184
I - Une diversification institutionnelle de plus en plus affirmée.....	185
A. Une multiplicité de régimes.....	186
B. Des classifications croisées.....	188
II - D'un droit commun amélioré.....	189
A. Le quasi-droit commun des DROM... ..	190
B. ...Agrémenté de dispositifs particuliers	192
1) Octroi de mer et recettes fiscales spécifiques.	192
2) Les dépenses fiscales applicables aux DROM	193
III - ...À une reconnaissance plus affirmée de prérogatives fiscales	194
A. Des COM à mi-chemin ?.....	194
B. La Polynésie, une spécificité reconnue aux conséquences inabouties.....	198
C. L'exemple calédonien d'une autonomie davantage encore affirmée	200
Conclusion	202

La notion d'impôts, droits et taxes de toute nature dans le système fiscal de la Nouvelle-Calédonie	
Par Jocelyn Bénéteau	204
I - La définition négative, par élimination ou par défaut des « impôts, droits et taxes de toute nature »	205
A. Les « impôts, droits et taxes de toute nature » ne sont ni des redevances pour service rendu, ni des redevances domaniales... ..	206
B. ... ni des cotisations sociales	208
II - Les fonctions de la notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature ». ..	209
A. La notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature » permet d'opérer une répartition des compétences normatives	210
B. La notion d'« impôts, droits et taxes de toute nature » permet de déterminer le régime juridique applicable à un prélèvement	211
Pour une simplification des structures juridiques des entreprises en Nouvelle-Calédonie	
Par Matthieu Buchberger,	214
I - La simplification des structures juridiques des entreprises individuelles ..	217
A. L'uniformisation des statuts professionnels	218
1) L'opportunité d'une uniformisation.....	218
2) L'ampleur de l'uniformisation.....	220
B. L'uniformisation de l'organisation patrimoniale de l'entrepreneur individuel.....	224
1) Le fonds, une technique efficace d'organisation du patrimoine ..	224
2) Le fonds professionnel, instrument de la simplification.....	227
II - La simplification des structures sociétaires	235
A. La réduction du nombre de formes sociales	236
B. La simplification des sociétés unipersonnelles.....	242
IV – LE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, UNE PASSION MÉCONNUE.....	245
L'Océan Pacifique, sujet de droit et souveraineté des États. Quelques réflexions	
Par Victor David	246
I - À la recherche de l'unité perdue	248
II - La souveraineté des États : du nationalisme maritime à la responsabilité	251
Conclusion	256

La police de l'environnement marin dans les îles françaises du Pacifique, à la croisée des compétences environnementales locales et des prérogatives de l'État en matière pénale <i>Par Sylvine Aupetit</i>	257
I - Qui adopte les dispositions relatives au patrimoine naturel marin dans les eaux françaises du Pacifique ?.....	261
A. L'encadrement des prélèvements dans le patrimoine naturel marin	262
1) Dans les eaux intérieures et territoriales françaises du Pacifique	262
2) Dans les ZEE	265
B. La lutte juridique contre les pollutions en mer	270
1) Les dispositions métropolitaines applicables.....	270
2) Les dispositions propres à chaque archipel.....	272
II - Qui encadre le contrôle et la sanction des infractions environnementales dans les eaux françaises du Pacifique ?	275
A. La détermination des sanctions des infractions environnementales.	276
1) La sanction des infractions environnementales qualifiées par l'État.....	276
2) La détermination des sanctions des infractions environnementales qualifiées par les administrations locales.....	278
B. La procédure pénale en cas d'infraction aux dispositions environnementales locales.....	282
1) Le contrôle du respect des dispositions environnementales dans les eaux françaises du Pacifique	282
2) Le droit de transaction	287
Conclusion	289
Annexe : Inventaire des dispositions environnementales dans les eaux françaises du Pacifique.....	291
ÉLÉMENTS BIBLIOGRAPHIQUES.....	302
Ouvrages	302
Direction d'ouvrages collectifs.....	302
Articles.....	302
Thèses encadrées et soutenues	305
TABLE DES MATIÈRES	306

L'Océanie dans tous ses États

Mélanges à la mémoire de Guy Agniel

Le professeur Guy Agniel aura marqué de son empreinte plusieurs générations d'étudiants en droit de Nouvelle-Calédonie. Son expertise de la Nouvelle-Calédonie – son pays – et du Pacifique insulaire, sa connaissance fine de l'outremer français tant dans son appréhension historique que contemporaine ont permis aux étudiants de bénéficier d'enseignements d'une immense richesse. Collègues, étudiants et plus généralement toutes les personnes qui l'ont croisé se rappelleront l'homme, le chercheur, l'enseignant au verbe affuté, au cynisme chahuteur, à l'humour à plusieurs degrés. Ceux qui le connaissaient bien souligneront la gentillesse, l'empathie, la générosité mais aussi la complexité de sa personnalité.

Guy Agniel est parti trop tôt, luttant jusqu'au bout pour assurer ses enseignements. En nous quittant, il a également emmené avec lui des connaissances encyclopédiques sur cette région du monde qu'est l'Océanie, qu'il adorait ponctuer d'anecdotes dont il avait le secret !

Il paraissait inimaginable de ne pas rendre hommage au Professeur Guy Agniel pour célébrer un chercheur, un enseignant, un homme décidément pas ordinaire. C'est pourquoi les mélanges qui lui sont consacrés sortent des sentiers battus et que chacune des personnes qui a souhaité lui rendre un hommage a choisi de s'adresser soit à l'homme, soit à l'enseignant, soit au chercheur. Tous l'ont fait avec le cœur et avec un extraordinaire respect.

Puisse cet ouvrage faire perdurer un peu encore la mémoire de Guy Agniel.

