

Les dix ans du transfert de la compétence « droit civil » à la Nouvelle-Calédonie : un anniversaire en demi-teinte¹

Caroline BOUIX

Maître de conférences en droit privé

En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie

Membre du Laboratoire de Recherches juridique et économique (LARJE)

L'année 2023 revêt une importance particulière pour la Nouvelle-Calédonie. Outre les discussions sur son avenir institutionnel, cette dernière a fêté le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur du transfert de la compétence en matière de droit civil². Depuis dix ans, la Nouvelle-Calédonie peut légiférer pour produire son propre droit civil. Pour saisir l'ampleur de cet évènement, le cadre juridique spécifique de cet outre-mer mérite d'être rappelé³. Celui-ci est un territoire à l'histoire tourmentée et au statut juridique sans cesse questionné. Depuis les accords Matignon-Oudinot du 26 juin 1988, l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 et la loi organique n°99-209 du 19 mars 1999 (ci-après LONC), la Nouvelle-Calédonie est une collectivité *sui generis*, comprenant elle-même d'autres collectivités, à savoir trois Provinces (Nord, Sud et Iles Loyauté) et trente-trois communes. Elle dispose en outre de la capacité d'adopter ses propres lois du pays à valeur législative votées par le Congrès, l'assemblée délibérante du territoire⁴. Elle est par ailleurs engagée dans un processus d'autodétermination destiné à mettre en place l'autonomie progressive du pays. Ce chemin passe notamment par le transfert à la Nouvelle-Calédonie de compétences normatives. Si nombre de compétences avaient anciennement été déléguées au gré des évolutions institutionnelles⁵, l'accord de Nouméa et la LONC ont substantiellement approfondi cette logique. Certaines étaient nouvellement attribuées à la Nouvelle-Calédonie dès l'entrée en vigueur de la LONC, tel le « droit du travail », d'autres devaient résulter d'un transfert progressif, tel le « droit civil ». Initialement, le transfert de cette

¹ Cet anniversaire a fait l'objet d'une journée d'étude le 18 septembre 2023 à l'Université de la Nouvelle-Calédonie intitulée *Dix ans après la loi du pays du 20 janvier 2012 : où en est le droit civil calédonien ?*, visionnable ici :

² Transfert résultant de la loi du pays n°2012-2 du 20 janvier 2012.

³ L'ensemble des textes cités sont consultables sur le site de diffusion du droit en ligne de la Nouvelle-Calédonie : www.juridoc.nc.

⁴ Art. 107 LONC. Voir C. David, *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, L'Harmattan, 2009 ; C. David (dir.), *15 ans de lois du pays - Sur les chemins de la maturité*, PUAM, 2016.

⁵ 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'outre-mer », in J.-Y. Faberon (dir.), *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, La Documentation française, 1997, p. 41.

dernière compétence était prévu au plus tard six mois après le début du mandat du Congrès de 2009. Face à l'ampleur de la tâche et des enjeux⁶, la loi organique n°2009-969 du 3 août 2009 a modifié la LONC pour reporter la date du transfert à la fin de l'année 2011⁷. Le transfert de la compétence « droit civil » soulevait en effet de nombreuses questions, dont la plus épineuse, celle de sa délimitation matérielle, c'est à dire les contours de ce « droit civil » transféré⁸. Auparavant, la compétence « droit civil » relevait de l'Etat, le droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie était donc le droit civil national. Cette affirmation mérite toutefois d'être précisée pour rendre compte de la réalité juridique. D'une part, tout le droit civil national n'était pas applicable en Nouvelle-Calédonie. En effet, les compétences de l'Etat sont régies par le principe de spécialité législative⁹. En vertu de celui-ci, les dispositions législatives et réglementaires nationales ne sont applicables en Nouvelle-Calédonie que lorsqu'elles le prévoient expressément, ceci valant également pour les textes modifiant des dispositions préalablement étendues¹⁰. Ces dispositions étendues peuvent en outre – et c'est là tout l'intérêt du principe de spécialité – faire l'objet d'adaptations propres au territoire. D'autre part, une partie importante de la population calédonienne n'était pas soumise au droit civil national, pas plus que désormais au droit civil calédonien. Aux termes de l'article 7 de la LONC, la grande majorité des Kanak, peuple autochtone, dispose d'un statut civil coutumier qui les fait relever, en matière de droit civil, de leurs coutumes¹¹. Celles-ci reposent sur la force de l'oralité et sont des « *pratiques coutumières (principes, procédure et modalités) dont la vocation est de se perpétuer et d'être reformulé en permanence* »¹². En somme, le droit civil national s'appliquait aux personnes de statut civil de droit commun mais également, en vertu de l'article 9 de la

⁶ Art. 21. III, LONC. Tenant compte « d'un souci de réalisme et de progressivité », le VIII^e comité des signataires de l'accord de Nouméa du 8 décembre 2008 « *estimait que des préalables sont requis pour certaines compétences inscrites à l'article 21.III (sécurité civile, droit civil, droit commercial)* ». Il avait proposé que « *ces compétences seront inscrites à l'article 27 de la loi organique du 19 mars 1999* ».

⁷ Sénat, Rapport d'information n° 104, « Nouvelle-Calédonie : continuer à avancer vers le destin commun », nov. 2014.

⁸ E. Cornut, « Quel(s) droit(s) civil(s) calédonien(s) ? », Le périmètre matériel du droit civil transféré », in S. Sana Chaillé de Néré (dir.), *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, Actes du colloque 29 septembre 2011, LARJE, p. 31 ; M.-A. Frison-Roche, *Le transfert de la compétence normative d'édition des lois et des règlements en matière de droit civil, de la métropole aux institutions propres à la Nouvelle-Calédonie*, Étude pour le Congrès de la Nouvelle-Calédonie, 2012.

⁹ Art. 6-2 LONC. Voir not. R. Lafargue, « Les limites du principe de spécialité législative. Quels enseignements dans la perspective du transfert des compétences législatives ? », in S. Sana Chaillé de Néré (dir.), *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, préc., p. 4.

¹⁰ CE, 9 févr. 1990, n° 107400, *Elections municipales de Lifou*, Lebon ; AJDA 1990, p. 490, obs. X. Prétot ; RFDA 1991, p. 2, B. Maligner et p. 602, concl. T. Tuot.

¹¹ C. Bouix, « Réflexions sur l'égalité des statuts personnels en Nouvelle-Calédonie », *RDLF* [En linge] 2023 chron. n°5 ; A. Leca, *Précis de droit civil coutumier kanak*, PUNC/PUAM, 4^e éd, 2019 ; E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, PUNC, 2018.

¹² Sénat coutumier, « Exposé sur la philosophie juridique de l'approche du Sénat coutumier devant la commission plénière du Congrès de la Nouvelle-Calédonie », 12 octobre 2015.

LONC, aux rapports mixtes concernant une personne de statut civil de droit commun et une autre de statut civil coutumier. Et encore fallait-il que les dispositions aient été étendues à la Nouvelle-Calédonie. Or, « *faute souvent de temps et par manque de connaissance des statuts des collectivités d'outre-mer par les ministères, la disposition expresse d'extension est absente. Il faut dès lors attendre une extension ultérieure, qui tarde souvent à être prise, soit à l'occasion d'une nouvelle loi, soit par une ordonnance* »¹³. C'est pourquoi, en vue du transfert et un après un recensement des lacunes, l'ordonnance n° 2013-516 du 20 juin 2013 a procédé à une actualisation du droit applicable localement afin que les institutions calédoniennes puissent exercer leur compétence normative à partir d'un droit positif à jour des dernières évolutions législatives et réglementaires dans l'hexagone. En application du principe de permanence des textes¹⁴, le droit civil national actualisé a dès lors constitué le point de départ de la construction du droit civil calédonien.

Dix ans plus tard, ce qui aurait pu s'annoncer comme un heureux anniversaire paraît cependant terni par le contexte politico-juridique actuel du pays. Le processus d'autodétermination étant arrivé à son terme après l'organisation des trois référendums successifs prévus par l'accord de Nouméa¹⁵, l'heure est à la réflexion sur le nouveau statut institutionnel dans un contexte d'éternelle opposition entre partisans de la République française et tenants des revendications indépendantistes. A cette occasion, les discussions politiques ont soulevé la possibilité d'une reprise de compétences transférées, notamment en raison de carences supposées dans leur exercice par la Nouvelle-Calédonie. C'est le cas notamment de la sécurité civile mais aussi du droit civil, lesquelles retourneraient alors dans le giron de l'État. Si, *de lege lata*, un tel retour en arrière n'est pas possible, l'accord de Nouméa posant un principe constitutionnel d'irréversibilité des transferts¹⁶, *de lege feranda*, rien n'interdit juridiquement de revenir sur ces transferts lors de la modification de la Constitution dans le cadre d'un nouveau statut. Une telle régression reste néanmoins politiquement clivante. Ainsi, l'étude de dix années d'exercice de la compétence « droit civil » par la Nouvelle-Calédonie permet d'apprécier la réalité de ces accusations. Le bilan est en effet mitigé (I) mais l'exercice de la compétence « droit civil » recèle de réelles opportunités à exploiter (II). Son maintien paraît dès lors justifié.

¹³ C. Arrighi de Casanova et F. Badie, « Rapport définitif Mission d'appui aux Transferts de compétences en Nouvelle-Calédonie » [En ligne], 2008.

¹⁴ Voir R. Fraisse, « La hiérarchie des normes en Nouvelle-Calédonie », *RFDA* 2000, p. 77.

¹⁵ C. David et M. Tirard, « La Nouvelle-Calédonie après le troisième référendum d'autodétermination du 12 décembre 2021 : 40 ans pour rien ? », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], avr. 2022.

¹⁶ M. Chauchat, « Le principe d'irréversibilité constitutionnelle de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie », *Politeia*, 2011, p. 149.

I. UN BILAN MITIGE

A l'orée du transfert, les attentes étaient grandes. Les partisans du transfert avançaient la possibilité d'une meilleure qualité des normes, davantage adaptées aux besoins du pays, sous réserve d'allouer les moyens humains et matériels nécessaires et d'une volonté politique d'exercer cette compétence pleinement¹⁷. A l'inverse, les plus rétifs exposaient leurs craintes de « fossilisation » du droit civil calédonien, ne suivant pas les évolutions sociales, comme celle d'un « décrochage » par rapport aux évolutions du droit civil hexagonal¹⁸.

Si l'activité normative est la face émergée de l'exercice de la compétence « droit civil », son déploiement n'est pleinement possible qu'en présence d'un environnement administratif préalablement existant. C'est pourquoi l'exercice de la compétence est d'abord passé par des aspects opérationnels. Ainsi, par exemple, concernant les règles de l'état civil, l'Etat a dû accompagner ce déploiement par un décret n°2014-1087 du 24 septembre 2014 transférant à la Nouvelle-Calédonie la partie de service de l'Etat chargée de la conservation et de la mise à jour du double des registres de l'état civil. De son côté, le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, spécialement la Direction des affaires juridiques, a dû préparer les services à la gestion des registres de l'état civil. Une fois l'environnement institutionnel préparé, l'activité normative pouvait débuter. Celle-ci relève pour l'essentiel du Congrès de la Nouvelle-Calédonie. Si le Congrès peut adopter des délibérations réglementaires, il peut surtout prendre des lois du pays dans les domaines relevant de l'article 99 de la LONC. Construit à l'image de l'article 34 de la Constitution, ce dernier impose une loi du pays pour les « règles concernant l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités » ou encore « les principes fondamentaux concernant le régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ». Comme en hexagone, le droit civil calédonien relève largement de la compétence de la loi, ici du pays. En dix ans, on ne dénombre toutefois que huit lois du pays touchant, au moins pour partie, à la compétence « droit civil ». Parmi elles, deux concernent par exemple l'assurance de construction¹⁹, une réglemente les baux ruraux tout en créant un

¹⁷ S. Sana Chaillé de Néré, « Propos introductifs », in S. Sana Chaillé de Néré (dir.), *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, préc., p. 4.

¹⁸ *Idem* ; Sénat, « Rapport d'information n°104, préc.

¹⁹ Loi du pays n° 2019-4 du 5 février 2019 ; Loi du pays n° 2020-5 du 30 janvier 2020.

code agricole et pastoral,²⁰ un autre encore est relative à la protection des victimes de violences intrafamiliales²¹. La dernière en date est, quant à elle, relative à la rémunération pour copie privée²². Que penser de ces interventions ?

Au titre du bilan positif, il faut relever des avancées, certes rares et de peu d'ampleur, mais intervenues dans des domaines constituant des priorités pour le pays. Par exemple, en matière de responsabilité des constructeurs, les évolutions du droit hexagonal n'avaient jamais été entendues, la loi dite *Spinetta* n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction n'y était pas applicable. La réglementation calédonienne datait ainsi de...1804 et avait ainsi pu être qualifiée d'« archaïque »²³. Cette fossilisation contrastait fortement avec le droit hexagonal et le taux de sinistralité du pays. En plus d'une modernisation urgente, il s'agissait également de relever le niveau de qualité des constructions en Nouvelle-Calédonie, avec en arrière-plan, la volonté d'améliorer la confiance dans le marché de la construction en vue de promouvoir le BTP, l'un des moteurs de l'économie calédonienne. De même, la loi du pays sur les baux ruraux, résultant d'une proposition de loi du pays, souligne la volonté politique de soutenir le développement agricole dans un pays à la recherche de sa souveraineté alimentaire.

Au titre du bilan négatif, il faut évidemment relever le faible nombre de textes, réformant des points précis touchant le droit civil de manière accessoire, souvent en couplant cette compétence à une autre, à l'image du droit des assurances. Aucun texte ne concerne pour l'heure le cœur du droit civil, notamment les obligations. Il n'y pas de réforme comparable à celle du droit commun des contrats dans l'hexagone 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. Postérieure au transfert, celle-ci n'est donc pas applicable en Nouvelle-Calédonie où cette matière reste régie par le droit hexagonal figé en 2013. Plusieurs réformes sont cependant en cours et, si elles aboutissent, les évolutions concerneront de manière beaucoup plus directe et globale le droit civil. Le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a ainsi examiné en mars 2023 plusieurs avant-projets de loi prévoyant un ajustement du mandat de protection future, une réforme du droit commun de l'inexécution des contrats ou encore une évolution des règles

²⁰ Loi du pays n° 2016-11 du 7 juillet 2016.

²¹ Loi du pays n°2022-10 du 5 septembre 2022.

²² Loi du pays n° 2023-9 du 11 août 2023.

²³ Sénat, Rapport d'information n°601, « Le BTP outre-mer au pied du mur normatif – faire d'un obstacle un atout », juin 2017, p. 59.

encadrant les changements de nom, prénom et mention du sexe à l'état civil. Malgré ces avancées, il reste regrettable que des réformes plus générales n'aient pas été engagées. Relevons toutefois que l'évolution du droit civil de la Nouvelle-Calédonie est prise entre deux feux. D'un côté, l'Etat ayant longtemps exercé cette compétence, les racines des droits civils sont identiques et les textes locaux sont, pour beaucoup, ceux du droit hexagonal figé en 2013. L'essor d'un droit civil calédonien est en outre freiné par des juristes encore trop formés au droit hexagonal, craignant parfois de s'éloigner de ce qui est connu et maîtrisé. La tentation est donc grande de voir dans le droit civil hexagonal l'horizon indépassable du droit civil calédonien pour éviter le décrochage, souvent mentionné²⁴. D'un autre côté, le risque est alors de subir le reproche légitime d'un droit calédonien « copié-collé » du droit hexagonal, sans prise en compte des particularités locales. Finalement, à quoi bon avoir transféré la compétence s'il s'agit de faire du panurgisme juridique ? Il est donc nécessaire d'exercer la compétence « droit civil » en tenant compte des réalités socio-économique propres au territoire calédonien.

Un autre point négatif, et non des moindres, peut être porté au bilan. Il manque des « *règles de coordination entre le droit civil édicté par la Nouvelle-Calédonie et celui fixé par l'État en précisant si un critère territorial ou un critère personnel permet de déterminer le droit applicable* »²⁵. Se pose toujours la question de savoir dans quelle mesure le droit civil de la Nouvelle-Calédonie s'applique aux personnes résidentes de courte durée et originaires de l'hexagone. On songe notamment aux fonctionnaires d'Etat présents en séjour réglementé. Par exemple, quel droit (celui calédonien ou celui de l'hexagone) doit régir le divorce prononcé en Nouvelle-Calédonie d'un couple marié avant son arrivée ? Faut-il privilégier une approche territoriale ou une approche personnelle ? Nul texte n'apporte de réponse. En pratique, le droit civil de la Nouvelle-Calédonie est appliqué par les professionnels mais la solution inverse peut être soutenue²⁶. Peut tout autant se poser la question de l'application par le juge hexagonal du droit civil de la Nouvelle-Calédonie à des calédoniens résidant hors territoire. A mesure que le droit calédonien s'éloigne (lentement) du droit hexagonal, l'adoption de critères déterminant son champ d'application (dont la fixation relève du législateur organique²⁷) appelée depuis

²⁴ E. Cornut, « La poursuite du décrochage du code civil calédonien », *Cahiers du LARJE* [En ligne], 2017-2, p. 15 ; C. Bidaud-Garon, « La réforme J21 et le décrochage du droit des personnes et de la famille », *Cahiers du LARJE* [En ligne], 2017-2, p. 7 ; E. Cornut, « Le droit civil calédonien à l'aube du décrochage du droit civil français », *Cahiers du LARJE* [En ligne], 2016-3, p. 14.

²⁵ Sénat, Rapport d'information n°104, préc.

²⁶ Voir les réflexions des praticiens du droit présents lors de la journée d'étude précitée du 18 septembre 2023 tenue à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, préc.

²⁷ CE, avis, 23 mai 2013, n° 387519.

longtemps de ses vœux par la doctrine²⁸, devient de plus en plus pressante. Le bilan de dix ans d'exercice par la Nouvelle-Calédonie de la compétence « droit civil » est donc mitigé. Cependant, cette même compétence offre de réelles opportunités à exploiter pour le pays.

II. DES OPPORTUNITES A EXPLOITER.

Quelles seraient les conséquences pour la Nouvelle-Calédonie si la compétence « droit civil » lui était retirée à l'occasion de l'adoption du prochain statut institutionnel ? Elle perdrait certes en autonomie juridique et politique, ce qui caractériserait un retour en arrière par rapport à l'accord de Nouméa. Mais elle serait aussi privée d'opportunités, peut-être insoupçonnées au jour du transfert, qui lui permettraient de poursuivre une meilleure cohésion de la société postcoloniale calédonienne, à la recherche de son destin commun.

En premier lieu, l'exercice de la compétence « droit civil » constitue certainement une opportunité pour l'essor du droit coutumier, lequel est constitué des normes étatico-calédoniennes qui apportent une solution coutumière de fond à un problème donné, mais dont l'inspiration n'est ou pas totalement issu du droit occidental et donc empruntées de coutume²⁹. L'argument est contre-intuitif car, nous l'avons vu, il y a, en matière de droit civil, une nette séparation entre le droit calédonien ou hexagonal et les coutumes Kanak. Selon l'article 7 de la LONC, les personnes de statut civil coutumier sont régies, en matière de droit civil, par leurs coutumes. En outre, l'article 18 de la LONC prévoit que « *sont régis par la coutume les terres coutumières et les biens qui y sont situés appartenant aux personnes ayant le statut civil coutumier* ». *A priori*, le maintien ou le reprise de la compétence « droit civil » ne devrait donc pas intéresser le droit coutumier. Pourtant, un exemple symptomatique, tiré 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*, démontre le contraire. Cette loi du pays est une parfaite illustration des potentialités du pluralisme juridique en Nouvelle-Calédonie. Elle met en œuvre l'accord de Nouméa qui précise « *que le statut coutumier distinguera les biens situés dans les « terres coutumières » (nouveau nom de la réserve), qui seront appropriés et dévolus en cas de*

²⁸ S. Sana Chaillé de Néré, « Un droit calédonien pour qui ? Le périmètre spatial du droit civil transféré » in S. Sana Chaillé de Néré (dir.), *Le transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence normative en droit civil et en droit commercial*, préc., p. 40.

²⁹ Dans le même sens, E. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif calédonien », in E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume dans le pluralisme juridique calédonien*, préc., p. 487.

succession selon les règles de la coutume et ceux situés en dehors des terres coutumières qui obéiront à des règles de droit commun ». Conformément à ce texte et à la LONC, la loi renvoie donc aux « *usages coutumiers propres à l'aire coutumière d'origine du défunt* »³⁰ pour la dévolution des biens situés sur terres coutumières appartenant à des personnes de statut coutumier. En revanche, les biens situés hors terres coutumières appartenant à ces mêmes personnes ne sont pas régies par les coutumes, ni par le droit civil applicable aux personnes de statut civil de droit commun. La loi du pays de 2018 crée des règles spécifiques, qui, sans être de la coutume, s'en inspirent et s'appliquent exclusivement à la succession de personnes de statut civil coutumier. Le texte impose notamment le recours à un officier public coutumier, excluant le notaire de droit commun, et fait intervenir les autorités coutumières à différents stades de la succession³¹. Il s'agit d'un droit civil calédonien imprégné de coutume, d'un droit hybride « *que l'on peut qualifier de mixte ou métissé* »³². Comment un tel droit a-t-il été créé ? Cela est précisément le résultat du couplage de la compétence « droit civil », avec celles détenues par la Nouvelle-Calédonie en matière de droit coutumier. Dans son avis sur le projet de loi du pays, le Conseil d'Etat valide cette approche³³. Il relève que la Nouvelle-Calédonie est compétente pour légiférer en cette matière en se fondant sur les compétences « statut civil coutumier » et « terres coutumières »³⁴, lesquelles relèvent de l'intervention du législateur du pays, mais également sur la compétence « droit civil ». C'est une démarche similaire qui a permis la création des congés coutumiers dans le droit du travail calédonien. En effet, le droit du travail est une compétence pleinement transférée en 1999 et, grâce à ce transfert, loi du pays³⁵ a pu créer le congé pour responsabilités coutumières, en couplant les compétences normatives « droit du travail » et « statut civil coutumier » de la Nouvelle-Calédonie³⁶. Sans ces compétences, la Nouvelle-Calédonie perd la possibilité d'entrelacer lois du pays et coutumes, une association longtemps restée en souffrance³⁷. La coutume peut ainsi être prise en compte dans le droit calédonien, en dehors du champ d'application qui lui est assigné par la LONC. Cette même utilisation conjointe des compétences « statut civil coutumier ; terres coutumières » et « droit civil » est d'ailleurs le moteur actuel d'un projet de loi du pays destiné à créer un droit des contrats sur terres coutumières.

³⁰ Art. 12 LONC.

³¹ Voir C. Bidaud-Garon, « Éclairage juridique – Aperçu critique de la loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 », *Cahiers du LARJE* [En ligne], n° 2018-6, p. 6.

³² E. Cornut, « Veille et éclairage juridique (droit coutumier) », *Cahier du LARJE* [En ligne], 2018-6, p. 16.

³³ CE, avis, 27 juill. 2016, n°392042.

³⁴ Art. 22, 5° LONC.

³⁵ Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018.

³⁶ CE, avis, 26 oct. 2016, n°392161.

³⁷ T. Xozame, « La loi du Pays et la Coutume », in C. David (dir.), *15 ans de lois du pays*, préc. p. 159.

En second lieu, dans l'avenir, l'exercice de la compétence « droit civil » permettrait de créer un code civil de la Nouvelle-Calédonie. En effet, malgré le transfert, un tel code n'existe pas encore. Il existe seulement un code civil applicable en Nouvelle-Calédonie, c'est-à-dire le code civil contenant le droit civil étatique figé au jour du transfert, le cas échéant modifié par les lois du pays et délibérations postérieures³⁸. Un code de la Nouvelle-Calédonie est en principe un code préparé par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie au regard du droit existant puis adopté par le Congrès, réunissant de manière organisée les normes relevant des compétences de la Nouvelle-Calédonie, le cas échéant complétées de celles relevant des compétences d'autres collectivités, notamment les Provinces. Il existe en ce sens et sans exhaustivité, un code du travail, un code de l'urbanisme, un code de la consommation ou encore un code de procédure civile, tous de la Nouvelle-Calédonie. Quel serait l'intérêt d'une telle codification du droit civil ? A n'en pas douter, le principal atout réside dans l'accès au droit, vertu que tout code porte en lui, spécialement dans les outre-mer³⁹. Faire un code permettrait de penser globalement le droit civil de la Nouvelle-Calédonie, de le réorganiser et de le débarrasser de dispositions inadaptées au pays. L'accessibilité comme l'intelligibilité du droit est particulièrement délicate en Nouvelle-Calédonie. Les compétences normatives sont réparties entre celles de l'État, régies par les subtilités du principe de spécialité législative, celles de la Nouvelle-Calédonie et celles des Provinces. Ces dernières disposent d'une compétence de droit commun, autrement dit, l'ensemble des compétences non attribuées à l'État et à la Nouvelle-Calédonie par la LONC leurs sont dévolues. Or, les frontières entre ces différentes compétences peuvent être particulièrement poreuses et sujettes à interprétation. Par exemple, si la compétence « droit civil » appartient à la Nouvelle-Calédonie, la compétence « environnement » relève de Provinces, l'interprétation de cette dernière ayant récemment donné lieu à une jurisprudence extensive⁴⁰. Qui serait alors compétent pour établir un régime de responsabilité civile environnementale, pour l'heure inexistant⁴¹ ? De même, si la Nouvelle-Calédonie s'est vue transférer la compétence « droit civil », certaines compétences de l'État donnent encore à celui-ci la possibilité d'intervenir en la matière⁴². Tel est le cas de la « nationalité », dont les normes

³⁸ Voir, par analogie, les remarques formulées par le Conseil d'État sur l'inexistence d'un code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle Calédonie : CE, avis, 15 nov. 2022, n°406136.

³⁹ Sur la question de la codification outre-mer voir F. Roussel, « La codification des dispositions outre-mer : une simplification vraiment impossible ? » RFDA 2023, p. 879 ; E. Matutano, La codification dans les outre-mer : état des lieux, RDP 2022, p. 1027.

⁴⁰ CE, 18 juil. 2022, Provinces des îles Loyauté, n° 462438, Lebon.

⁴¹ Voir M. Uzan-Marcasche, *La responsabilité civile environnementale en Nouvelle-Calédonie*, thèse Nouvelle-Calédonie, 2022.

⁴² Art. 21, 1° LONC.

hexagonales sont d'ailleurs applicables de plein droit⁴³, sans nécessité d'extension et donc en dérogation au principe de spécialité législative. De même, la « *garantie des libertés publiques* » est toujours une compétence détenue par l'État afin que « *les conditions essentielles de mise en œuvre des libertés publiques et, par suite, l'ensemble des garanties que celles-ci comportent, soient les mêmes sur l'ensemble du territoire de la République* »⁴⁴. Cette compétence est parfois qualifiée « de réserve d'autorité de l'Etat »⁴⁵ en ce que son interprétation peut préempter des compétences dévolues aux institutions locales. Elle impacte largement le droit civil, justifiant que les dispositions de l'article 9 du code civil sur le respect de la vie privée, les principes relevant du régime juridique du respect du corps humain, les dispositions des articles 544 et 545 du code civil sur le caractère fondamental du droit de propriété et les dispositions relatives au respect de la liberté matrimoniale et à la liberté d'association n'aient pas été incluses dans le champ du transfert⁴⁶. La codification est donc un instrument légistique particulièrement utile à la Nouvelle-Calédonie, auquel le Conseil d'État incite souvent les institutions locales à recourir⁴⁷.

Outre son intérêt pratique indéniable, la codification du droit civil recèle une portée symbolique propre à la matière. Elle implique une dimension fondatrice en ce qu'un code civil contient des règles rendant compte de l'identité individuelle des personnes autant que de l'identité collective d'un peuple. Pour s'en convaincre, il suffit de penser au droit de la famille, témoin de l'évolution des mœurs, ou encore au droit commun des contrats rendant compte de l'importance attachée à la parole donnée et à la protection du contractant faible. Un code civil calédonien pourrait-il être, pour reprendre la formule éculée du doyen Carbonnier, être la « *constitution civile* » de la Nouvelle-Calédonie⁴⁸ ? Pour l'heure, la Nouvelle-Calédonie connaît non pas un mais deux peuples, le peuple Français et le peuple Kanak reconnu par l'accord de Nouméa. Le peuple calédonien n'est aujourd'hui qu'une potentialité recherchée à travers un destin commun posé par l'accord de Nouméa, dont la réalisation reste « *contrariée* »⁴⁹. En proposant de codifier le droit civil, il ne s'agirait pas de ressusciter la vieille logique assimilationniste, à nouveau

⁴³ Art. 6-2, 4° LONC.

⁴⁴ Cons. Constit., DC n° 96-373 DC du 9 avril 1996.

⁴⁵ C. Froger, « L'état d'urgence et sa sortie en Nouvelle-Calédonie », AJDA 2022, p. 264.

⁴⁶ Voir l'annexe à la loi du pays du 20 janvier 2012.

⁴⁷ Pour un code de la propriété intellectuelle de la Nouvelle-Calédonie, CE, Sect. Int., avis, 15 nov. 2022, préc. ; ou encore pour un code de la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie, CE, Sect. Adm., 29 janv. 2019, n°396571, 396572, 396573, 396588.

⁴⁸ Pour une réflexion parallèle, I. Dauriac, « La loi du pays fera-t-elle la "Constitution civile" de la Nouvelle-Calédonie ? », in C. David (dir.), *15 ans de lois du pays*, préc. p. 257

⁴⁹ L. Havard, « Vingt-cinq ans de citoyenneté calédonienne : histoire d'une ambition contrariée », in *Constitution, États et peuples. Mélanges en l'honneur du Professeur Stéphane Pierré-Caps*, à paraître.

récemment convoquée à travers l'appel à la mise en place d'un droit unitaire, applicable à tous, quel que soit le statut personnel des individus⁵⁰. Il s'agit au contraire de respecter les identités collectives de chacun, par un code qui contiendrait alors, outre le renvoi aux coutumes Kanak, les règles de droit civil commun et les règles de droit civil propres aux personnes de statut coutumier, tout en en prévoyant une harmonieuse articulation. Si une telle perspective s'avère certainement utopique en l'état du contexte politique, le maintien de l'exercice de la compétence « droit civil » en Nouvelle-Calédonie », adossée aux compétences « statut civil coutumier » et « aux terres coutumières », permettrait assurément de poursuivre la difficile réalisation du destin commun tant recherché.

⁵⁰ M.-A. Frison-Roche, *Le transfert de la compétence normative d'édiction des lois et des règlements en matière de droit civil, de la métropole aux institutions propres à la Nouvelle-Calédonie*, préc.