

# QUEL DROIT POUR LES ENTREPRISES EN NOUVELLE-CALÉDONIE ?

ACTES DU COLLOQUE INTERNATIONAL DES 27 ET 28 SEPTEMBRE 2018, UNC

Sous la direction de Matthieu Buchberger



 **Punc**  
PRESSES UNIVERSITAIRES  
DE NOUVELLE-CALÉDONIE

 **UNC**  
UNIVERSITÉ  
DE NOUVELLE-CALÉDONIE

LARJE



# **QUEL DROIT POUR LES ENTREPRISES EN NOUVELLE-CALÉDONIE ?**

**ACTES DU COLLOQUE INTERNATIONAL DES 27 ET 28 SEPTEMBRE 2018, UNC**

**Sous la direction de Matthieu Buchberger**

© 2021 Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie – PUNC  
Collection LARJE – Laboratoire de recherches juridique et économique  
larje.unc.nc

Tous droits réservés

La reproduction partielle ou entière, sous quelque forme que ce soit, de la présente publication est interdite sans l'autorisation de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

All rights reserved

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

ISBN : 979-10-91032-19-3



Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie

Avenue James-Cook – BP R4 – 98851

Nouméa CEDEX

unc.nc

Publication assurée par Françoise Cayrol pour les PUNC

Réalisation : © ETEEK

# **QUEL DROIT POUR LES ENTREPRISES EN NOUVELLE-CALÉDONIE ?**

**ACTES DU COLLOQUE INTERNATIONAL DES 27 ET 28 SEPTEMBRE 2018, UNC**

**Sous la direction de Matthieu Buchberger**

Coordination éditoriale, Françoise Cayrol



## REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier chaleureusement l'ensemble des participants à ce colloque pour la qualité de leurs interventions, ainsi que Olympe Dexant-de Bailliencourt, Caroline Gravelat, Samuel Gorohouna et Manuel Tirard pour leurs présidences lors des quatre demi-journées de cette rencontre.

Je remercie tout particulièrement les quatre intervenants qui ont accepté de participer avec retenue, ouverture et courtoisie, au débat « sensible » sur les protections de marché, ainsi que les professionnels qui ont pris le temps de me faire parvenir la version écrite de leurs interventions, ce qui m'a permis de les intégrer dans les présents actes<sup>1</sup>.

De même, des remerciements particuliers sont adressés à Monsieur Bauvalet et à Madame Castets-Renard qui, ne pouvant être présents, ont néanmoins accepté d'enregistrer leur communication en vue d'une projection lors du colloque.

Je salue également l'enthousiasme de Mesdames Dexant-de Bailliencourt et Caffin-Moi qui ont parcouru la moitié du globe pour venir nous faire part de leurs analyses, Madame Caffin-Moi ayant en outre accepté, tout comme Madame Meyer, d'intervenir à deux reprises lors de ce colloque.

Ma reconnaissance s'adresse tout autant à Madame Jenny Buchan, venue d'Australie pour nous faire part – en français – de ses analyses sur la franchise.

Doivent également être remerciés l'UNC et son service de communication, dont l'aide organisationnelle a été très précieuse, ainsi que le Laboratoire de recherches économique et juridique (LARJE), le Centre de Recherches Juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC), et le Laboratoire d'Études Juridiques et Politiques de l'Université Cergy-Pontoise (LEJEP).

Enfin, je remercie le congrès, la province Nord, la Chambre de Commerce et d'Industrie de Nouvelle-Calédonie (CCI-NC), la Fédération des Industries de Nouvelle-Calédonie (FINC) et le MEDEF-NC, pour avoir accepté de contribuer au financement de ce colloque. Ces financements témoignent d'une volonté commune d'assurer la divulgation du droit qui, s'il n'est pas toujours au service des entreprises, doit néanmoins toujours les prendre en considération lorsque leurs intérêts sont en jeu.

---

<sup>1</sup> Les interventions non retranscrites dans les présents actes peuvent être visionnées en ligne : <https://unc.nc/colloque-international-sur-le-droit-des-entreprises-en-nouvelle-caledonie/>  
Pour plus de précisions, voir les liens insérés dans les propos conclusifs de Madame Caffin-Moi, p. 202.

## SOMMAIRE

<b>REMERCIEMENTS</b> .....	7
<b>AVANT-PROPOS</b>	
Matthieu Buchberger.....	11
Université de la Nouvelle-Calédonie	
<b>DISCOURS D’OUVERTURE</b>	
Gaël Lagadec .....	15
Président de l’Université de la Nouvelle-Calédonie	
<b>INTRODUCTION</b>	
<b>MOTIVATIONS ET FREINS À LA CRÉATION ET REPRISE D’ENTREPRISE EN NOUVELLE-CALÉDONIE     AU REGARD DES FACTEURS JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES ET SOCIO-CULTURELS LOCAUX</b>	
Jérôme Baray et Catherine Ris .....	19
Université de la Nouvelle-Calédonie	
<b>PREMIÈRE PARTIE : LE DROIT POUR LES ENTREPRISES</b>	
<b>I. ENTREPRISE ET DROIT CALÉDONIEN</b>	
<b>QUEL DROIT BANCAIRE POUR LES ENTREPRISES DANS L’ENVIRONNEMENT CALÉDONIEN ?</b> .....	35
Charline Tafani	
<b>LE DROIT CALÉDONIEN FAVORISE-T-IL LA TRANSMISSION D’ENTREPRISE ?</b> .....	49
Philippe Bernigaud	
<b>UNE VICTIME MÉCONNUE : LE FRANCHISÉ. L’EXEMPLE DU DROIT AUSTRALIEN</b> .....	56
Jenny Buchan	
<b>II. ENTREPRISE ET COUTUME</b>	
<b>QUELLES STRUCTURES JURIDIQUES DE DROIT COMMUN POUR LES ENTREPRENEURS         DE STATUT COUTUMIER ?</b> .....	66
Matthieu Buchberger	
<b>LES « CONGÉS COUTUMIERS »</b> .....	83
Nadège Meyer	
<b>III. ENTREPRISE ET ENVIRONNEMENT INTERNATIONAL</b>	
<b>LES INCERTITUDES DU DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX         EN NOUVELLE-CALÉDONIE</b> .....	99
Christine Bidaud	

TABLE RONDE : « TROP DE PROTECTIONNISME EN NOUVELLE-CALÉDONIE ? » .....	109
Encadrée par Matthieu Buchberger	
Divy Bartra, Édouard Galvet, Éric Chevrot, Chérifa Linossier	

## **DEUXIÈME PARTIE : L'ENTREPRISE FACE AU DROIT : DES CRAINTES À APAISER**

### **I. LES CRAINTES CLASSIQUES**

DROIT DU TRAVAIL : FAUT-IL S'INSPIRER DES ORDONNANCES MACRON POUR « LIBÉRER L'ENTREPRISE » ? .....	121
Nadège Meyer	
LA FISCALITÉ DE L'ENTREPRISE, OBSTACLES ET OPPORTUNITÉS ? .....	136
Cécile Duval	
LE DROIT ET LES ENTREPRISES : L'EXEMPLE DE LA TGC .....	141
Lionel Bauvalet	

### **II. LES NOUVEAUX DÉFIS**

BÉNÉFICIAIRES EFFECTIFS ET DEVOIR DE VIGILANCE .....	149
Olympe de Bailliencourt	
LA SIMPLIFICATION DU DROIT DES ENTREPRISES EN MÉTROPOLE .....	160
Marie Caffin-Moi	
DONNÉES PERSONNELLES ET ENTREPRISES EN NOUVELLE-CALÉDONIE .....	170
Cécile Castets-Renard	
L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE EN NOUVELLE-CALÉDONIE : QUELLE POLITIQUE VIS-À-VIS DE L'ENTREPRISE ? .....	180
Virginie Cramésnil de Laleu	
LE DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LES PETITES ÉCONOMIES : ENTRE APPLICATION ET ADAPTATION .....	187
Anaïs Moyrand	
QUEL DROIT POUR LES ENTREPRISES EN NOUVELLE-CALÉDONIE - PROPOS CONCLUSIFS .....	202
Marie Caffin-Moi	

<b>LES AUTEURS</b> .....	209
--------------------------	-----



## AVANT-PROPOS

**Matthieu Buchberger**

Université de la Nouvelle-Calédonie

Qu'il existe des liens entre l'entreprise et le droit, nul ne prétend le contraire. Depuis les travaux de Ripert<sup>1</sup> et la thèse fondatrice de Despax au milieu du siècle dernier<sup>2</sup>, dont s'inspira l'école de Rennes, et la « doctrine de l'entreprise » qu'elle a promue<sup>3</sup>, la place de l'entreprise dans le droit n'a fait que se confirmer : droit des entreprises en difficulté, droit de la concurrence dont le sujet principal est l'entreprise, société définie par l'article 1832 du Code civil comme une « entreprise commune » et, plus récemment, entrepreneur individuel à responsabilité limitée... Pourtant, tous le constatent : si l'entreprise est saisie par le droit, elle reste insaisissable en droit, dès lors que ce dernier refuse d'en donner une définition juridique, associée à un régime qui lui serait propre.

L'entreprise conserve donc son autonomie par rapport au droit. Mais l'inverse est également vrai. Au point que l'expression « Je t'aime, moi non plus », employée par un auteur pour évoquer les liens entre l'économie et le droit<sup>4</sup>, serait également adaptée pour décrire les relations entre ce dernier et les entreprises. Car le droit tantôt flatte les intérêts des entreprises, tantôt les contrarie.

Dans le premier cas, l'entreprise y trouve évidemment son compte. Comme un autre auteur le faisait remarquer il y a quelques années<sup>5</sup>, obligeant le lecteur à porter un regard neuf sur une évidence qui n'en est en réalité pas une, la personnalité morale des sociétés est une fiction juridique, une « des inventions les plus ingénieuses de l'humanité »<sup>6</sup>, sans laquelle les entreprises n'auraient pu connaître l'essor que l'on constate aujourd'hui. Elle permet à l'entreprise de s'individualiser, mais également de se subdiviser en autant d'êtres juridiques que souhaité, pour autonomiser les différentes activités exercées, et pour isoler les plus risquées d'entre elles afin de limiter les conséquences de cette prise de risque... De fait, lorsque la personnalité morale joue pleinement son rôle et entraîne une limitation de la responsabilité des associés, ceux-ci ne peuvent perdre davantage que le montant de leur apport. De plus, aucune

1 G. Ripert, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd., 1951, spéc. n° 119 et s.

2 M. Despax, *L'entreprise et le droit*, préf. G. Marty, avant-propos H. Solus, LGDJ, 1957.

3 Voir not. C. Champaud, *Le pouvoir de concentration de la société par actions*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1962 ; C. Champaud, « Les fondements sociétaux de la "doctrine de l'entreprise" », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mél. en l'honneur de J. Paillusseau*, Dalloz, 2003, p. 117 ; J. Paillusseau, *La société anonyme technique juridique d'organisation de l'entreprise*, préf. Y. Loussouarn, Sirey, 1967.

4 A. Bienaymé, « Droit et économie : Je t'aime, moi non plus », in *Études de droit privé offertes à P. Didier*, Economica, 2008, p. 11.

5 Y. N. Harari, *Sapiens – Une brève histoire de l'humanité*, Albin Michel, 2012, p. 40 et s.

6 Y. N. Harari, *op. cit.*, p. 42.

contribution aux pertes ne peut en principe leur être demandée en cours de vie sociale, alors que dans le même temps, grâce à une autre fiction – celle du bénéficiaire d'exercice –, ces associés ont le droit de percevoir chaque année les bénéfices distribuables constatés, sans que le constat de pertes abyssales les années suivantes ne permette de remettre en cause les distributions antérieures. Certains pourraient être tentés de nuancer cet apport du droit à l'entreprise, en considérant que la personnalité morale serait moins une fiction reconnue par le législateur, qu'une réalité qui s'imposerait à lui. Il est vrai à ce propos que la « découverte » récente par les juges du fond de la personnalité morale du clan kanak offre une illustration de cette « théorie de la réalité »<sup>7</sup>. Mais, pour ce qui est des entreprises et plus précisément des sociétés, puisque ce sont elles, et non les entreprises, qui sont dotées de la personnalité morale, cette dernière leur est attribuée du seul fait de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés (RCS). Il est alors indéniable que par cette fiction, ce « mythe »<sup>8</sup>, le droit sert les intérêts de l'entreprise.

Mais le droit, en tant que vecteur d'organisation de la Cité, ne saurait se résumer à ce rôle, car il est également le gardien de l'intérêt général. De plus, et quoiqu'en dise l'analyse économique du droit<sup>9</sup>, son objectif n'est pas seulement économique, mais également éthique et moral. Les intérêts des entreprises peuvent alors se trouver contrariés par la prise en compte d'autres intérêts. D'allié, le droit devient alors adversaire, que l'entreprise peut redouter.

C'est de cette ambiguïté des liens entre le droit et les entreprises qu'est née l'idée du colloque « Quel droit pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie ? », l'expression « pour les entreprises » pouvant aussi bien renvoyer à un droit « en faveur » des entreprises que, de façon plus neutre, au droit « applicable » aux entreprises.

Cette question est en réalité celle d'un équilibre à trouver... Un équilibre entre l'intérêt de l'entreprise et l'intérêt général. Comme souvent, la tâche se révèle tout aussi complexe en Nouvelle-Calédonie qu'en métropole, voire plus complexe, en raison de la taille modeste de ce territoire et de sa population, de son isolement géographique et de son statut *sui generis*.

C'est pourtant cette lourde tâche qui a incombé aux différents intervenants de ce colloque, lequel s'est déroulé les 27 et 28 septembre 2018 au sein de l'Université de la Nouvelle-Calédonie (UNC)<sup>10</sup>, à Nouméa.

La première journée, consacrée au « droit pour les entreprises », a eu pour ambition de mettre en évidence les apports du droit en faveur des entreprises, qu'elles soient « calédoniennes » ou « coutumières », aussi bien dans « l'environnement interne » de la Nouvelle-Calédonie, que dans son « environnement international ». L'objectif a été d'analyser les règles de droit pensées pour les entreprises, d'en apprécier l'opportunité et l'efficacité, et de suggérer des pistes pour les améliorer.

7 CA Nouméa, 22 août 2011, RG n° 10/531 et n° 10/532.

8 Y. N. Harari, *op. cit.*, p. 42.

9 E. Mackaay et S. Rousseau, *L'analyse économique du droit*, Dalloz-Thémis, 3<sup>e</sup> éd., 2020.

10 Certaines des interventions reproduites dans le présent ouvrage ont été actualisées par leurs auteurs, mais le principe est que les différents articles figurant dans ce livre correspondent à ce qui a été dit lors du colloque.

La seconde journée a été consacrée à l'autre versant de la question, soit celui d'un droit qui n'a pas pour priorité de défendre les intérêts des entreprises, mais des intérêts plus généraux. Dans cette seconde hypothèse, l'entreprise se trouve « face au droit », lequel lui inspire des craintes. Certaines sont classiques, comme celles liées à la complexité du droit ou à l'existence d'un droit du travail protecteur des intérêts des salariés. D'autres sont plus récentes, et l'on songe tout particulièrement aux nouvelles règles encadrant la protection des données personnelles et à l'application effective d'un droit de la concurrence à la Nouvelle-Calédonie, sous l'égide de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Dans la mesure du possible, les différents intervenants de cette seconde journée ont tenté d'apaiser les craintes des entreprises face à ce droit qu'elles jugent leur être défavorable.

Les défis de ces deux journées étaient donc importants, mais l'ensemble des intervenants à ce colloque a su les relever.



## DISCOURS D'OUVERTURE

### Gaël Lagadec

Président de l'Université de la Nouvelle-Calédonie

Monsieur le Directeur de l'IEOM,  
Madame la représentante de la FINC  
Monsieur le mécène de la fondation universitaire  
Mesdames et messieurs les intervenants,  
Chers étudiants et chers collègues,  
Mesdames et messieurs,

Bonjour à toutes et à tous et bienvenue à l'université pour ce second colloque de l'année organisé par le Laboratoire de recherches juridique et économique (LARJE), dont je salue la directrice, Mme Catherine Ris, professeure des universités en économie, et qui est également vice-présidente de l'université en charge des partenariats avec le monde socio-économique.

Après un passionnant colloque relatif aux enjeux territoriaux du Pacifique, organisé par le professeur Géraldine Giraudeau, les 3 et 4 juillet dernier, c'est le droit des entreprises en Nouvelle-Calédonie qui est le thème central du présent colloque organisé par Matthieu Buchberger, maître de conférences en droit privé, que je salue ici chaleureusement et que je remercie pour avoir mis sur pied un programme riche et dynamique.

Mon cher Matthieu, le colloque n'est pas encore ouvert que je pointe déjà son premier succès qui est bien sûr le tien/vôtre : c'est d'avoir rassemblé un ensemble d'experts, universitaires ou issus des institutions ou du secteur privé, très divers et tous extrêmement pointus sur leur sujet. Donc félicitations de nous proposer un si beau « casting », et je saisis ici l'opportunité de remercier très chaleureusement l'ensemble des intervenants.

Pour en revenir au thème du colloque, je ne pense pas être démenti en disant que la date de cet événement tombe à point nommé : lundi prochain entre en vigueur la TGC et – bien plus que d'habitude – les sujets d'économie et d'évolution de la réglementation économique sont vraiment au cœur de l'actualité.

Avec ce colloque, nous mettrons en exergue, bien-sûr, l'importance des entreprises dans les activités économiques mais nous interrogerons surtout le droit qui leur est appliqué pour essayer de voir dans quelles mesures celui-ci est une opportunité ou une menace, au niveau local, mais également au niveau international dans une économie de plus en plus globalisée.

Au moment d'ouvrir ce colloque, je conserve un regard d'économiste. Au fil de travaux universitaires, mais également d'observations et de réflexions, je me suis forgé la conviction que les théories économiques traditionnelles ne sont pas forcément d'une grande aide pour interpréter la situation calédonienne et y analyser la problématique ultra-prégnante de la vie

chère. J'ai acquis le sentiment que, souvent, les prix étaient fixés en fonction de l'évaluation qu'une entreprise (mais pas toutes les entreprises) peut se faire de la disposition maximale à payer d'une frange aisée de la population – comportement qu'on n'enseigne pas dans les manuels d'économie.

En ce sens, les prix élevés sont à la fois cause d'inégalités (les prix étant les mêmes pour les ménages à bas revenus comme à très hauts revenus), et *conséquence* d'inégalités préexistantes (ne serait-ce que les salaires majorés des fonctions publiques). On voit donc facilement poindre un mécanisme auto-entretenu entre vie chère et inégalités.

Cette simple imbrication illustre bien qu'un constat ne signifie pas solution et que les propositions ou solutions atteignables sont, en pratique, très complexes. Pour autant les questions de vie chère, c'est-à-dire de niveau des prix et non pas d'inflation, interpellent chacun et posent des questions auxquelles, peut-être, le colloque pourra répondre : Qui/quoi pour nous sauver de cela ? Le civisme des acteurs économiques ? Le soulèvement des consommateurs ? Le droit applicable aux entreprises ? Où se trouve le bon équilibre entre réglementation économique, défense du pouvoir d'achat, et liberté d'action des entreprises ? Ces deux journées nous apporterons probablement des éléments de réponse à ces questions.

Avant de terminer ce mot d'ouverture, je souhaiterais partager avec vous ma satisfaction, en tant que président de l'UNC, de voir que notre université assume pleinement son rôle de diffuseur des connaissances et de la culture en organisant, et ce colloque en est l'illustration, plus d'une trentaine d'événements publics et gratuits par an et ce sur tous les thèmes : conférences, colloques, soirées-débat, expositions, spectacles, projections, etc. sans oublier la diffusion par les livres avec les éditions d'ouvrages de nos presses universitaires.

Mais ce colloque s'inscrit aussi dans le contexte d'une stratégie particulière de l'UNC relative à l'entrepreneuriat, car c'est notre volonté, en tant qu'université, d'assumer aussi pleinement notre rôle d'acteur du développement économique. Non seulement en formant les étudiants qui, une fois diplômés, deviendront pour nombre d'entre eux des cadres et des dirigeants du tissu socio-économique du pays, mais également à travers la recherche et l'innovation. Parmi les étapes récentes de cette stratégie, la création de l'IUT et du CFA universitaire en 2015, puis la création de la fondation universitaire en 2016, dont je salue les membres fondateurs – 5 entreprises calédoniennes et l'OPT. Actuellement, nous mettons en place un dispositif PÉPITE pour l'entrepreneuriat étudiant, qui inclura une pépinière d'entreprises étudiantes. À noter aussi que le nouveau bâtiment Sigma comprendra un *FabLab* numérique.

Progressivement, l'université investit donc le champ de l'économie avec des interactions croissantes avec les entreprises (MEDEF et CPME étant d'ailleurs depuis un an membres du CA de l'université) ; ceci avec pour objectif de favoriser l'insertion des étudiants, mais également d'accompagner les étudiants dans la création *de leur propre activité économique*.

Avant de céder la parole, je souhaiterais adresser mes remerciements aux partenaires du colloque : le congrès de la Nouvelle-Calédonie, le MEDEF-NC, la Fédération des industries de Nouvelle-Calédonie, la Chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie, le Laboratoire d'études juridiques et politiques de l'Université de Cergy-Pontoise et le Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté.

Mes remerciements encore une fois à tous les intervenants du colloque et plus particulièrement ceux qui sont venus de loin pour participer à ces travaux :

- Madame Jenny Buchan (école de commerce de l'Université de Nouvelles Galles du Sud, à Sydney) ;
- Madame la Professeur Marie Caffin-Moi (Université de Cergy-Pontoise) ;
- Madame la Professeur Olympe de Bailliencourt (Université de Franche-Comté) ;
- ainsi que tous mes collègues enseignants-chercheurs de l'UNC : Nadège Meyer, Christine Bidaud-Garon, Caroline Gravelat, Samuel Gorohouna, Manuel Tirard, et bien évidemment, Matthieu Buchberger.

Enfin, je remercie l'équipe de communication de l'université qui fait un travail remarquable pour accompagner l'organisation et promouvoir ces colloques, de même que la direction logistique et technique de l'université et l'équipe audiovisuelle. Merci à tous pour ce gros travail accompli pour préparer cet événement. Et surtout restez motivés car rien que pour cette semaine et la semaine prochaine, nous avons 6 événements à organiser dont la Nuit de la science, la Nuit du droit, la Fête de la science et les finales des Jeux universitaires !

Je vous souhaite à tous de fructueux travaux et je vous remercie de votre attention.



## INTRODUCTION

### MOTIVATIONS ET FREINS À LA CRÉATION ET REPRISE D'ENTREPRISE EN NOUVELLE-CALÉDONIE AU REGARD DES FACTEURS JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES ET SOCIO-CULTURELS LOCAUX

**Jérôme Baray**

Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

**Catherine Ris**

Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

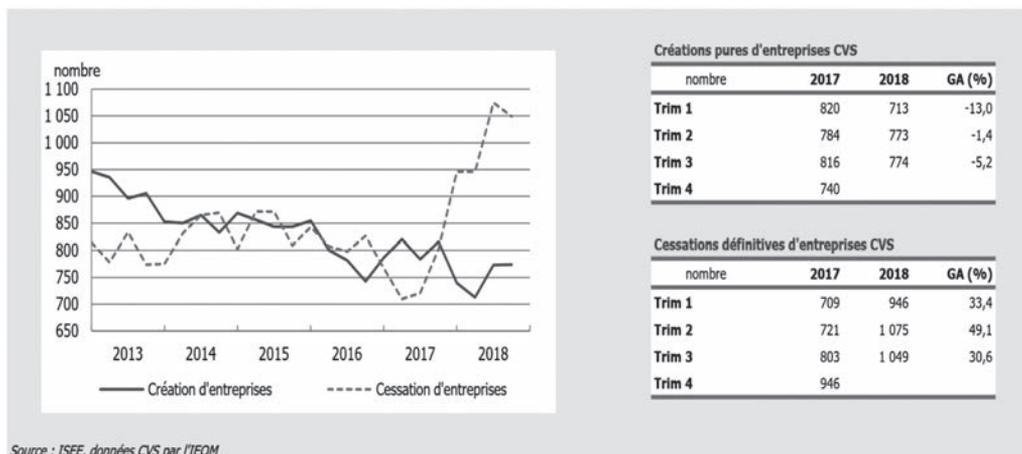
Le développement économique de la Nouvelle-Calédonie s'inscrit dans le contexte des économies insulaires présentant un environnement singulier pour la création ou la reprise d'entreprise. Mentionnons parmi ses caractéristiques l'étroitesse du marché (280 260 habitants en 2017), l'insularité, son éloignement géographique relatif aux grands marchés et aux sources d'approvisionnement (l'Australie est à 1 600 km), son statut de collectivité territoriale d'outre-mer dite *sui generis*, son système juridique différent de celui de la France métropolitaine pour certains champs d'application, dont la fiscalité, les droits du travail, du commerce, des assurances, son caractère multi-ethnique et multilingue, un nombre de touristes réduit qui plafonne à 120 000 visiteurs par an et un territoire présentant une faible densité de population (11,7 habitants par km<sup>2</sup>). La Nouvelle-Calédonie n'est donc qu'un micromarché pour les entreprises locales qui doivent impérativement se tourner vers l'export dès qu'elles dépassent une certaine taille.

Pourtant, la Nouvelle-Calédonie est un territoire d'entrepreneurs et d'artisans avec une densité artisanale trois fois plus élevée que celle de la France métropolitaine. Aujourd'hui, en Nouvelle-Calédonie, plus de deux actifs sur dix occupent un emploi non salarié (travailleur indépendant, chef d'entreprise, aidant familial...). Ce chiffre est presque deux fois plus élevé que celui de la France entière (ISÉÉ, 2018<sup>1</sup>). La fibre entrepreneuriale, le désir d'entreprendre, la volonté de créer son propre emploi sont ancrés sur le territoire. Cette alternative au salariat offre d'autant plus d'opportunités que le contexte économique actuel de la Nouvelle-Calédonie (fort ralentissement de la croissance à l'issue d'une période de développement soutenu par des investissements massifs, notamment dans le secteur du nickel, secteur dont la rentabilité est aujourd'hui plus faible) nécessite de diversifier l'activité économique et de rechercher dans de nouvelles activités d'autres perspectives de croissance.

Un phénomène économique assez préoccupant si la tendance se poursuit est apparu il y a déjà plusieurs années. Selon le rapport du CÉROM (Comptes Économiques Rapides de l'Outre-Mer), la santé des entreprises apparaît subitement déficiente puisque l'on observe entre 2017 et 2018 une augmentation brusque de 50 % pour les cessations d'activité en Nouvelle-Calédonie accompagnée d'une baisse très régulière du nombre de créations depuis plus de cinq ans (environ -3,5 % de création d'entreprise par an), ce qui n'arrange rien à la situation.

---

1 ISÉÉ 2018, « Enquête sur les forces de travail en Nouvelle-Calédonie : résultats 2017 », Synthèse, n° 38.

Schéma 1 : Création et cessation d'entreprises en Nouvelle-Calédonie de 2013 à 2018<sup>2</sup>

Un diagnostic de cette situation paraît donc essentiel à poser. La démarche implique, avant de lancer une politique de redynamisation économique, d'identifier non seulement les facteurs de crise, mais également les leviers influençant la propension à créer ou à reprendre une entreprise. Une première analyse de la situation et du ressenti des créateurs/repreneurs d'entreprises vis-à-vis de l'environnement, en lien avec leurs motivations, est l'objet de la présente recherche.

Pour réussir dans son projet, le créateur ou repreneur d'entreprise doit en effet puiser en lui-même une énergie et une motivation suffisante pour surmonter les difficultés propres au lancement de son activité. On peut distinguer dans ce processus deux groupes de facteurs, les uns propres à l'entrepreneur et les autres, externes, qui vont jouer un rôle de moteur ou de frein quant à son état d'esprit face au projet, ainsi que sur le succès de l'opération, à savoir :

- des facteurs intrinsèques au créateur ou repreneur d'entreprise, comme ses motivations en relation avec son profil psychologique, l'image qu'il peut avoir de son métier de futur patron, ses expériences personnelles, sa situation personnelle sur les plans professionnel, familial, ses caractéristiques sociodémographiques (âge, genre, ethnicité, formation, culture, religion, statut marital), ses connaissances et aptitudes, ses capacités financières;
- des facteurs extrinsèques au créateur ou repreneur d'entreprise, comme les éventuelles barrières à l'entrée ou à la sortie dans certains secteurs d'activité (barrières juridiques, économiques, financières, concurrentielles), les possibilités de financement de son activité.

Concernant les facteurs extrinsèques, les barrières à l'entrée, bien étudiées par les économistes, sont constituées par tous les obstacles qui empêchent ou découragent l'entrée de nouvelles entreprises sur un secteur d'activité alors même que les entreprises existantes dégagent des profits considérables. Ces barrières sont qualifiées de structurelles ou d'économiques lorsqu'elles ne sont pas délibérées et résultent d'une structure de marché particulière. On

<sup>2</sup> Rapport du CÉROM, janv. 2019 : [https://www.cerom-outremer.fr/IMG/pdf/tdb\\_cerom\\_nc\\_janvier\\_2019.pdf](https://www.cerom-outremer.fr/IMG/pdf/tdb_cerom_nc_janvier_2019.pdf)

peut citer dans ce cadre les barrières de la technologie, des coûts et de la demande (fidélité forte des consommateurs aux marques ou aux produits existants).

Elles sont qualifiées de stratégiques lorsque les entreprises existantes en sont à l'origine. On compte parmi ce type de barrières les stratégies de dissuasion à partir desquelles les sociétés s'accaparent les moyens de production ou de distribution, la diffusion artificielle d'un grand nombre de marques ou de produits pour décourager l'imitation, une alliance forte avec les fournisseurs ou importateurs locaux et, dans le cas de la distribution sur de petits territoires, le contrôle du marché de l'immobilier commercial local pour empêcher de potentiels nouveaux compétiteurs de s'implanter.

Les pouvoirs publics sont également susceptibles de créer des barrières à l'entrée, structurelles ou stratégiques, à travers l'élaboration de règles administratives complexes, de demandes d'autorisation pour l'ouverture d'activités ou pour l'import-export de produits (licence d'exploitation, par exemple) ou d'autres types de réglementation juridique contraignante.

Des barrières à la sortie, perçues au préalable comme trop fortes par le créateur ou repreneur d'entreprise, dissuadent également le lancement d'une firme. Celles-ci représentent le coût de sortie d'une activité n'ayant plus de perspective rentable. On distingue les barrières à la sortie rationnelles et les barrières émotionnelles. Dans le premier cas, on recense les difficultés de ruptures de contrats commerciaux avec les clients ou fournisseurs, des actifs spéciaux qu'il est difficile de revendre, car réservés à une industrie, l'effet domino pour des groupes à forte intégration verticale (la cessation d'activité de l'une des filiales entraîne des répercussions sur les autres entreprises du groupe), le risque de perdre sa mise en devant prendre en charge au départ des coûts fixes ou un engagement contractuel importants (coûts publicitaires ou location longue durée d'un espace commercial, par exemple). Concernant les barrières de sortie émotionnelles, l'entreprise jouant un rôle symbolique ou important au sein de l'économie locale ne peut que difficilement cesser son activité souvent soumise à la pression politique sans que les dirigeants ne perdent la face.

Certains des facteurs externes propices à la création d'entreprise et permettant d'éclairer notre analyse sont mis en avant dans le cadre du projet international *Doing Business*. Lancé en 2002, ce projet mesure la réglementation des affaires s'appliquant à celles-ci tout au long de leur cycle de vie et son application effective dans cent quatre-vingt-dix économies à travers le monde afin de fournir une base objective pour comprendre et améliorer l'environnement réglementaire des affaires partout dans le monde. L'indice s'appuie sur l'étude de cette réglementation et le classement d'un pays correspond à la moyenne des scores dans les dix domaines suivants :

- la création d'entreprise : prend en compte la procédure, le délai, les frais officiels et le capital minimum exigé pour créer une entreprise;
- l'obtention des permis de construire : prend en compte le nombre de procédures, le délai et les frais officiels nécessaires à l'obtention d'un permis de construire;
- le raccordement à l'électricité : prend en compte les procédures, les délais et les travaux nécessaires pour être raccordé à l'électricité;
- le transfert de propriété : prend en compte les procédures, les délais et les coûts que doit respecter et supporter une entreprise pour acheter une propriété à une autre entreprise;
- l'obtention de prêt : évalue la protection juridique des emprunteurs et des prêteurs dans le cadre des transactions garanties au moyen d'un ensemble d'indicateurs, ainsi que le partage des informations sur le crédit au moyen d'un autre indicateur;

- la protection des investisseurs : évalue le niveau de protection des actionnaires minoritaires contre l'utilisation abusive des actifs de la société par les administrateurs à des fins personnelles;
- le paiement des taxes et impôts : recense le nombre et le montant des taxes, impôts et cotisations obligatoires qu'une entreprise moyenne doit payer et évalue les démarches administratives nécessaires pour leur paiement;
- le commerce frontalier : recense le temps et le coût (hors droits de douane) associés à l'exportation et l'importation d'une cargaison standard de marchandises par voie maritime;
- l'exécution des contrats : mesure l'efficacité du système judiciaire en matière de résolution de litiges commerciaux;
- la résolution de l'insolvabilité : étudie les délais, le coût et le résultat des procédures d'insolvabilité pour les entreprises nationales.

Depuis 2017, un onzième critère d'évaluation a été introduit dans la méthodologie : la régulation du marché du travail<sup>3</sup>. Depuis plusieurs années, la Nouvelle-Zélande apparaît en tête du classement *Doing Business*.

Chaque créateur ou repreneur d'entreprise sera ainsi concerné par un ou plusieurs de ces facteurs externes en fonction du secteur d'activité ciblé, du territoire, de son intégration au niveau de l'appareil économique et politique local.

L'étude des facteurs intrinsèques favorisant la création ou la reprise d'entreprise chez le porteur de projet s'avère plus difficile sur le plan de ses motivations psychologiques dont les ressorts peuvent être conscients ou latents.

L'objectif de cette contribution est de cerner, grâce à une enquête menée par le LARJE en 2018 en Nouvelle-Calédonie, la part que revêt chacun de ces facteurs, internes et externes, en identifiant les difficultés ressenties rencontrées par les créateurs/repreneurs d'entreprise sur les plans juridiques et économiques en relation avec leurs motivations et cela dans un contexte multiethnique. Il s'agit aussi de cerner les profils psychosociologiques des entrepreneurs/repreneurs en se fondant sur une approche multivariée juxtaposant les aspects de ressentis, de motivations et du système de valeurs intrinsèques à cette activité. Cette étude se veut également comparative puisque nous avons mené les années précédentes des enquêtes similaires sur d'autres territoires francophones à savoir la Martinique, Paris et l'Île-de-France, la région des Hauts-de-France, le Québec et le Maroc<sup>4</sup>.

Après avoir évoqué les facteurs extrinsèques pour la majorité juridiques et économiques (I), la partie suivante fera un point sur les facteurs intrinsèques en prenant appui sur les travaux de recherche (II). On établira le lien entre ces facteurs et les principaux paramètres sociodémographiques des entrepreneurs jouant sur leur ressenti vis-à-vis de leurs difficultés liées à la création/reprise d'entreprises et sur les secteurs d'activité qu'ils privilégient. L'étude menée sur la Nouvelle-Calédonie présentera alors les principaux obstacles juridiques, économiques

<sup>3</sup> [www.doingbusiness.org](http://www.doingbusiness.org)

<sup>4</sup> Enquêtes et études préalables menées en association avec l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, l'Université de Laval, l'Université du Littoral-Côte-d'Opale, l'Université des Antilles, l'Université de Rabat.

et socio-culturels ressentis par les créateurs/repreneurs d'entreprise sur le Caillou en comparaison de ceux des entrepreneurs d'autres territoires ainsi que leurs motivations pour se lancer dans cette aventure.

## **I. L'INFLUENCE DES PROFILS SOCIODÉMOGRAPHIQUES SUR LES DIFFICULTÉS RESENTIES LORS DE LA CRÉATION OU DE LA REPRISE D'ENTREPRISES**

Les enquêtes que nous avons menées sur les territoires cités ci-dessus montrent que les différents facteurs de motivations, de genre et d'âge influent sur les premières étapes de la création d'activité. Nous en présentons ici les principaux résultats.

### **A. L'influence du genre sur les motivations du créateur/repreneur et sur son type d'activité**

Bien qu'assortie à une certaine peur liée à l'incertitude au début de leur activité, la fondation ou la reprise d'une entreprise correspondait pour les femmes, ayant souvent un niveau d'études secondaires, à un rêve. Leurs secteurs d'activités privilégiés sont les soins de santé, le commerce de détail, les travaux de gestion de sociétés, l'assistance sociale, la finance et l'assurance, et le statut de leur entreprise concerne davantage l'entreprise individuelle et l'EURL<sup>5</sup>. Leurs valeurs personnelles sont centrées sur le travail en équipe, l'innovation, le fait de pouvoir concilier vies familiale et personnelle. Étant souvent seules aux commandes de leur entreprise, elles revendiquent un savoir-faire en marketing-vente, mais déclarent ne pas bien connaître les nouvelles technologies de l'information. Les femmes entrepreneurs/repreneurs pressentent moins de changements importants à venir dans la structure de leur société. Elles ont comparativement moins d'enfants que les hommes et sont assez souvent divorcées ou en union libre.

Les hommes entrepreneurs/repreneurs ont plus d'activités dans les secteurs primaires ou secondaires : la construction, la production, la fabrication, l'agriculture. Le choix du secteur d'activité s'est fait sur le critère de son important potentiel de développement, mais également du fait de leur niveau de compétence dans ce domaine et de leur expérience des affaires. Contrairement aux femmes, ils n'ont pas ressenti autant d'angoisse lors de la création ou de la reprise. Les hommes ont le point commun de savoir travailler en équipe. Ils sont plus optimistes sur la bonne santé de leur société que les femmes et ont pour elle une ambition importante en souhaitant qu'elle prenne une envergure mondiale. Le statut de leur société est la SARL<sup>6</sup> et dans une moindre mesure la SA<sup>7</sup>. Ils ont en général un niveau d'études universitaires. Côté familial, ils ont davantage d'enfants que leurs homologues femmes et ont souvent le statut « marié ».

Outre le sexe, l'âge est également un critère discriminant jouant sur l'appréciation du métier d'entrepreneur.

---

5 Entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (Société à responsabilité limitée – SARL – avec un seul associé).

6 Société à responsabilité limitée.

7 Société anonyme.

## **B. L'influence de l'âge sur les motivations du créateur/repreneur et sur son type d'activité**

Les trois catégories d'âges, moins de 37 ans (génération Y), 37 à 46 ans (génération X) et les *baby-boomers* (plus de 46 ans)<sup>8</sup>, étudiées par notre enquête antérieure sur les quatre territoires correspondent, chacune, à des postures spécifiques vis-à-vis de l'entrepreneuriat. On cerne également le fait que l'histoire individuelle a été le ferment de la démarche de création plus ou moins volontaire et facile au départ.

### **Entrepreneurs/repreneurs de génération Y (de moins de 37 ans)**

Ce groupe rassemble davantage d'étudiants, de jeunes diplômés célibataires ou en union libre, qui ont une bonne connaissance des nouvelles technologies ainsi qu'une formation en gestion. La mère, le père ou les deux parents ont souvent été entrepreneurs eux-mêmes, la famille ayant soutenu le projet. Les fonds sont d'ailleurs souvent d'origine familiale ou sont spéciaux (syndicats, fonds d'investissement, fonds de relève...). Le secteur d'activité a été choisi pour son potentiel de croissance, mais aucun secteur particulier ne se démarque. Les personnes de ce groupe recherchent principalement le plaisir au travail, sa flexibilité et le fait de pouvoir faire ce qu'elles veulent ainsi que le plaisir d'apprendre (autoformation). Leurs valeurs sont le dépassement de soi et la reconnaissance des autres.

### **Entrepreneurs/repreneurs de génération X (de 37 à 46 ans)**

Les personnes de cette tranche d'âge sont celles qui aspirent le plus à redevenir salariées. Elles considèrent que le montant des impôts sur les sociétés est trop important. Le premier défi auquel elles ont fait face lors de la création d'entreprise a été le recrutement de compétences. Les valeurs personnelles sont la loyauté et la conciliation de la vie personnelle et professionnelle, sachant que ces entrepreneurs ont souvent déjà des enfants. Une entreprise peut renforcer son image et son audience auprès de ses parties prenantes (clients, fournisseurs, organismes professionnels, etc.), à condition d'être étayée par un engagement personnel et sincère de la part de son dirigeant. Les entreprises du secteur marchand à but lucratif sont vues comme les plus adaptées à s'engager sur la voie du développement durable. L'objectif à cinq ans est que l'entreprise devienne intéressante à gérer. On recense parmi les secteurs de prédilection de cette catégorie : les services administratifs, les services de soutien, le service de gestion des déchets et les services d'assainissement, la finance et l'assurance. Les statuts de société en nom collectif et d'EURL apparaissent davantage dans ce groupe dont l'aire géographique représentative est surtout l'Île-de-France, hors Paris.

### **Entrepreneurs/repreneurs *Baby-Boomers* (de plus de 47 ans)**

Ce groupe est celui qui, revendiquant une expérience dans le monde des affaires, aspire le moins à redevenir salarié. Le niveau d'études de ses membres s'arrête souvent au secondaire et ces entrepreneurs n'ont à l'origine pas de formation en gestion. Il s'agit aussi beaucoup, pour eux, de la reprise d'une entreprise familiale et leur objectif était à l'origine de devenir leur propre patron : ainsi, cette reprise n'était pas un rêve, mais une obligation. D'ici à cinq ans, ces dirigeants souhaitent que leur entreprise reste à taille humaine, mais n'ont pas une vision très claire de leur avenir. Leurs valeurs personnelles comprennent la parité homme/femme.

---

8 N. Howe, W. Strauss, *Generations: The History of America's Future, 1584 to 2069*, New York, William Morrow & Company, 1991.

En résumé, les entrepreneurs les plus jeunes recherchent essentiellement, à travers la création, les valeurs de plaisir, de liberté et de reconnaissance des autres. Ils plébiscitent la création d'entreprise avec les entrepreneurs les plus âgés bien que ces derniers se soient davantage lancés au départ par obligation. La tranche d'âge intermédiaire (37 à 46 ans) est celle qui se plaint le plus de ce métier et cherche à pouvoir concilier vie professionnelle et familiale.

Cette analyse bivariée croisant variables sociodémographiques et comportementales a montré l'importance du genre et de l'âge sur la motivation des entrepreneurs alors que le niveau d'études joue un moindre rôle. Cet examen débouchera naturellement sur une analyse plus élaborée mettant en œuvre des méthodes de *datamining* et, en l'occurrence, une analyse typologique avec un prétraitement basé sur l'analyse factorielle des correspondances multiples destinée à générer de nouvelles variables non corrélées, phase indispensable avant l'application des méthodes de classification sur variables quantitatives.

## **II. MISE EN ÉVIDENCE DES FACTEURS EXTRINSÈQUES ET INTRINSÈQUES FAVORABLES À LA CRÉATION D'ENTREPRISE ET DES FACTEURS DE MOTIVATION EN NOUVELLE-CALÉDONIE**

### **A. Méthodologie de traitement**

L'enquête administrée initialement sur quatre territoires francophones de nature socio-économique et d'environnement géographique volontairement très différents, Paris et région parisienne, nord de la France, Maroc, Martinique, Québec, avait porté sur un échantillon de 948 entrepreneurs ou repreneurs d'entreprise. Les résultats de cette enquête ont constitué une base d'apprentissage pour comparaison par rapport à une enquête assez similaire réalisée en Nouvelle-Calédonie. Le questionnaire permet d'identifier 153 variables en majorité discrètes, liées à des aspects sociodémographiques, à la fiche d'identité de l'entreprise gérée, au parcours personnel du créateur ou repreneur, mais aussi et surtout des variables liées à la vision de l'entrepreneur, à son ressenti du métier et des principales difficultés et freins éprouvés dans la création de son activité, sur les valeurs morales, sociales et culturelles qui le motivent.

Plus précisément, les 69 paramètres pris en compte concernent les raisons de la création ou reprise, la mesure du stress, les aspects positifs et négatifs du métier, la vision de l'avenir, les objectifs généraux fixés à atteindre pour la société, l'évaluation des compétences, les éléments facilitateurs ou ayant rendu difficile la création de l'entreprise, les barrières à l'entrée, le sentiment sur la santé économique du territoire et sur la pression fiscale, les valeurs personnelles servant de guide à l'entreprise et, en parallèle, quelques variables liées à l'environnement familial et social : support moral ou financier de la famille pour la création, expérience familiale de la création, type d'activité et statut de la société. Les variables sociodémographiques classiques comme âge, sexe, niveau d'études sont venues compléter ces paramètres.

S'agissant de l'exploitation des données, la première méthode utilisée est celle de la valeur test<sup>9</sup> qui permet de caractériser des groupes par les valeurs ou modalités de variables continues ou discrètes. Pour les variables continues, cette méthode est similaire au test de Student.

9 L. Lebart, A. Morineau, M. Piron, 2000, *Statistique Exploratoire Multidimensionnelle*, Dunod, p. 181.

Dans le cas présent où les variables sont discrètes, elle est fondée sur le calcul d'un coefficient. En l'occurrence, pour une variable discrète Y et sa modalité j la quantité :

$$t_d = \frac{n_{jg} - \frac{n_g \times n_j}{n}}{\sqrt{\frac{n - n_g}{n - 1} \times \left(1 - \frac{n_j}{n}\right) \times \frac{n_g \times n_j}{n}}}$$

Où :

- $n_j$  : nombre de cas de la modalité j dans la totalité de l'échantillon
- $n_g$  : taille du groupe
- $n_{jg}$  : nombre de cas pour Y=j dans le sous-échantillon lié au groupe

Une valeur test positive et élevée indique un lien entre le groupe et la modalité analysée, au contraire des valeurs négatives. Une valeur test de 2 est généralement considérée comme étant significative d'un lien au risque d'erreur raisonnable de 5 %. Nous caractériserons les entrepreneurs des différentes régions enquêtées par leurs variables sociodémographiques, leurs visions du métier ainsi que leurs valeurs et motivations personnelles en écho aux composantes territoriales perçues.

Le deuxième volet de la méthode est axé sur l'analyse des correspondances discriminantes (ACD)<sup>10</sup> qui correspond à l'analyse factorielle discriminante, mais pour des variables qualitatives.

## **B. Facteurs intrinsèques et extrinsèques liés au succès ou à l'échec du lancement d'une entreprise en Nouvelle-Calédonie**

### **1. Les facteurs intrinsèques ressentis comme barrières à la création/reprise d'entreprise**

**Tableau 1 : Grandes catégories de facteurs intrinsèques cités par les dirigeants de société comme susceptibles de mettre en péril la création ou la reprise d'une entreprise**

Manque de capacité de financement du créateur	70,2 %
Manque de connaissances et aptitudes du créateur	44,4 %
Faiblesse du réseau personnel du créateur	27,2 %
Manque de soutien de l'entourage du créateur	31,79 %
Problème de personnalité du créateur	28,48 %

Les facteurs ressentis de succès ou d'échec en Nouvelle-Calédonie directement en lien avec l'entrepreneur ont été analysés dans la suite de l'enquête.

<sup>10</sup> H. Abdi, 'Discriminant correspondence analysis', in *Encyclopedia of Measurement and Statistics*, N.J. Salkind (Ed.), Thousand Oaks (CA): Sage, 2007, p. 270.

Concernant les facteurs intrinsèques, donc directement en lien avec l'entrepreneur, le problème du financement personnel est considéré, de loin, comme la principale difficulté au démarrage, puis, l'on recense des problèmes liés à des manques de connaissances ou d'aptitudes, en particulier sur les aspects comptables, administratifs et fiscaux de la création d'entreprise. Le manque de relation dans les milieux d'affaires ainsi que le manque de confiance en soi interviennent ensuite, mais la pression ou l'opposition familiale au projet n'est pas vue comme un facteur prépondérant d'échec pour la plupart des chefs d'entreprise.

**Tableau 2 : Les facteurs ressentis de succès ou d'échecs en Nouvelle-Calédonie**

<b>Insuffisance de moyens financiers</b>	
Non-maîtrise des techniques financières et comptables	45,70 %
Non-maîtrise des procédures administratives	45,03 %
Insuffisance de l'apport personnel	37,75 %
Méconnaissance de la fiscalité et des cotisations sociales	31,79 %
Responsabilités sociales trop lourdes	28,48 %
Faiblesse des garanties personnelles	26,49 %
Faiblesse des relations d'affaires	23,18 %
Manque de culture managériale	21,19 %
Manque de savoir-faire du créateur	21,19 %
Manque de confiance en soi du créateur	20,53 %
Ignorance des sources et mécanismes de financements	19,87 %
Tabous et interdits culturels (liés à une caste ou à une ethnicité)	14,57 %
Appréhension du créateur vis-à-vis du risque	12,58 %
Pressions familiales et culturelles	11,92 %
Manque de soutien de la famille	11,92 %
Opposition familiale sur l'idée de création	9,93 %
Méconnaissance des normes liées au produit	7,95 %
Difficultés à trouver des partenaires d'affaires (co-création)	7,28 %
Difficultés à trouver des associés financiers	5,96 %
Méconnaissance du processus de production, ou des alternatives	4,64 %
Absence de connaissance des fournisseurs de technologie	3,97 %
Manque d'informations du créateur	2,65 %

## 2. Les facteurs extrinsèques ressentis comme barrières à la création/reprise d'entreprise

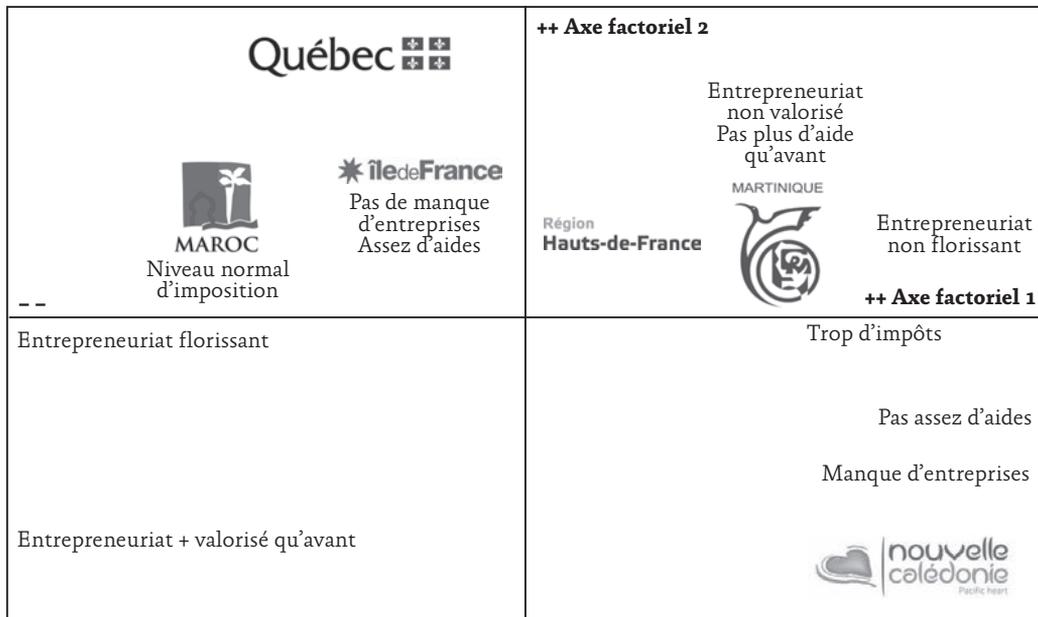
**Tableau 3 : Points précis liés au porteur de projet ressentis comme mettant le plus souvent en péril la création ou la reprise d'entreprises selon les dirigeants (en % des réponses citées)**

Coût des prestations et difficulté de financement du projet	57,6 %
Environnement des affaires difficile	41,7 %
Aspect administratif local et complexité	34,4 %
Aspect matériel (problèmes de local, délais d'approvisionnement, disponibilité)	31,1 %
Aspects humains et environnement social difficile	30,5 %

### Obstacles liés à l'environnement cités par les dirigeants de société comme susceptibles de mettre en péril la création ou la reprise d'une entreprise

Concernant les facteurs extrinsèques liés à l'environnement économique, administratif, juridique, humain, matériel de l'entrepreneur, l'obtention de financement et le coût des prestations sont considérées comme étant les principales difficultés au démarrage. L'entrepreneur risque d'être découragé par un environnement des affaires vécu comme difficile, corroboré par le taux élevé de faillites d'entreprises ces dernières années en Nouvelle-Calédonie. Les problèmes matériels concernant les difficultés d'approvisionnement, la disponibilité des matières premières et des fournitures, sans doute liés à l'insularité, sont également évoqués de même que la complexité des règles administratives locales.

**Schéma 2 : Carte factorielle perceptuelle des niveaux de difficultés ressenties pour créer son entreprise par territoire (axe 1) et de l'accueil réservé aux entrepreneurs (axe 2)**



Concernant l'analyse discriminante, la carte factorielle perceptuelle dressée à partir des réponses des entrepreneurs sur leurs ressentis quant aux difficultés extrinsèques rencontrées lors de la création ou reprise de leur société montre que la Nouvelle-Calédonie, comme la Martinique, se situe dans une situation plutôt défavorable par rapport aux autres territoires francophones enquêtés. En effet, ce territoire se situe dans le quadrant inférieur droit de cette carte correspondant à l'avis le plus pessimiste sur la santé locale de l'entrepreneuriat (axe 1 – Entrepreneuriat ressenti comme non florissant). En revanche, l'entrepreneur calédonien sent qu'un meilleur accueil est réservé aux projets de création/reprise que par le passé. Au Maroc on pense, au contraire, que l'entrepreneuriat se porte bien dans le pays, tout comme dans l'Île-de-France et, dans une moindre mesure, au Québec.

### 3. Motivations psychologiques pour la création/reprise d'entreprises en Nouvelle-Calédonie

L'entrepreneur calédonien n'a pas, en moyenne, les mêmes motivations à l'origine de la création/reprise de son entreprise. L'aspect pécuniaire le préoccupe moins que la volonté d'être son propre patron et de prouver ses capacités, même si sa démarche est souvent intervenue à la suite d'une perte d'emploi. Devenir riche, ou réaliser un rêve, n'est pas son objectif, ou l'est moins que pour les entrepreneurs des autres territoires. Il s'agit davantage de se sortir d'une mauvaise passe financière, tout en acquérant de l'indépendance dans son travail. On peut comprendre que les difficultés de financement aient souvent été évoquées parmi les principaux problèmes au démarrage.

**Tableau 4 : Motivations pour la création et la reprise d'entreprise en Nouvelle-Calédonie en comparaison avec les autres territoires de l'enquête**

	% Nouvelle-Calédonie	% Général	%(Nouvelle-Calédonie-Général)	Effectif Nouvelle-Calédonie	Effectif Général
Pour être son propre patron	17,0%	20,2%	-3,2%	86	506
Realisation d'un rêve	15,2%	19,0%	-3,8%	77	476
Suite à un perte d'emploi	15,2%	7,2%	8,0%	77	181
Pour avoir une meilleure vie	10,9%	9,0%	1,8%	55	226
Pour prouver ses capacités	10,1%	6,4%	3,6%	51	161
Par passion	8,9%	9,7%	-0,8%	45	243
Pour un meilleur contrôle de sa vie	8,9%	7,0%	1,9%	45	175
Par opportunités d'affaires	7,5%	9,1%	-1,6%	38	228
Pour faire de l'argent	4,7%	10,1%	-5,4%	24	253
Par obligation	1,6%	2,0%	-0,5%	8	51

### 4. Implications managériales

La présente étude met en évidence les difficultés ressenties par le créateur/repreneur d'entreprise calédonien à savoir les problèmes de financement des entreprises au démarrage et le manque de connaissance des porteurs de projet sur la fiscalité, la comptabilité, les questions juridiques et administratives. Il s'agit donc, pour atténuer ces freins au montage de projet, que des structures publiques ou parapubliques puissent guider l'entrepreneur vers des appuis financiers adéquats. Il n'existe, par exemple, à notre connaissance, aucune source de financement dédiée aux porteurs de projet d'entreprises innovantes ou de projets à finalité

sociale, environnementale ou culturelle en Nouvelle-Calédonie, contrairement aux nombreux dispositifs existants en métropole. D'un autre côté, l'entrepreneur qui se sent souvent perdu doit pouvoir bénéficier de formations et de conseils sur les questions juridiques, fiscales, comptables et administratives. En particulier, il s'agit de faire connaître les programmes proposés par des organismes publics du type PÉPITE (Pôle Etudiant pour l'Innovation, le Transfert et l'Entrepreneuriat) et d'adapter le contenu de leurs programmes d'appui. L'enquête montre que les entrepreneurs les plus jeunes, souvent très idéalistes, cherchent avant tout le conseil de mentors et que la tranche d'âge intermédiaire, ayant perdu son enthousiasme du départ, nécessitera une « thérapie » de remotivation. Les entrepreneurs les plus âgés souhaitent davantage être accompagnés pour revendre et transmettre leur société, quitte à prendre une retraite anticipée.

### 5. Limites et perspectives

L'une des principales limites de cette étude réside dans la représentativité de l'échantillon d'entreprise ayant répondu à l'enquête. Tout d'abord, notons que l'enquête, s'adressant uniquement à des entrepreneurs, ne permet de mesurer les facteurs étudiés que sur un échantillon de personnes ayant connu un succès dans leur démarche de création d'activité. On ne mesure donc pas ce qui a réellement été un empêchement à la création d'entreprise. Sur les 151 entrepreneurs ayant répondu à l'enquête, 48 % sont des femmes, 74 % ont un niveau d'études supérieures, 56 % sont constitués en SARL, taux bien supérieurs à la réalité du tissu entrepreneurial calédonien. Notons également que 46 % des répondants sont des travailleurs indépendants, contre 89 % dans la démographie des entrepreneurs calédoniens.

L'étude fondée sur du déclaratif a cherché à repérer les difficultés rencontrées par les entrepreneurs, mais ne les a pas liées avec la santé plus ou moins florissante de leur société. Une enquête complémentaire réalisée auprès des entrepreneurs ayant échoué dans leur projet au démarrage ou après quelques années d'exercice constitue une voie de recherche intéressante pour la compréhension du phénomène grandissant de cessation d'activités observé en Nouvelle-Calédonie.

L'une des autres perspectives de recherche appliquée est de cerner les cinq ou dix questions les plus fondamentales permettant d'automatiquement établir très rapidement ce profil pour un entrepreneur existant ou potentiel. On pourra ainsi mesurer son taux probable de succès ou d'échec futurs dans sa fonction d'entrepreneur ou de repreneur, outil très utile pour évaluer les *business models* ou les candidats à des franchises par rapport à des facteurs humains et psychologiques.

## CONCLUSION

Notre étude a cherché à identifier les freins lors de la création d'entreprise en Nouvelle-Calédonie tout en prenant en compte les motivations sous-jacentes de l'entrepreneur. La complexité juridique, fiscale et administrative locale est un facteur de démotivation de même que les difficultés d'accès à des sources de financement. L'entrepreneur calédonien tente de démarrer son activité dans des conditions souvent difficiles et après une perte d'emploi d'où les problèmes matériels rencontrés. La peur de l'échec, dans un contexte économique difficile où les cessations d'activités augmentent considérablement, influe sur le nombre de créations qui est en baisse régulière depuis plusieurs années. Diverses mesures sont envisageables

au niveau politique, dont certaines existent déjà, mais sont sans doute encore mal connues comme le mentorat, le conseil personnalisé offert par les organismes publics et parapublics, l'établissement de formations à la carte, la simplification des procédures administratives et fiscales. Il serait également souhaitable d'imaginer des dispositifs réduisant les risques financiers pris et perçus par l'entrepreneur pendant les premières années de son activité par exemple des exonérations de charges sociales, telles que les pratique la métropole (Exonération de début d'activité – Ex ACCRE). Les pays les plus accueillants vis-à-vis des startups prenant en compte cinq facteurs (recherche et développement; infrastructure entrepreneuriale; personnel technique et dynamisme politique) seraient actuellement les États-Unis, la Grande-Bretagne, le Canada, Israël et l'Inde<sup>11</sup>, alors que les cinq pays les plus accueillants pour créer son entreprise sur onze critères (corruption, liberté (personnelle, commerciale et monétaire), main-d'œuvre, protection des investisseurs, infrastructure, taxes, qualité de vie, formalités administratives et technologie) seraient, tous secteurs confondus, la Malaisie, la Pologne, les Philippines, l'Indonésie et l'Australie<sup>12</sup>. Des travaux de recherche ultérieurs auront pour objet un *benchmarking* visant à étudier et analyser les politiques publiques, les règles fiscales et juridiques des autres états afin de s'en inspirer et d'en tirer le meilleur tout en prenant en compte les particularités locales de la Nouvelle-Calédonie. L'analyse des facteurs d'échec des entreprises au cours de leur phase de démarrage (de zéro à trois ans après la création) sera également riche d'enseignement.

---

11 <https://ceoworld.biz/2019/01/02/most-startup-friendly-countries-in-the-world-2019/>

12 <https://ceoworld.biz/worlds-best-countries-to-do-business-in-2018/>



## **PREMIÈRE PARTIE**

# **LE DROIT POUR LES ENTREPRISES**

## **I. ENTREPRISE ET DROIT CALÉDONIEN**

## QUEL DROIT BANCAIRE POUR LES ENTREPRISES DANS L'ENVIRONNEMENT CALÉDONIEN ?<sup>1</sup>

**Charline Tafani**

Banque Calédonienne d'Investissement (BCI)

35

Je travaille pour la Banque Calédonienne d'Investissement (BCI) depuis huit ans. C'est dans ce cadre que j'ai notamment eu la responsabilité d'un portefeuille de clients PME/PMI pendant quatre ans, en tant conseillère de clientèle professionnelle. C'est à cette échelle de proximité, en tant qu'artisane des opérations de banque<sup>2</sup> et de crédit<sup>3</sup> et partenaire bancaire des dirigeants de ces sociétés, que j'ai été sollicitée pour répondre à la problématique suivante : « quel droit bancaire pour les entreprises dans l'environnement calédonien ? ».

Cette problématique qui renvoie indirectement à celle de l'accès au crédit est large et complexe, et ce pour plusieurs raisons.

D'une part, le droit bancaire est un champ juridique assez vaste avec une réglementation en croissance<sup>4</sup> et notamment influencée par des normes internationales. Ces dernières ne sont pas nécessairement applicables en Nouvelle-Calédonie, mais les banques implantées sur le territoire<sup>5</sup>, elles-mêmes intégrées au système bancaire français et européen, ne peuvent les ignorer du fait de leur appartenance à un système mondialisé. Concernant plus spécifiquement la Nouvelle-Calédonie, le maillage du droit calédonien avec le droit métropolitain, alliant tantôt le principe de spécialité législative et tantôt celui du transfert des compétences dans le cadre de l'accord de Nouméa<sup>6</sup>, peut complexifier la lecture et l'appréhension du droit. En pratique, l'édiction de la norme se situe rarement à un niveau local calédonien.

D'autre part, les attentes des entreprises sont importantes vis-à-vis des banques. Ces attentes se heurtent parfois aux propres intérêts de la banque, qui est elle-même une entreprise avec ses contraintes de rentabilité et de maîtrise de son risque quant à son activité de crédit. Ces attentes peuvent également être contraintes par le renforcement du cadre de l'activité bancaire en tant que profession réglementée. Nous prendrons l'exemple du renforcement des ratios de solvabilité et de liquidité suite à la crise financière de 2008.

1 Le style oral de la présentation a été conservé. L'auteur tient à préciser que ses propos n'engagent qu'elle-même, et non son employeur.

2 Art. L. 311-1 Code monétaire et financier.

3 Art. L. 313-1 Code monétaire et financier.

4 Deux exemples de renforcement de la réglementation concernant l'activité bancaire : la réglementation bancaire relative au « KYC » (*Know Your Customer*) relative aux obligations réglementaires imposant aux banques l'identification, la vérification de l'identité et la connaissance de leur clientèle. Cette réglementation complète celle de la lutte contre le blanchiment des capitaux et de financement du terrorisme (LCB-FT).

5 « Le système bancaire calédonien, entre maturité et modernisation », Étude IEOM, 19 fév. 2020 : <https://www.ieom.fr/nouvelle-caledonie/publications/etudes-thematiques/article/le-systeme-bancaire-caledonien-entre-maturite-et-modernisation>

6 Accord de Nouméa du 5 mai 1998, *JORF*, n° 121, 27 mai 1998, p. 8039.

Ainsi, imaginer le droit bancaire le plus adapté aux entreprises calédoniennes ne peut donc se faire sans avoir à l'esprit à la fois l'influence de l'environnement juridique international et les intérêts de cette entreprise si particulière qu'est la banque.

L'objectif de mon intervention n'est pas de vous apporter une réponse dogmatique à cette problématique, mais de fournir quelques pistes de réflexion.

À cette fin, je vous propose, dans un premier temps, de revenir sur le rôle de la banque et l'importance de l'accès au crédit dans le développement économique d'un territoire (I), puis, dans un second temps, de mettre en avant les difficultés quant à l'existence d'un droit bancaire dit « calédonien » (II), et, dans un troisième temps, d'esquisser certaines pistes pour favoriser le crédit en Nouvelle-Calédonie (III).

## **I. LE RÔLE DE LA BANQUE ET L'IMPORTANCE DE L'ACCÈS AU CRÉDIT DANS LE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUE**

La banque et l'accès au crédit qu'elle permet jouent un rôle essentiel dans le développement économique en raison de l'effet de levier du crédit (A). Les attentes des entreprises sont, dès lors, très fortes comme en atteste le rapport *Doing Business* (B).

### **A. L'effet de levier du crédit**

La banque à laquelle je fais référence à ce stade est la banque de détail, la banque dite de proximité. C'est la banque qui est notamment présente en Nouvelle-Calédonie : celle des dirigeants de PME qui représentent une part très importante du tissu économique calédonien, comme métropolitain.

La banque, en tant que partenaire financier, et l'accès au crédit qu'elle permet sont essentiels au développement économique.

Pour s'en convaincre, sans qu'il soit nécessaire de refaire l'histoire du crédit et de la manipulation de monnaie, on doit se rappeler que la période du Moyen-Âge en Europe – où notamment le prêt à intérêt était interdit pour des raisons religieuses – n'a pas été une période de grande prospérité économique. De fait, l'absence d'un accès facile au crédit entravait toute activité économique d'envergure. Stefan Zweig, dans sa biographie de Magellan<sup>7</sup>, l'exprime parfaitement, en relatant la complexité du financement d'un bateau pour découvrir la route des épices en passant par le cap Horn.

Aujourd'hui, ces difficultés ont disparu et l'accès au crédit est une réalité. Cet accès permet de réaliser ce que le langage bancaire dénomme « effet de levier du crédit ». L'effet de levier du crédit correspond à la création de valeur ajoutée, et donc à la création de richesses, grâce à des gains de productivité, des synergies, des économies d'échelle, etc., qui vont être générés au sein de l'entreprise à partir d'un financement extérieur, venant compléter et/ou préserver les fonds propres.

---

7 S. Zweig, *Magellan*, LGF, Le Livre de poche, 2012.

En premier lieu, ce financement peut être un financement dit de « bas de bilan ». Le terme « bas de bilan » désigne la partie inférieure d'un bilan comptable qui se compose de l'actif circulant (stock, créances clients, etc.) et du passif circulant (dettes fournisseurs, etc.). Les composants du bas de bilan ont vocation à se renouveler à court terme en lien direct avec l'activité économique de l'entreprise. L'expression « bas de bilan » fait donc référence aux financements « à court terme » en lien avec le cycle d'exploitation (ex. : découvert, escompte, Dailly, Credoc pour les phases d'importation, etc.). Ces financements mobilisateurs de créances ou non sont nécessaires à la constitution et au maintien d'une trésorerie pour supporter les éventuels décalages et/ou déséquilibres entre les délais de règlement clients et fournisseurs. On constate ainsi que, dans certains secteurs d'activités, ou dans certaines chaînes d'approvisionnement, les entreprises peuvent se retrouver confrontées à un achat fournisseur comptant alors que le paiement par leurs clients intervient à 30/45 jours fin de mois.

La banque intervient donc pour répondre à ces besoins de trésorerie, ce qui permet le développement économique rapide de l'entreprise, et contribue ainsi à l'effet de levier précité. À l'inverse, sans recours au crédit, l'entreprise peut s'exposer à une situation de cessation des paiements. Il existe en effet des situations paradoxales où, bien qu'en présence de la bonne idée, du bon outil de travail, d'un bon lancement d'activité, etc., une entreprise connaît une telle croissance qu'elle ne dispose plus à un moment clef de suffisamment de trésorerie pour se développer et financer son cycle d'exploitation. Cette situation peut conduire à l'échec d'une activité pourtant *a priori* rentable.

En second lieu, l'effet de levier du crédit peut également être recherché au niveau du « haut de bilan ». Le terme « haut de bilan » désigne la partie supérieure d'un bilan comptable qui se compose de l'actif immobilisé de l'entreprise et, au passif, de ses ressources stables (capitaux propres, emprunts bancaires à plus d'un an, etc.). Les éléments susvisés ont vocation à rester inscrits au bilan plusieurs années, à la différence du « bas de bilan », composé d'éléments plus liquides, payables ou consommés dans l'année la plupart du temps. Entrent donc dans le champ du crédit : les investissements mobiliers ou immobiliers amortissables qui ont vocation à demeurer dans l'entreprise à moyen/long terme. Le haut de bilan est également pour la banque un indicateur de la bonne santé économique d'une entreprise. Une situation financière saine est révélée par des capitaux propres positifs, idéalement significatifs et en progression régulière année après année (absence de pertes), des dettes financières limitées permettant à l'entreprise de conserver une indépendance financière et une bonne capacité de remboursement de ses emprunts.

L'effet de levier n'est cependant pas systématique. Il peut en effet arriver que les investissements ne se traduisent pas, en raison de facteurs endogènes ou exogènes, par davantage de rentabilité pour l'entité économique, mais uniquement par un alourdissement de la structure. Dans ce cas, la banque sera dans l'obligation de refuser d'aller plus loin dans le financement de nouveaux investissements. En Nouvelle-Calédonie, on constate une bonne distribution du crédit sur le marché<sup>8</sup> avec quatre acteurs principaux, ce qui permet de réaliser l'effet de levier précité. Les chiffres de l'IEOM indiquent à ce propos une croissance du crédit particulièrement soutenue depuis 15 ans, cette croissance étant même, depuis 2008, supérieure à celle de

---

8 Évolutions bancaires et monétaires au 30/06/2018, IEOM : [https://www.ieom.fr/IMG/pdf/infos\\_financieres\\_evolution\\_bancaires\\_et\\_monetaires\\_au\\_30\\_juin\\_2018\\_nc.pdf](https://www.ieom.fr/IMG/pdf/infos_financieres_evolution_bancaires_et_monetaires_au_30_juin_2018_nc.pdf)

l'activité économique. Le soutien des banques à l'économie calédonienne est donc une réalité en Nouvelle-Calédonie. Il ne faudrait pas toutefois que ce ratio devienne trop élevé, car un endettement excessif des entreprises peut finir par grever la croissance.

Pour vous démontrer que cette position n'est pas seulement l'avis d'une « banquière », je souhaiterais vous présenter l'approche du rapport *Doing Business*<sup>9</sup> publié chaque année par la Banque mondiale, dont les deux principales missions sont la lutte contre l'extrême pauvreté et la promotion d'une prospérité partagée. La grille d'analyse de ce rapport est un révélateur des attentes des entreprises vis-à-vis du droit bancaire.

### **B. La grille d'analyse du rapport *Doing Business*, un révélateur des attentes des entreprises vis-à-vis du droit bancaire**

Pour aborder la problématique de mon intervention, j'ai fait le choix de vous présenter la grille d'analyse du rapport, car elle privilégie une approche temporelle, fidèle au cycle de vie de l'entreprise, en évoquant successivement sa création et son développement. De plus, le rapport *Doing Business*, établi par la Banque mondiale depuis 15 ans, propose une analyse comparative de la réglementation des affaires et son application dans près de 190 économies dans le monde. Est ainsi réalisé un benchmarking dont les deux tiers des sources sont des normes juridiques (lois, réglementation et données fiscales), analysées par 13 000 contributeurs dont principalement des juristes. Il faut rappeler que la démarche de recherche de ce rapport repose sur l'idée que l'activité économique bénéficie positivement d'un ensemble normes claires et cohérentes.

Pour information et en application des critères qualitatifs choisis au sein du rapport, la France se situe aux alentours des trentièmes rangs mondiaux concernant la facilité de faire des affaires. La première place est alternativement occupée depuis plusieurs années soit par la Nouvelle-Zélande soit par Singapour<sup>10</sup>. Le classement de la France peut notamment s'expliquer par sa réglementation du marché du travail qui se heurte à la vision libérale prônée par la Banque mondiale.

Le tableau 1, ci-après, reprend les onze domaines clés susceptibles de concerner le cycle de vie des entreprises et sur lesquels le rapport se fonde pour apprécier l'environnement juridique des entreprises. On constate que nombreuses sont les hypothèses où la banque intervient, soit comme un acteur direct, soit comme un relais, en lien avec les chefs d'entreprise.

Le rapport *Doing Business* met ainsi en évidence la forte influence de la banque sur l'économie. L'existence avérée de cette influence rend plus importante encore la mise en place d'un droit bancaire susceptible de servir au mieux les intérêts des entreprises.

La marge de manœuvre est cependant assez faible en Nouvelle-Calédonie, car l'existence d'un droit bancaire local se heurte à de nombreux obstacles.

---

9 Accès au rapport annuel : <https://francais.doingbusiness.org/>

10 Pour un accès au classement : <https://francais.doingbusiness.org/fr/rankings>

**Tableau 1 : Onze domaines clés susceptibles de concerner le cycle de vie des entreprises**

	Prisme d'analyse de l'environnement juridique propice au développement économique selon le rapport <i>Doing Business</i>	Intervention de la banque en tant :		Exemples opérations
		Acteur	Relais	
1	Création de l'entreprise	X		Opération de dépôt de capital / Augmentation de capital / Contrôle des bénéficiaires effectifs
2	Obtention du permis de construire			
3	Raccordement électrique			
4	Enregistrement / Transfert de propriété immobilier		X	Opération de financement / lien avec les offices notariales
5	Distribution des crédits	X		Cœur de métier
6	Protection des investissements minoritaires			
7	Paiement de l'impôt		X	Tenue des comptes ; service de paiement (Prélèvement, avis à tiers détenteur)
8	Commerce transfrontalier	X		Opération de service international (CRE-DOC, SBCL, virements SWIFT)
9	Exécution du contrat / des obligations	X		Cœur de métier : opérations de banque étant des actes juridiques
10	Règlement de l'insolvabilité	X		Mesure du risque crédit / mise en jeu des garanties en cas d'impayé / recouvrement
11	Règlementation du marché du travail			

## II. LES OBSTACLES À L'EXISTENCE D'UN DROIT BANCAIRE LOCAL

Le droit bancaire peut être défini comme l'ensemble des règles nationales et internationales qui viennent réglementer les opérations de banque, à savoir : la réception de fonds remboursables du public par le biais du compte bancaire, les opérations de crédit, ainsi que les services bancaires de paiement, mais également la profession de banquier elle-même en tant que profession réglementée et exclusive<sup>11</sup>.

Le droit, dans son essence et application pratique, se doit d'être au service d'objectifs. La norme ne doit pas exister pour elle-même. Ainsi, pour répondre aux attentes des entreprises, le droit bancaire peut être amélioré. Mais la tâche se révèle compliquée en Nouvelle-Calédonie car ce droit est à multiples facettes, ce qui rend difficile sa seule gestion au niveau local pour l'adapter aux entreprises.

Cette complexité résulte pour partie de la multiplicité des sources du droit bancaire (A).

<sup>11</sup> Principe du monopole quant à l'exercice de la profession de banquier : v. art. L. 511 - 5, Code monétaire et financier.

Elle est également due, comme le sous-entend la définition exposée ci-dessus, aux caractéristiques de ce droit (B) et à ses « facteurs d'influence » (C).

### **A. Les difficultés liées à la multiplicité des sources**

40

Comme toute branche du droit, le droit bancaire apparaît à tous les niveaux de la hiérarchie des normes.

Le droit bancaire est évidemment issu de normes nationales législatives et réglementaires, le plus souvent codifiées. Cette codification figure néanmoins dans plusieurs codes. À titre d'exemple, la loi bancaire du 24 janvier 1984 est depuis 2000 codifiée dans le code monétaire et financier. De même, certaines dispositions du code civil concernent le droit bancaire, comme celles relatives au prêt, à la preuve, à la responsabilité civile, etc. Les effets de commerce et les procédures collectives sont quant à eux régis par des dispositions du code de commerce. Le crédit à la consommation ou encore le crédit immobilier relèvent notamment du code de la consommation.

Classiquement, le pouvoir judiciaire peut également venir compléter l'architecture normative globale par ses précisions jurisprudentielles. Ces dernières se révèlent parfois audacieuses, comme lorsqu'a été « découvert » le devoir de mise en garde à la frontière, entre le devoir de conseil et celui de non-ingérence du banquier dans les affaires de son client. Le devoir de mise en garde se définit comme le fait, pour un établissement de crédit, d'alerter un emprunteur sur ses capacités financières et sur le risque d'endettement né de l'octroi d'un prêt<sup>12</sup>. À noter que le devoir de mise en garde incombe à la banque en présence d'un emprunteur non averti – et que la charge de la preuve du respect de son obligation pèse sur l'établissement bancaire<sup>13</sup>. Le statut professionnel ne permet pas de présumer de la qualification de l'emprunteur.

À ce socle classique, s'ajoutent des normes professionnelles nationales. Le droit bancaire a en effet la particularité d'être fortement influencé par les professionnels eux-mêmes, soit de leur propre initiative soit en collaboration ou à la demande des pouvoirs publics. À titre d'exemple, nous pouvons nous référer aux textes émis par l'Autorité de Contrôle Prudentiel et de Résolution (ACPR) tels que ses avis, ses positions et ses recommandations sous forme de recueil<sup>14</sup>, notamment dans le cadre des pratiques commerciales. Citons également les usages prudentiels de la Fédération des Banques Françaises (FBF) ou les usages préconisés au sein des différents groupes bancaires à l'exemple du Groupe Banque Populaire - Caisse d'Épargne (BCPE) qui offrent une interprétation de la loi dans son application pratique.

Dans le prolongement de ces normes professionnelles nationales, le droit bancaire émane également de sources internationales dont les créateurs peuvent être qualifiés de législateurs professionnels supranationaux. La légitimité de l'action normative de ces derniers se trouve tant dans le nombre et la qualité des membres de ces organisations que dans les processus d'adoption de la norme. On peut ainsi citer les normes issues du Comité de Bâle, qui réunit les gouverneurs de vingt-sept banques centrales et des autorités prudentielles. Ces normes

---

12 Première occurrence du devoir de mise en garde : Cass. 1<sup>re</sup> civ., 27 juin 1995, n° 92-19212.

13 Cass. ch. mixte, 29 juin 2007, n° 05-21104.

14 <https://acpr.banque-france.fr/publications/textes-de-referance/recueil-pratiques-commerciales>

s'imposent dans le contexte de mondialisation du système bancaire et financier. Rappelons que le Comité de Bâle est une émanation de la Banque des Règlements Internationaux (BRI) dont le rôle est de renforcer la sécurité et la fiabilité du système bancaire, notamment par l'instauration de standards minimaux en matière de contrôle prudentiel. À titre illustratif, sur la dernière décennie, le Comité de Bâle a, pour répondre aux défis découlant de la crise de 2008 et de 2011, renforcé par la réglementation dite « Bâle III » le ratio de solvabilité (renforcement des fonds propres non alloués au crédit) et créé des ratios de liquidité (*Liquidity Coverage Ratio* – LCR; *Net Funding Stable Ratio* – NSFR) dans l'objectif de renforcer et permettre aux banques de faire face à un éventuel risque systémique résultant d'une nouvelle crise financière. Grâce notamment à ces matelas dits « de précaution et contracyclique », les banques seront davantage en mesure, le cas échéant, de maintenir leur activité sans être déstabilisées. Ces règles prudentielles d'exercice de l'activité bancaire peuvent cependant avoir un effet sur la distribution de crédit. En effet, les banques auront notamment la nécessité de renforcer leurs fonds propres. Or, les sommes allouées au renforcement des fonds propres ne peuvent l'être au crédit.

Doit également être citée la réglementation européenne. La Nouvelle-Calédonie est qualifiée au sein de l'Union européenne de PTOM (Pays et Territoires d'Outre-Mer) et, à ce titre, ne fait pas partie intégrante de l'UE<sup>15</sup>. Par conséquent, les normes européennes, et en particulier les directives, ne sont pas directement applicables en Nouvelle-Calédonie. Mais les banques calédoniennes ne peuvent les ignorer entièrement. C'est évidemment le cas si les lois métropolitaines qui ont transposé des directives ont été rendues applicables en Nouvelle-Calédonie. Même en dehors de cette hypothèse, les banques implantées en Nouvelle-Calédonie doivent prendre en compte les normes européennes, soit qu'elles appartiennent à un groupe bancaire, soit que certains de leurs clients vivent en métropole. Une divergence normative trop forte pourrait être un frein au développement économique, en ce sens que les entités bancaires pourraient ne plus être reconnues comme des « pairs », comme l'illustre l'exemple des pays référencés sur les listes grises et noires<sup>16</sup> de l'Union européenne dans le cadre de la lutte contre l'évasion fiscale.

Il existe enfin des « influences internationales » à l'initiative d'États que l'on pourrait qualifier d'exogènes telle que le *Foreign Account Compliance Tax Act* (dit réglementation FACTA) et qui, depuis 2014, incite les banques non américaines à faire remonter les informations concernant des comptes tenus pour des clients américains. L'objectif de cette réglementation est la lutte contre l'évasion fiscale, dont la collecte de données repose sur les établissements bancaires hors des États-Unis et non sur le fisc américain. L'accord des clients est naturellement requis pour lever le secret bancaire. Une banque peut théoriquement refuser de coopérer, mais elle pourrait ne plus pouvoir travailler à terme avec ses correspondants bancaires américains; ce qui, concrètement, la conduirait à ne plus pouvoir exercer son activité bancaire à l'international.

On peut ainsi constater que le droit bancaire est fortement influencé par l'environnement global de l'activité bancaire, ce qui rend très compliqué pour la Nouvelle-Calédonie, pour

15 Annexe II et article 198 du Traité sur le fonctionnement de l'UE : <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

16 Voir <https://www.touteleurope.eu/actualite/paradis-fiscaux-la-liste-noire-de-l-union-europeenne.html>

ne pas dire impossible, de réglementer seule. Le système bancaire est en effet un système nécessairement international, interconnecté, ce qui est une force, mais peut également être une faiblesse, comme l'a révélé la crise de 2008. À ces difficultés liées aux sources du droit bancaire s'ajoutent celles qui découlent de ses caractéristiques propres.

### **B. Les difficultés liées aux caractéristiques du droit bancaire**

Un premier frein à l'appréhension de la matière est que le droit bancaire est d'abord un droit technique. Les opérations de banque sont pour la plupart des opérations courantes où la notion de répétition est importante, ce qui implique des mécanismes juridiques précis.

Un second frein lié à la nature du droit bancaire est le fait qu'il s'agit d'un droit formaliste, qui doit permettre d'assurer la sécurité des transactions et leur contrôle, d'où des obligations d'information à la charge des banques, un encadrement des conditions générales, et des mentions obligatoires, par exemple en cas de recours à un cautionnement, ou pour rappeler qu'« un crédit vous engage et doit être remboursé ».

Une partie de cette réglementation technique et formaliste échappe ainsi à la compétence de la Nouvelle-Calédonie, laquelle n'a donc pas la main pour en dessiner les contours. L'identification de ces difficultés nous renvoie aux « facteurs d'influence » de ce droit.

### **C. Les difficultés liées aux « facteurs d'influence »**

À la base, le droit bancaire est une branche du droit privé, puisqu'il s'agit de droit commercial. Le banquier est un commerçant et les opérations de banque sont des actes de commerce. Ce premier facteur d'influence du droit bancaire est une bonne nouvelle pour la Nouvelle-Calédonie, puisqu'elle est compétente en droit civil et en droit commercial, depuis 2012.

Mais il est concurrencé par un second facteur d'influence, plus important encore, du fait du rattachement du droit bancaire au droit économique public, qui conduit à une très forte réglementation du secteur bancaire comme évoqué ci-dessus. En effet, dès lors que l'activité bancaire est essentielle au fonctionnement de l'économie du fait de son rôle dans la dématérialisation et la circulation de la monnaie (dépôt, paiement, opérations de caisse, distribution du crédit), elle entraîne un fort interventionnisme de l'État, comme lorsque ce dernier encadre le taux d'usure (qui correspond au taux d'intérêt maximum auquel les banques peuvent prêter aux particuliers et aux entreprises) ou lorsqu'il protège les particuliers par un droit de la consommation spécifiquement prévu pour les opérations bancaires.

Or, ces aspects de l'activité bancaire liés au crédit, à la monnaie, relèvent de la compétence régaliennne de l'État et non de la compétence de la Nouvelle-Calédonie. S'applique par conséquent le principe de spécialité législative énoncée à l'article 74 de la Constitution de 1958, selon lequel les lois et règlements métropolitains ne sont applicables à la Nouvelle-Calédonie que sur mention expresse. C'est d'ailleurs pour cette raison que, alors même que la Nouvelle-Calédonie est compétente en droit de la consommation<sup>17</sup> ainsi qu'en droit civil et

---

17 Voir art. 22, 19° de la loi organique du 19 mars 1999, dans sa rédaction issue de la loi organique du 3 août 2009



Tableau 2 (suite) : Synthèse de répartition de compétence

	Prisme d'analyse de l'environnement juridique propice au développement économique selon le rapport <i>Doing business</i>	Intervention Banque en tant :		Exemple opérations	Champ juridique Compétence Exemples de problématiques juridiques		
		Acteur	Relais				
5	Distribution des crédits	X		Cœur de métier	Droit bancaire	FR (V. Loi organique 1999 art 21 I 5°)	
6	Protection des investissements minoritaires						
7	Paiement de l'impôt		X	Tenue des comptes ; service de paiement (Prélèvement, avis à tiers détenteur)	Droit fiscal	NC V. Loi organique 1999 art 22 - 1°)	
8	Commerce transfrontalier	X		Opération de service international (CREDOC, SBCL, virements SWIFT)	Droit commercial	NC V. Loi organique 1999 art 22 - 6°)	
9	Exécution du contrat / des obligations	X		Cœur de métier : opérations de banque étant des actes juridiques	Droit civil / Droit commun	NC V. Loi organique 1999 art 21.III) & LP 2012-02	<b>Non résolu : réforme du droit des contrats, régime général et du, droit de la preuve</b> <sup>21</sup>
10	Règlement de l'insolvabilité	X		Mesure du risque crédit / mise en jeu des garanties en cas d'impayé / recouvrement	Droit commercial / Droit des procédures collectives	NC V. Loi organique 1999 art 21.III) & LP 2012-02	
11	Règlementation du marché du travail						

<sup>21</sup> L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations a été promulguée postérieurement au transfert du droit commercial à la Nouvelle Calédonie. Ces dispositions ne sont *de facto* pas applicables au même titre que d'autres réformes plus récentes (voir par ex. la loi PACTE du 22 mai 2019).

### **III. LES PISTES POUR FAVORISER LE CRÉDIT EN NOUVELLE-CALÉDONIE : LE DROIT EN RÉPONSE AUX BESOINS DE LA PRATIQUE BANCAIRE**

Les développements qui précèdent permettent de constater que de nombreux champs du droit bancaire relèvent de la compétence de la Nouvelle-Calédonie, mais que le cœur de métier de la banque – le crédit aux particuliers – reste de la compétence de la métropole – et relève du principe de spécialité législative.

Par ailleurs, dans les domaines où la Nouvelle-Calédonie est compétente, on se rend compte qu'elle ne s'empare pas nécessairement de cette compétence, ce qui conduit à une « péremption » du droit, comme le montre l'exemple du droit des contrats (et de leur exécution), non modifié alors que la Nouvelle-Calédonie est compétente dans ce domaine depuis 2013.

Pour améliorer le crédit en Nouvelle-Calédonie, on peut alors espérer une intervention concertée des législateurs calédoniens et métropolitains. Mais cela suppose au préalable de bien comprendre quel est le rôle de la banque vis-à-vis des entreprises (A). Ce n'est qu'une fois ce rôle bien cerné que des axes pragmatiques peuvent être proposés pour faire évoluer le droit (B).

#### **A. Le rôle bien compris de la banque vis-à-vis des entreprises**

Il est certain que les entreprises attendent une rapidité des opérations bancaires, ce qui implique le cas échéant une simplification des procédures. Cette simplification peut résulter de la dématérialisation, qui est déjà bien avancée, avec le tournant numérique, qui permet notamment la généralisation de l'écrit électronique. En métropole, la réforme du code civil<sup>22</sup> a pris en compte cette évolution en régissant l'écrit numérique. Mais cette réforme n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie, compétente en droit civil. Il est donc urgent que le législateur calédonien s'empare de cette compétence pour adapter le droit aux besoins de la pratique.

Concernant l'accès au crédit, on constate parfois une attente des entreprises qui procède d'une confusion – sûrement due à l'influence du droit économique public sur le droit bancaire, évoquée précédemment – entre le droit bancaire et le droit au crédit, au sens d'un service public.

Or cette vision des choses doit être combattue pour plusieurs raisons.

D'abord, le contexte actuel est défavorable à la reconnaissance d'un droit au crédit. Avec les règlements prudentiels (Bâle III), évoqués précédemment, on attend une consolidation des fonds propres des banques. Il en résulte un risque de rationalisation du crédit, non encore actuel en raison des injections des banques centrales, mais néanmoins envisageable à plus long terme<sup>23</sup>.

---

22 L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats et du régime général de la preuve des obligations a été publiée au *Journal officiel*, le 11 février 2016.

23 On peut envisager que le système bancaire va prendre moins de risque à l'avenir, le banquier, ce qui pourrait conduire les entreprises à tenter de trouver d'autres partenaires financiers et de recourir à des modes alternatifs de financements, tels que le *crowdfunding*.

Ensuite, si le droit au compte est reconnu par le droit<sup>24</sup>, tel n'est pas le cas du droit au crédit. L'assemblée plénière de la Cour de cassation l'a affirmé en 2006 dans l'affaire Adidas : « Hors le cas où le banquier est tenu par un engagement antérieur, il est toujours libre – sans avoir à justifier sa décision qui est discrétionnaire – de proposer ou de consentir un crédit quelque qu'en soit la forme de s'abstenir ou de refuser de le faire »<sup>25</sup>. Cette solution a été ensuite étendue à la renégociation d'un crédit, qui est également discrétionnaire<sup>26</sup>.

Reconnaître un droit au crédit serait en outre contraire au fait que l'activité bancaire repose sur la confiance et que les contrats conclus avec le client le sont *intuitu personae*. Cela ne va pas jusqu'à faire du banquier un associé du chef d'entreprise. Il n'est qu'un partenaire financier, qui ne remplace pas les associés d'une société, qui ont vocation, par leurs apports, à constituer les fonds propres de la société. On doit, à ce propos, relever le caractère contre-productif des sociétés au capital de 1 euro – ou 1 F CFP –, car la plupart des activités économiques supposent un minimum de fonds propres pour être viables. La remarque vaut également pour les entrepreneurs individuels, dont on peut déplorer la situation financière généralement fragile, avec des fonds propres insuffisants<sup>27</sup>.

Il faut rappeler que l'activité bancaire consiste à sélectionner du risque, en analysant la solvabilité de l'emprunteur. La sélection se fait classiquement sur les données financières et comptables, et donc sur la viabilité du projet économique. Ce n'est qu'ensuite que sont pris en compte des aspects qualitatifs, et notamment les qualités personnelles du chef d'entreprise. Quant aux garanties apportées (gages, hypothèques), elles n'ont qu'un rôle très secondaire, car le banquier n'est pas un prêteur sur gages, aucun enrichissement n'étant attendu sur le volet recouvrement contentieux des créances. Bref, ce n'est pas la garantie qui fait le crédit; c'est la qualité du projet, et l'analyse financière qui en est faite.

Enfin, on ne saurait exiger de la part des banquiers une obligation d'accorder un crédit alors que, dans le même temps, il peut être tenu responsable en cas de soutien abusif. Cette cause de responsabilité, d'origine jurisprudentielle, est désormais énoncée à l'article L. 650-1 du code de commerce, applicable en Nouvelle-Calédonie. Selon ce texte :

*Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci.*

On constate néanmoins que, pour rassurer les banques et ne pas limiter le crédit aux entreprises, la responsabilité du créancier ne peut intervenir qu'en cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur, ou si les garanties prises en contrepartie des prêts sont disproportionnées.

24 Voir art. L. 312-1 Code monétaire et financier. Ce droit au compte est justifié par la nécessité d'avoir un compte pour exister dans la société.

25 Cass. Ass. Plén. 9 oct. 2006, n° 06-11.056, D. 2007, pan., p. 758, obs. D.-R. Martin; D. 2006, AJ, p. 2525, obs. X. Delpech; RTD com. 2007, p. 207, obs. D. Legeais; RTD civ. 2007, p. 145, obs. P.-Y. Gautier; JCP 2006, II, 10 175, note T. Bonneau.

26 Cass. com. 18 sept. 2012 n° 11-21790.

27 L'absence de conseil financier est également regrettable, avec notamment pour effet que les outils de médiation du crédit sont souvent sollicités trop tardivement, faute d'une prise en compte suffisamment précoce des difficultés de l'entreprise.

Du point de vue des banques, ce texte reste sévère, du fait de l'absence de définition de la notion de disproportion, et parce que les sanctions encourues sont lourdes, puisqu'il peut en résulter la nullité des sûretés prises<sup>28</sup>, alors même qu'elles n'auraient pas été accordées pendant la période suspecte<sup>29</sup>. De plus, cette sévérité a été accentuée par un arrêt récent de la Cour de cassation dans lequel cette dernière a estimé qu'il n'était pas nécessaire de caractériser les « trois cas susvisés si le devoir de mise en garde du banquier n'avait pas été respecté »<sup>30</sup>.

### **B. Propositions d'axes pragmatiques pour faire évoluer le droit**

À défaut de pouvoir réglementer le crédit, la Nouvelle-Calédonie garde la possibilité d'agir sur l'environnement externe du banquier pour favoriser les conditions de sa prise de risque et faire accéder indirectement les entreprises au crédit.

En effet, nous pourrions envisager de préconiser une définition plus précise du soutien abusif, ou de réglementer le système des enchères, notamment en exigeant la vérification de la solvabilité de l'enchérisseur avant validation de l'enchère. Cela permettrait de réaliser des gains sur les délais de procédure de saisie immobilière.

Il est également possible d'alléger les exigences de formalisme pour répondre au souhait de simplification. La pleine reconnaissance de l'écrit électronique évoqué précédemment est une première piste de réflexion. Les délais trop longs d'octroi et/ou de mise à disposition des fonds font en effet partie des critiques récurrentes des entreprises vis-à-vis des banques. Ces critiques s'adressent tant sur le financement des besoins d'investissement que pour le financement du cycle d'exploitation.

Il serait ensuite opportun d'alléger les contraintes encadrant le recouvrement et d'inciter à une prise de risque mesurée. Dans une autre veine, en amont du recouvrement, une mesure préventive pourrait être mise en force en Nouvelle-Calédonie. En effet, un des risques pour la banque et pour l'entreprise est le décès ou la perte des capacités du chef d'entreprise, souvent associé et gérant unique. L'entreprise ne peut subir de délais trop longs et certaines décisions sont à prendre sur une échelle quotidienne pour maintien de l'activité à flot, ce qui peut être incompatible avec les délais de traitement d'une succession. Les mandats à effet posthume et de protection future peuvent être une mesure de protection efficace à la fois pour la banque et pour l'entreprise. Les deux textes législatifs ont été rendus applicables à la Nouvelle-Calédonie<sup>31</sup>. En pratique, certains décrets relatifs au mandat à effet posthume n'ont pas été étendus à la Nouvelle-Calédonie, ce qui explique la réserve des études notariales locales à conseiller et à enregistrer ces mandats en leur office en raison du risque juridique de contestation.

28 Il est à noter que l'ordonnance du 18 décembre 2008 a cependant amélioré la situation des banquiers, puisqu'elle a substitué à la nullité obligatoire des garanties une nullité seulement facultative, sur décision du juge.

29 Période qui commence à courir à compter de la date de cessation des paiements, voire six mois avant cette date pour les actes à titre gratuit. Voir art. L. 632-1 C. com.

30 Voir Cass. com. 20 juin 2018, n° 16-27693, *Rev. Sociétés*, 2018, p. 541, obs. F. Reille; BJS 2018, p. 526, note J. Lasserre Capdeville; Banque et Dr. 11-12/2018, 34, obs. T. Bonneau; RPC 2018, n° 213, obs. A. Martin-Serf.

31 Pour le mandat à effet posthume : article 40 de la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. Pour le mandat de protection future : article 43 de la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

En conclusion, je me permettrai de rappeler qu'il est certain que le droit doit rester vivant. Ainsi, dans son champ de compétences, la Nouvelle-Calédonie a la possibilité d'agir et la nécessité de le faire. Cette action sera peut-être satellitaire comme évoqué précédemment, mais les effets indirects sur la matière bancaire pourraient néanmoins être bénéfiques à une échelle locale. Or, aujourd'hui, on ne peut nier qu'une scission se crée entre le droit métropolitain et le droit calédonien concernant les matières juridiques transférées. En effet, la tendance métropolitaine est à la réforme et simplification de la réglementation. Cette croissante scission peut créer des incertitudes voire une crainte quant à la validité et sécurité des actes juridiques passés. Elle doit être prise en compte notamment si la situation d'un droit dual interne, mais soumis à un système judiciaire unifié, devait perdurer au-delà des référendums sur l'autodétermination. Nous pouvons par ailleurs estimer que l'intérêt pour le droit bancaire d'une assemblée législative est le reflet de l'intérêt pour une économie et son fonctionnement. Il serait dommageable que le congrès de la Nouvelle-Calédonie ne se saisisse pas de ce sujet.

## LE DROIT CALÉDONIEN FAVORISE-T-IL LA TRANSMISSION D'ENTREPRISE ?

### Philippe Bernigaud

Office notarial

Lorsqu'on parle à un praticien du droit – qu'il soit notaire, avocat ou encore juriste – de transmission d'entreprise, son excitation est à son comble.

Dans un premier temps, il sait qu'il y aura un intéressant travail d'écoute du chef d'entreprise qui entend transmettre son outil de travail, ceci afin de bien cerner tant la situation dans laquelle se trouve ce dernier que ses souhaits quant au mode de transmission.

Il faut tout d'abord aborder la forme de l'entreprise objet de la transmission :

- Il peut s'agir d'une entreprise exploitée directement par son propriétaire; on parlera alors de fonds de commerce, de fonds artisanal, agricole ou libéral. Ce fonds regroupe un ensemble d'éléments, matériels (ordinateur, outillage, etc.) ou incorporels (clientèle, situation, etc.), qui font partie du patrimoine personnel du chef d'entreprise;
- Il peut également s'agir d'une entreprise exploitée sous forme de société : le droit positif calédonien connaît les mêmes types de société que le droit français (EURL, SARL, SA, SAS, pour les plus communes), mais également d'autres groupements plus originaux, et en particulier le GDPL qui sera évoqué dans un prochain chapitre. Le type de société en question est essentiel pour organiser la transmission de l'entreprise.

Il faudra ensuite savoir si le chef d'entreprise entend récupérer des fonds de cette transmission ou s'il s'agit d'une transmission à titre gratuit, cette dernière hypothèse étant réservée dans la quasi-totalité des cas à la sphère familiale.

Il est aussi important de savoir si la transmission doit intervenir de manière rapide ou si, au contraire, le chef d'entreprise a fait preuve de prévoyance et d'anticipation en rendant visite au praticien du droit afin que ce dernier puisse l'aider à préparer une transmission sereine et fiscalement plus acceptable.

Après avoir écouté et analysé les *desiderata* de son client, le praticien sait que la transmission d'entreprise sera l'occasion pour lui d'utiliser et de manier différents domaines du droit dans un même dossier.

Le droit des contrats, le droit des sociétés, en passant par les dispositions relatives au contrôle des opérations de concentration (« anti-trust »), mais aussi le droit de la famille, sans oublier le domaine fiscal qui oriente la plupart du temps les décisions prises.

Vaste domaine donc que la transmission d'entreprise !

Et pour pouvoir ébaucher une réponse à la question de savoir si le droit calédonien favorise la transmission de l'entreprise, il faut, à mon sens, aborder cette question de deux manières, selon que la transmission est envisagée à titre onéreux, donc le plus souvent à des tiers (I), ou à titre gratuit, c'est-à-dire le plus souvent dans la sphère familiale, au profit des enfants (II).

## I. LA TRANSMISSION AU PROFIT D'UNE TIERCE PERSONNE

### A. L'objectif recherché

Les raisons d'une cession au profit d'une personne étrangère peuvent être multiples (départ en retraite, volonté de changer de domaine, etc.), mais la plupart du temps, l'objectif du chef d'entreprise est d'en tirer un profit. La transmission se fera alors à titre onéreux, c'est-à-dire moyennant finance.

Dans une telle situation, la personne qui achètera l'entreprise sera la plupart du temps une personne extérieure au cercle familial restreint du chef d'entreprise, et ceci même s'il n'est pas exclu ni interdit de voir une cession à titre onéreux au profit d'un enfant. Le cédant peut en effet vouloir transmettre à l'un de ses enfants et avoir besoin d'argent pour pouvoir profiter d'une retraite méritée. Il peut également vouloir transmettre à un seul de ses enfants, moyennant finance, et réserver une transmission à titre gratuit (par donation) pour le reliquat de son patrimoine. Ainsi, un des enfants aura l'entreprise, qu'il aura payée, et il aura droit sur le surplus du patrimoine de ses parents à la même quotité que ses frères et sœurs.

### B. Le déroulement de la cession

Dans ce domaine, la transmission prendra la forme d'une cession, qu'elle soit de fonds ou de droits sociaux (parts sociales ou actions), matérialisée dans la plupart des cas par un acte qui sera rédigé par un professionnel. La réalisation de cette cession procède de plusieurs étapes : un audit initial (1), la signature d'un contrat (2), puis la signature de l'acte définitif (3).

#### 1. L'audit initial pour déterminer le prix et les conditions de la transmission

Dans un premier temps, il est indispensable qu'un audit comptable, juridique et fiscal minutieux du fonds de commerce ou de la société soit fait par celui qui entend acquérir, afin qu'il fasse une proposition d'acquisition en parfaite connaissance de la situation. En matière de cession de parts sociales ou d'actions d'une société titulaire de l'entreprise, il faut être vigilant sur la consistance de l'actif de la société, mais aussi sur son passif et sur son besoin de trésorerie.

#### 2. La signature d'un avant-contrat

La signature de l'acte définitif de cession sera précédée de celle d'un avant-contrat qui revêt certainement plus d'importance que l'acte définitif. Ce dernier ne fait, le plus souvent, que confirmer que toutes les conditions nécessaires à la réalisation de l'opération ont été réunies. C'est en effet dans l'avant-contrat (compromis de cession de droits sociaux ou de cession de fonds de commerce) que l'on vient déterminer :

- les conditions et particularités de la cession envisagée;
- les éventuelles opérations de « nettoyage » de la société ou du fonds à effectuer par le cédant avant la vente définitive;
- le prix ou les règles permettant de déterminer le prix;
- le délai dans lequel la signature de l'acte définitif de cession devra intervenir. Ce délai doit être déterminé en tenant compte des conditions particulières de la cession envisagée. Le constat est que la période entre le compromis et la cession finale est de plus en plus longue, notamment lorsqu'un financement bancaire est à obtenir, et surtout lorsque l'on est dans le cadre des dispositions du code de commerce relatives

à la concurrence<sup>1</sup>, car les délais de réponse des autorités peuvent être très importants dans ce domaine.

Après la signature de cet avant-contrat, le temps sera mis à profit pour vérifier l'ensemble des éléments essentiels de la cession, et pour réunir toutes les informations indispensables pour une signature en parfaite connaissance de cause. C'est aussi pendant ce temps que le cessionnaire devra solliciter et obtenir son financement bancaire. Une fois le financement obtenu et la situation vérifiée, l'acte définitif de cession sera signé dans les conditions prévues au compromis de vente.

### **3. La signature de l'acte définitif**

La rédaction des actes sera minutieuse afin de bien faire apparaître les accords intervenus entre les parties, et le droit calédonien autorise dans ce domaine une grande liberté contractuelle.

Il est nécessaire de bien déterminer les conditions de la cession (clauses d'accompagnement, de non-concurrence, non-réinstallation, garantie d'actif et de passif, contre-garanties de la garantie d'actif et de passif, etc.) et de s'adapter à la situation particulière. En cas de cession de parts sociales ou d'actions, il faut être vigilant sur la consistance de l'actif et du passif, car tout passif non déclaré est susceptible, avec la mise en jeu de la garantie de passif, de générer une restitution de tout ou partie du prix de vente.

## **C. La fiscalité de la cession**

Comme je l'ai déjà indiqué, un élément essentiel d'une transmission est la fiscalité qui l'accompagne. À ce titre, il convient de distinguer les droits d'enregistrement, générés par l'acte de cession lui-même (1), et la taxation des plus-values, générée par les conséquences de cette cession dans le patrimoine du cédant (2).

### **1. La fiscalité sur l'acte de cession : les droits d'enregistrement**

Les droits d'enregistrement sont en principe supportés par le cessionnaire. L'assiette des droits d'enregistrement est le prix de vente figurant à l'acte, sous réserve du droit de contrôle de l'administration fiscale (dans la limite de 3 ans, en plus de l'année en cours).

Pour déterminer la fiscalité applicable, il faut tout d'abord distinguer si l'on procède à une cession de fonds ou à une cession d'actions ou de parts sociales. Lors de cession de titres sociaux, il est alors important de connaître la forme de la société objet de la cession :

- en cas de cession d'actions (SA, SAS, plus rarement société en commandite par actions), cette cession générera des droits d'enregistrement au taux de 1 % plafonné à 500 000 F CFP (s'il y a un acte);
- en cas de cession de parts sociales de société (SARL, SNC, société civile, notamment), la cession générera également des droits d'enregistrement au taux de 1 % sans plafond qui sera calculé sur le prix de cession après avoir pratiqué un abattement de

---

<sup>1</sup> Voir en particulier les articles Lp. 431-1 et s. du Code de commerce, relatifs au contrôle des opérations de concentration.

- 5 000 000 F CFP au prorata du capital cédé (si on vend 100 %, l'abattement sera de 5 000 000 F CFP, si on vend 50 % du capital social, l'abattement sera de 2 500 000 F CFP);
- en cas de cession de fonds de commerce, les droits d'enregistrement deviennent plus confiscatoires. La taxation a lieu au taux de 9 % sur le prix après abattement de 5 000 000 F CFP. Sur le stock, un taux de 6 % est appliqué, à condition de respecter un certain formalisme;
- en cas de cession des comptes courants d'associés, un droit fixe de 15 000 F CFP est prélevé<sup>2</sup>, mais ce droit fixe se confond en cas de cession conjointe d'actions ou de parts sociales.

## 2. L'imposition au titre des plus-values

La transmission peut générer des conséquences fiscales pour le cédant, puisque les plus-values réalisées peuvent être également taxées. Là aussi, il faut distinguer selon que l'on cède une entreprise individuelle (cession de fonds) ou une société (cession de parts sociales ou d'actions), mais aussi en fonction de la personne qui vend.

En cas de cession par une personne physique, ou de cession par une personne morale « professionnelle » non soumise à l'impôt sur les sociétés, l'imposition de la plus-value de cession dépend de l'objet de la vente. S'il s'agit d'un fonds de commerce, la plus-value réalisée à l'occasion de la cession n'est pas imposée si cette dernière intervient plus de cinq ans après la création du fonds de commerce<sup>3</sup>. Dans le cas contraire, la plus-value est imposée au titre de l'impôt sur le revenu pour 50 % de son montant<sup>4</sup>. Si la cession porte sur un élément d'actif professionnel (notamment un bien immobilier affecté à l'activité professionnelle), la plus-value réalisée lors de la cession est imposable à l'impôt sur le revenu<sup>5</sup>. En revanche, la plus-value réalisée par une personne physique ou morale non soumise à l'impôt sur les sociétés à l'occasion de la cession de parts sociales ou d'actions n'est pas imposable, à ce jour, en Nouvelle-Calédonie.

En cas de cession par une société soumise à l'IS, la situation est plus simple, puisque la plus-value réalisée est en toute hypothèse imposée à l'impôt sur les sociétés dans les conditions de droit commun, que la cession porte sur un fonds de commerce, sur des parts sociales ou sur des actions.

Après avoir relaté les cas de transmission de l'entreprise à titre onéreux, il faut aussi avoir à l'esprit que le chef d'entreprise peut vouloir transmettre à titre gratuit, c'est-à-dire sans contrepartie. Il s'agit alors, dans la quasi-totalité des cas, d'un cadre familial.

## II. LA TRANSMISSION DANS LE CADRE FAMILIAL

### A. L'objectif recherché

Le souhait d'un chef d'entreprise peut également être de transmettre (en totalité ou progressivement) son outil de travail au profit de ses héritiers, et notamment au profit de ceux

<sup>2</sup> Voir art. R. 385 II du CINC.

<sup>3</sup> Voir art. 68-I CINC.

<sup>4</sup> Voir art. 68-II CINC.

<sup>5</sup> Voir art. 18 CINC.

de ses enfants qui veulent (et sont en mesure) de continuer l'œuvre de leur auteur. Il y aura alors à aborder non seulement les règles relatives au droit de l'entreprise et des sociétés, mais également les règles de droit de la famille, ainsi que la fiscalité en cas de transmission à titre gratuit. Il s'agit dans ce domaine de distinguer les droits de donation, générés par un acte de donation ou par une succession, si la transmission de l'entreprise n'a pas été préparée.

### **B. Le déroulement de la transmission**

Nous parlerons ici des cas où le chef d'entreprise est venu consulter le praticien du droit pour anticiper la transmission de son patrimoine professionnel.

Il y aura une phase d'écoute afin de bien déterminer les souhaits et besoins du chef d'entreprise. En effet, celui-ci peut vouloir donner ses biens professionnels, mais aussi avoir besoin de revenus. Des solutions mixtes pourront lui être proposées (une partie sera transmise par vente, une autre partie par donation). Il pourra aussi y avoir tout ou partie de la transmission qui se fera avec réserve d'usufruit. Ainsi, le chef d'entreprise pourra conserver un temps la gouvernance (droit de vote, qualité de gérant), ainsi que les revenus de son entreprise sa vie durant et ceci même au profit de son conjoint.

Le praticien abordera avec lui le domaine des donations, et des garde-fous relatifs à la transmission réservée aux enfants (que l'on ne peut pas complètement déshériter en droit français comme néo-calédonien). Il lui sera alors proposé une donation ou donation-partage (ou donation à enfant unique).

Le cédant pourra également décider d'organiser cette transmission sans que celle-ci intervienne immédiatement : il sera alors orienté vers les dispositions testamentaires, qui ne prendront effet qu'au décès de la personne.

Le chef d'entreprise peut aussi avoir des préoccupations de gouvernance, en donnant le droit de gérer l'entreprise à l'un de ses enfants tout en préservant une certaine égalité entre tous ses enfants. Le domaine du droit des sociétés sera alors abordé avec la mise en place de solutions adaptées (règles de majorité, limitation du droit de vote, droit de vote double, action à dividende gonflé ou à dividende prioritaire, etc.). La boîte à outils juridique est conséquente.

Il est donc nécessaire d'anticiper afin de pouvoir organiser au mieux la situation et ne pas subir une transmission, en particulier en cas de décès.

Cela est d'autant plus important que la fiscalité attachée à la transmission à titre gratuit dépend de l'âge du donateur.

### **C. La fiscalité de la transmission**

Celle-ci est à considérer par rapport aux droits de succession lorsque rien n'est préparé. Les droits de succession en Nouvelle-Calédonie en ligne directe (au profit des enfants) vont jusqu'à un taux de 20 % après abattement de 18 000 000 F CFP par enfant (40 % au profit de neveu ou nièce après abattement de 1 000 000 F CFP). C'est ce qui s'appliquera en cas de succession ou d'application de dispositions testamentaires. D'où l'idée de transmettre de son vivant par donation ou par succession.

Cette transmission maîtrisée permet d'organiser les choses et d'optimiser la fiscalité. En effet :

- la base d'imposition est la valeur vénale des biens donnés au jour de la donation : peu importe la variation de valeur par la suite ;
- en cas de donation avec réserve d'usufruit, le calcul des droits se fera sur la valeur de la nue-propriété des biens transmis, sans taxation de l'usufruit lors de son extinction ;
- les taux des droits de donation sont plus faibles que ceux en matière de succession : après abattement de 18 000 000 F CFP par enfant (pas de taxation en deçà de ce montant), en cas de donation-partage (ou à enfant unique), le taux maximum d'imposition est de 7 % si le donateur a moins de 75 ans au jour de la signature de l'acte de donation ;
- l'abattement de 18 000 000 F CFP se régénère au bout de 6 ans : on peut alors profiter d'un nouvel abattement en cas de nouvelle donation ou dans la succession du donateur ;
- la prise en charge des droits de donation et de tous les frais générés par l'acte par le donateur n'est pas considérée comme une donation complémentaire ;
- on se met à l'abri d'une évolution de la fiscalité applicable en matière de transmission.

Mais dans certains cas, la transmission au profit des enfants peut tout de même être lourde d'un point de vue fiscal. On pourrait alors s'inspirer du droit applicable en métropole et, en particulier, du dispositif Dutreil qui permet, moyennant un engagement de conservation des parts pendant un délai de 5 ans, de réduire la base d'imposition de 75 %. On transmet, mais les héritiers sont tenus de conserver. L'objectif est bien, ici, de pérenniser l'outil de travail dans le patrimoine familial.

Avant de conclure, juste un mot pour signaler la loi de Pays du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak, qui n'est pas encore en application à ce jour, mais qui suscite différentes interrogations quant à son application<sup>6</sup>.

## CONCLUSION

Pour optimiser une transmission, il est donc nécessaire d'anticiper et de préparer celle-ci, que ce soit en direction de ses héritiers ou d'une tierce personne. L'anticipation permettra l'optimisation, sous la limite de la notion fiscale d'abus de droit.

Le droit calédonien en la matière permet une vaste liberté contractuelle dans un domaine qui en a besoin. Une fiscalité maintenue ou modifiée de manière très mesurée, notamment en matière de taxation des plus-values de cession est à espérer.

La question de la taxation de la cession à titre onéreux d'un fonds (notamment de commerce) pourrait utilement être revue, car le taux de 9 % est une entrave certaine à ce mode de transmission qui présente des intérêts à d'autres égards.

<sup>6</sup> Sur cette loi, voir C. Bidaud-Garon, « Éclairage juridique. Aperçu critique de la loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak », *Cahiers du Larje* n° 2018-6, p. 6 ; I. Dauriac, « Quand la loi du pays oublie qu'elle est faite pour les vivants », in *L'Océanie dans tous ses États-Mélanges en l'honneur de Guy Agniel*, RJPENC, 2020, p. 24 : Revue juridique politique et économique de NC - Accueil (rjpec.nc)

La question de la simplification des dispositions du code de commerce relatives à la concurrence en Nouvelle-Calédonie pourrait également être abordée, car son champ d'intervention est vaste, et concerne potentiellement beaucoup de cessions, dans un objectif de redonner une certaine fluidité à la transmission d'entreprise.

Enfin, en matière de transmission familiale, par voie de donation ou de succession, la fiscalité calédonienne peut s'avérer lourde sur l'outil de travail, de sorte que l'on pourrait s'inspirer du dispositif Dutreil qui permet, moyennant un engagement de conservation des parts par les héritiers, de diminuer la base de calcul des droits de donation ou de succession.

### Jenny Buchan

Business School, University of New South Wales, Sydney

56

La franchise est une relation basée sur un contrat entre un franchiseur et ses franchisés. Le franchiseur crée une activité de commerce de détail (par exemple, restauration rapide ou vente de vêtements) ou de services (toiletage pour chiens ou cours de natation). Il crée une marque (comme McDonald's) ou une marque déposée (comme les « arches d'or » de McDonald's). Tous les éléments opérationnels sont consignés par le franchiseur dans des manuels. En vérité, le franchiseur accorde une licence aux franchisés pour exploiter des clones de l'activité de détail du franchiseur.

Reprenant les précisions faites par certains auteurs<sup>1</sup>, on relèvera que :

*La tête de réseau dispose de plusieurs moyens pour développer son réseau. En premier lieu, le franchiseur peut conclure lui-même les contrats de franchise avec l'ensemble des franchisés. [...] En pareille hypothèse, le franchiseur pourra accorder au franchisé le droit d'installer son point de vente dans un local ou sur un territoire déterminé<sup>2</sup> ou encore lui permettre d'installer plusieurs points de vente à l'intérieur d'un territoire donné<sup>3</sup>.*

Dans certains cas, par exemple lorsqu'un franchisé français veut développer sa marque en Nouvelle-Calédonie, il peut nommer un franchisé principal. Le franchiseur principal a la responsabilité de développer la marque du franchiseur sur un territoire. Ce dernier pourrait être la Nouvelle-Calédonie, un pays – comme l'Australie –, ou une province – comme le Québec. Le franchisé principal nomme des franchisés sur le territoire et assume le rôle de franchiseur local. Dans une telle hypothèse, « Le franchiseur donne pouvoir à un franchisé de conclure des contrats de franchise pour son propre compte ou, à tout le moins, de lui présenter des candidats à la franchise »<sup>4</sup>. Il faut préciser que le franchisé unitaire d'un franchisé principal n'a pas de relation contractuelle avec le franchiseur.

La franchise du XXI<sup>e</sup> siècle est donc devenue un arrangement complexe dans le monde des affaires commerciales. Cette complexité est encore plus perceptible depuis que la crise financière globale a créé des tensions pour beaucoup d'entreprises.

Mais, quel que soit le degré de complexité du réseau, le même constat s'impose : la licence entre le franchiseur et le franchisé principal – s'il y en a un – ou les franchisés est un contrat-type qui donne tous pouvoirs à la partie supérieure et laisse autant de risques que possible dans les mains du franchisé. La plupart des « obligations » de la partie supérieure sont

1 C. Grimaldi, S. Méresse, O. Zakharova-Renaud, *Droit de la franchise*, LexisNexis, Paris, 2011, p. 46.

2 On peut parler dans ce cas de « franchisé unitaire ».

3 On peut parler dans ce cas de « multi-franchisé ».

4 C. Grimaldi, S. Méresse, O. Zakharova-Renaud, *op. cit.*, p. 47.

discrétionnaires. La partie inférieure (le franchisé principal ou le franchisé) a de nombreuses obligations et peu de pouvoirs.

On constate ainsi une fragilité des franchisés vis-à-vis des franchiseurs (I), ce qui rend souhaitable un encadrement de la franchise (II).

## I. LA FRAGILITÉ DES FRANCHISÉS VIS-À-VIS DES FRANCHISEURS

Si en apparence le contrat de franchise est un contrat équilibré librement négocié (A), il ne s'agit que d'une illusion (B).

### A. L'apparence d'un contrat équilibré librement négocié

En France, en 2010, le franchisage a fourni du travail à 335 000 salariés et le secteur de la franchise a rapporté plus de 47,89 milliards d'euros, étant précisé qu'en moyenne chaque franchiseur à 39 franchisés. Il est par ailleurs intéressant de relever qu'en France, toujours en 2010, 66 % des franchisés étaient d'anciens salariés<sup>5</sup>. En Australie, une étude de 2016 montre qu'il y avait 1 100 franchiseurs pour 79 000 franchisés et que le franchisage a fourni du travail à 472 000 salariés. En France comme en Australie, ces anciens salariés devenus franchisés apportent avec eux la passion, l'énergie et des fonds, mais perdent les nombreuses protections légales dont ils bénéficiaient en tant que salariés. En effet, le contrat de franchise n'est que très peu encadré par la loi. Pour l'essentiel, il relève de la liberté contractuelle.

Le contrat est donc le « ciment » qui donne sa solidité au mécanisme relationnel de la franchise. Et pour le franchiseur, il ne fait pas de doute que les deux parties sont des entrepreneurs et que les franchisés peuvent négocier des conditions pour se protéger.

Il faut toutefois relever que le contrat de franchise est un contrat particulier. Ainsi, l'avocat en franchise américaine Andrew Selden voit la relation de franchise comme « une alliance stratégique liée par un contrat »<sup>6</sup>. Comme une cour sud-africaine l'a conclu, le franchisage n'est « ni une relation d'emploi ni une relation contractuelle indépendante. Il combine des éléments d'intégration et de délégation, de contrôle et d'indépendance et il est une structure qui prépare le chemin pour des problèmes de relations et d'engagement sans fin planifiée »<sup>7</sup>.

Les contrats de franchise se caractérisent également par le fait qu'il s'agit de contrats relationnels. Dans un contrat relationnel, on assume que les événements prévisibles majeurs qui pourraient fondamentalement changer la relation seront abordés dans le contrat et que d'autres questions seront abordées si elles se présentent. Le contrat de franchise doit rester incomplet pour donner aux franchiseurs la liberté de répondre aux changements du marché au cours du temps. L'incomplétude n'est pas une indication d'élaboration médiocre ou de

<sup>5</sup> Enquête annuelle sur la franchise, Résultats 2010.

<sup>6</sup> A. C. Selden, "Beyond the Law and Contracts: Strategies for Effective Franchise Relationship Self-Management", in E. C. Spencer (ed), 2012, *Relational Rights and Responsibilities: Perspectives on Contractual Arrangements in Franchising*, Bond University Press.

<sup>7</sup> *Cacun Trading n° 24 CC & Others v Seven-Eleven Corporation SA (Pty) Ltd*, unreported case n° 18/IR/Dec 99 in T. Woker, "Franchising – The Need for Legislation", *South African Mercantile Law Journal*, 2005, vol. 17, n° 1, p. 49.

mauvaise planification. Il s'agit d'une incertitude volontaire et perçue comme opportune économiquement.

Il faut néanmoins remarquer qu'une fois que le contrat de franchise passe de la négociation ou de l'exécution au litige, les tribunaux ont des difficultés à calculer quelles étaient les omissions destinées à fournir de la flexibilité.

### **B. L'illusion d'un contrat équilibré librement négocié**

Présenter la franchise comme un contrat équilibré est erroné, car les contrats de franchise ne sont pas négociés. Ce sont des contrats-types rédigés par le franchiseur, la négociation étant minimale. Or les contrats-types sont traditionnellement utilisés par des parties qui occupent une position de force dans la négociation. Ils ont le pouvoir de prescrire les termes sur lesquels ils se préparent à conclure un contrat sur la base de « c'est à prendre ou à laisser »<sup>8</sup>.

Il n'est donc pas étonnant que les contrats de franchise protègent les intérêts du franchiseur, au détriment des franchisés. Certes, le risque est transféré au franchisé, mais le contrôle et la propriété sont conservés par le franchiseur.

Cette ambiguïté, qui fait que le franchisé, bien que chef d'entreprise, est dans la position d'un consommateur souscrivant à un contrat d'adhésion, conduit à une relation très déséquilibrée, au point qu'un juge de Nouvelle-Zélande, Ted Thomas, qui semblait faire référence à un contrat de franchise constatait « l'absurdité commerciale pure de cette affaire tordue » qui conduisait à se poser « la question de savoir *comment cela a-t-il pu se produire ?* »<sup>9</sup>.

Dès lors que l'on accepte de considérer le contrat de franchise comme un contrat d'adhésion, inégalitaire, les principes de liberté contractuelle tout comme le caractère sacré et incontestable du contrat, traditionnellement affirmés dans les pays de *Common Law*, et donc en Australie, se révèlent néfastes pour les franchisés.

Il en va de même de l'incomplétude volontaire des contrats de franchise, évoquée ci-dessus. En effet, les accords de franchise sont rédigés et signés en supposant qu'un franchiseur est en contrôle de son propre avenir, motivé, prospère, honnête et solvable. Ceci n'est pas toujours le cas. Les franchisés peuvent-ils se protéger contre les conséquences du comportement exploiteur, négligent, frauduleux ou criminel d'un franchiseur en négociant simplement mieux les contrats ? La réponse immédiate est « non ».

De plus, un franchiseur n'est pas statique<sup>10</sup>. Il peut être racheté par un fonds d'investissement, ou peut se transformer en une société anonyme après que les franchisés se soient engagés. Cela signifie que « l'environnement » des franchisés va évoluer sans qu'ils aient leur mot à dire. En effet, le franchisé a des options très limitées face à une décision dommageable prise

8 L. Willmott, S. Christensen, D. Butler, B. Dixon, *Contract Law*, Oxford, University Press, South Melbourne, Australia, 3<sup>rd</sup> ed., 2009, p. 583.

9 Bobux Marketing Limited v Raynor Marketing Limited [2001] NZCA, 348, paragraphe 18 (J. Thomas, avis dissident).

10 Voir par ex.: J. Gordon, *Why Burger King Went Public Again*, 21 June 2012. <https://www.blumaumau.org/news-summary/2012/06/21/why-burger-king-went-public-again>

le franchiseur<sup>11</sup>, puisque tenu contractuellement, il reste contraint d'exécuter ses obligations soi-disant négociées.

D'où l'importance d'un encadrement de la franchise, pour protéger le franchisé en position de faiblesse.

## II. L'ENCADREMENT SOUHAITABLE DE LA FRANCHISE

Les franchiseurs recrutent les franchisés potentiels comme s'ils étaient des consommateurs jusqu'à la signature du contrat. À partir de ce moment, arguent-ils, cela devient une relation "business to business". Le franchisé ne peut pas se prévaloir des droits normalement attachés à l'achat d'un produit de consommation ou d'un service. Pourtant, reconnaître de tels droits aux franchisés serait opportun, car ils permettraient de leur accorder des garanties de performance et des remboursements si les biens ou services ne sont pas adaptés à l'usage prévu. L'Australie s'est engagée dans cette voie, mais de façon très modérée (A). Il faudrait aller plus loin encore, en imposant des normes de gouvernance d'entreprises aux franchiseurs (B), et en réglementant davantage les procédures d'insolvabilité dont ces derniers peuvent faire l'objet (C).

### A. Les lois de protection des consommateurs

La politique habituelle en matière de réponse à l'échec d'un contrat dans un contexte de consommation grand public est de fournir des lois qui protègent les consommateurs. Dans la franchise ces lois prennent la forme d'un avant-contrat avec obligations d'information, et/ou de mentions obligatoires dans les contrats.

En 1998, l'Australie a édicté le code de conduite de la franchise, code obligatoire, qui est devenu une loi sur les pratiques commerciales en 2010 (*Trade Practices*), puis en 2014 une loi sur la concurrence et la consommation (*Competition and Consumer Act*). La franchise est maintenant réglementée selon cette loi.

Cette loi, comme la loi Doubin en France<sup>12</sup>, oblige le franchiseur à fournir une information précontractuelle au franchisé potentiel : 14 jours en Australie, 21 jours en France. L'Australie accorde également au franchisé un délai de réflexion et de rétractation de 7 jours après la signature du contrat. Avec des variantes d'un pays à l'autre, l'information peut inclure les détails suivants : l'identité du franchiseur lui-même, ou de son ou ses dirigeants s'il s'agit d'une personne morale, l'activité qu'exercera le franchisé, les détails des marques commerciales, certaines informations financières concernant le franchiseur et une copie de l'accord de franchise. En Australie, la loi demande au franchiseur de fournir une déclaration de solvabilité. Elle offre par ailleurs une résolution de conflit par la négociation ou la médiation avant que les deux parties n'aillent au tribunal. En France, la loi demande une analyse de marché<sup>13</sup>.

11 E. P. M. Croonen, M. J. Brand, "Dutch Druggists in Distress: Franchisees Facing the Complex Decision of How to React to their Franchisor's Strategic Plans", *Entrepreneurship Theory and Practice*, vol. 34(5), 2010, p. 1021.

12 Voir loi n° 89-1008 du 31 décembre 1989, et désormais l'article L. 330-3 du Code de commerce.

13 G. Toulouse, T. Wessing, "Franchise & Distribution Networks", *Newsletter*, no 15, 2<sup>e</sup> trimestre 2018.

« Selon la loi française, l'information révélée doit être sincère et doit permettre à l'autre partie de signer le contrat en toute connaissance des faits »<sup>14</sup>.

L'information précontractuelle peut poser un certain nombre de problèmes.

En effet, le précontrat avec obligation d'information cesse d'être à jour aussitôt que l'accord de franchise est signé. Le franchiseur est alors libre de changer son système à tout moment et le franchisé ne peut pas prévoir ces changements. De plus, l'avant-contrat avec obligation d'information concerne également le franchiseur et l'affaire que le franchisé achète. Mais les franchiseurs d'aujourd'hui sont à la tête de réseaux complexes, dont le franchisé sait peu de choses.

### **B. Les normes de gouvernance d'entreprise**

Des solutions pourraient exister si l'on imposait des normes de gouvernance d'entreprise aux franchiseurs vis-à-vis de leurs franchisés, comme on en impose actuellement aux dirigeants d'entreprises. Aujourd'hui, l'absence de mécanismes de gouvernance d'entreprise signifie que les contrôles habituels qui font que les dirigeants de sociétés ne peuvent avoir des pouvoirs illimités n'existent pas entre franchiseurs et franchisés.

Les problèmes de gouvernance d'entreprise surgissent dans une organisation dès que deux conditions sont présentes. Tout d'abord quand il y a un conflit d'intérêts et ensuite quand le conflit d'intérêts ne peut pas être traité par le contrat<sup>15</sup>. Bien que les conflits d'intérêts abondent entre le franchiseur et ses franchisés, le modèle de franchisage a éludé les problèmes qu'une bonne gouvernance d'entreprise pourrait résoudre parce que les franchisés ne font pas partie de l'entreprise du franchiseur.

Les divisions d'entreprise avec des fonctions différentes imposent aux sociétés et aux groupes d'entreprises plusieurs obligations : des contrôles mutuels, des niveaux d'autorité visibles et une structure de gestion<sup>16</sup>, le tout soutenu par des principes de gouvernance d'entreprise et par une législation étroitement surveillée par des régulateurs. Ces contrôles mutuels réduisent la possibilité pour les intérêts de la majorité d'exploiter les actionnaires minoritaires et prescrivent des devoirs aux dirigeants, des solutions pour les actionnaires, l'obligation d'information publique, des audits, des dirigeants indépendants, des lois sur les valeurs mobilières et des procédures d'insolvabilité<sup>17</sup>.

Les principes de gouvernance d'entreprise de l'OCDE (« les Principes »), qui se concentrent sur les problèmes de gouvernance qui résultent de la séparation entre la propriété et le contrôle, suggèrent que les franchisés, bien que n'ayant qu'une relation contractuelle avec le

14 Voir article 1 de la loi du 31 décembre 1989, cité par M. Abell, *The Law and Regulation of Franchising in the EU* Edward Elgar, 2013, p. 94 (voir désormais articles L. 330-3 et R. 330-1 du Code de commerce).

15 R. P. Austin and I. M. Ramsay, *Ford's Principles of Corporations Law*, LexisNexis, Butterworths, 13<sup>e</sup> ed., 2007, p. 317, citant O. Hart, "Corporate Governance: Some Theory and Implications", 1995, *Economic Journal*, n° 105, p. 678.

16 J. Lessing, "The Checks and Balances of Good Corporate Governance", *Corporate Governance eJournal*. [En ligne], 2009. Disponible sur : <https://egej.scholasticahq.com/article/6914-the-checks-and-balances-of-good-corporate-governance>

17 J. Lessing, *op. cit.*

franchiseur, devraient néanmoins être intégrés dans la gouvernance d'entreprise du franchiseur. Le quatrième principe déclare en effet qu'un :

*[...] régime de gouvernance d'entreprise doit reconnaître les droits des différentes parties prenantes à la vie d'une société tels qu'ils sont définis par le droit en vigueur ou par des accords mutuels, et encourager une coopération active entre les sociétés et les différentes parties prenantes pour créer de la richesse et des emplois et assurer la pérennité des entreprises financièrement saines.<sup>18</sup>*

Bien sûr, tous les intervenants dans le réseau de franchise n'ont pas vocation à devenir le décideur clé ni à être impliqués dans la gouvernance de haut niveau. La gouvernance de haut niveau doit rester un rôle réservé aux franchiseurs. Cependant, avec le droit de gouvernance vient la responsabilité de garantir que les décisions prises par le franchiseur et les administrateurs sont en accord avec la bonne gouvernance et ne portent pas atteinte aux affaires des franchisés.

### **C. Les procédures d'insolvabilité**

La solvabilité du franchiseur est critique pour ses franchisés. Or, la loi ne satisfait pas les intérêts des franchisés correctement ou de façon prévisible si l'affaire de leur franchiseur échoue.

L'interdépendance du franchiseur et du franchisé qui partagent une affaire ainsi que le modèle des relations contractuelles qui lie le réseau de franchise sont des forces qui deviennent des faiblesses pour des franchisés si un franchiseur échoue.

Le droit des procédures d'insolvabilité, qui a fixé la liste des créanciers protégés longtemps avant que le franchisage ne devienne populaire, montre l'étendue de la vulnérabilité des franchisés. Les procédures d'insolvabilité sont un ensemble de procédures statutaires par lesquelles une société peut passer d'une situation de stress financier à une résolution de ce stress. Dans la première étape, appelée la période d'observation, un administrateur est nommé pour déterminer si la société (1) peut rester sous le contrôle de ses dirigeants, (2) doit être restructurée tout en restant sous le contrôle des dirigeants, ou (3) doit être mise en liquidation<sup>19</sup>. Si l'option 3 est choisie, l'administrateur devient immédiatement le liquidateur et procède à la liquidation de la société. Le rôle du liquidateur est de disposer des actifs de la société en liquidation et de payer ses créanciers.

Cependant, dans la plupart des cas, les franchisés ne sont pas des créanciers du franchiseur, au sens où ils n'ont pas de créance à déclarer. Ils se retrouvent assez dépourvus lorsqu'une procédure collective est ouverte à l'encontre de leur franchiseur.

Le problème est d'autant plus gênant que les avocats experts dans le domaine de la franchise s'accordent à reconnaître un fort taux d'échec des franchiseurs<sup>20</sup>. En France, entre 1992 et

18 *OECD Principles of Corporate Governance*, 2004, <http://www.oecd.org/dataoecd/32/18/31557724.pdf>.

La version française : <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264269514-fr.pdf?expires=1594972727&id=id&accname=guest&checksum=4D7305884688874E4BB5EB8F68E556E2>

19 <http://www.asic.gov.au/asic/ASIC.NSF/byHeadline/Resources#4>

20 À titre d'exemple, le *Franchise Council of Australia's annual conference legal day* a tenu chaque année une réunion consacrée à la faillite des franchiseurs, entre 2006 et 2009.

2002, seulement 42,13 % des réseaux de franchise ont survécu<sup>21</sup>. Les chiffres pour l'Australie de 1999 à 2012 ne sont pas meilleurs.

Pourquoi les franchiseurs échouent-ils ? On peut recenser vingt-trois causes des échecs des franchiseurs :

- d'un manque de fonds suffisants,
- d'un mauvais sens des affaires,
- de l'incapacité d'échapper à la concurrence intense dans des secteurs où les barrières d'entrée sont basses,
- de la fraude ou de la conduite criminelle de la direction du franchisé,
- d'un soutien insuffisant apporté aux franchisés,
- d'une mauvaise sélection du franchisé,
- d'un conflit franchisé-franchiseur persistant,<sup>22</sup>
- d'un échec de la société mère,
- d'une insolvabilité stratégique,
- d'une tentative infructueuse d'expansion dans un autre pays,
- d'un litige avec les franchisés,
- d'un plan de contournement fiscal illégal camouflé en une franchise,
- de la nomination d'un franchisé principal... ce qui donne à un tiers l'autorité de développer et de représenter le franchisé sans les compétences requises ou la même la passion,
- de l'absence de standards de conformité internes et une tolérance à accepter des franchisés non conformes,
- d'une très large répartition géographique de franchisés, mais en trop petits nombres, avec donc tous les coûts d'entretien d'un réseau national sans ses avantages économiques,
- de l'incapacité de fortifier le réseau avec un nouveau produit ou de l'innovation,
- d'une communication et un processus de gestion de plaintes faibles,
- d'une croissance trop rapide,
- des franchisés principaux trop concentrés sur la vente de franchises plutôt que dans l'assistance nécessaire aux franchisés,
- d'une médiocrité des standards de recrutement et des règles,
- d'un manque de contrôle détaillé et de *benchmarking*<sup>23</sup>,
- d'une sursaturation du marché,
- d'un nouveau propriétaire ne comprenant pas l'activité ou le franchisage.

Le point commun de ces différentes sources d'échec est que ce sont les franchiseurs, et non les franchisés, qui en sont à l'origine.

Parmi ces différentes causes d'échec, il en est une qui mérite davantage de développements. Il s'agit de l'hypothèse d'une insolvabilité – ou d'une procédure collective – stratégique.

---

21 R. Perrigot et G. Cliquet, "Survival of Franchising Networks in France from 1992 to 2002", (article présenté à la 18<sup>e</sup> conférence annuelle de la société internationale de la franchise, Las Vegas, Nevada, 6-7 mars 2004).

22 Voir J. Stanworth, D. Purdy and S. Price, "Franchise Growth and Failure in the USA and the UK: a Troubled Dreamworld Revisited", *Franchising Research: An International Journal*, n° 75, 1997, 2(2), p. 78-79.

23 S. Giles and R. Young, "The Rise and Fall of Stockmans Australian Cafes", *FCA Visions Newsletter* (Melbourne), August 2005.

L'insolvabilité peut en effet faire partie d'une stratégie d'affaires réfléchie. Elle fournit une occasion de résoudre des problèmes opérationnels ou financiers et d'en ressortir en tant que société plus viable<sup>24</sup>. Dans cette logique, les franchiseurs demandent l'ouverture d'une procédure collective pour éviter ou reporter les conséquences d'un litige important avec le franchisé<sup>25</sup>. Une fois de plus, ceci échappe au contrôle des franchisés, qui se retrouvent en outre démunis face à la procédure collective des franchiseurs. En effet, en général, l'insolvabilité du franchiseur ne donne pas aux franchisés la capacité de mettre fin à l'accord de franchise ou aux contrats avec des tiers. Contrairement à un salarié (qui bénéficie d'une protection statutaire) ou à un fournisseur (qui souvent bénéficie d'une protection négociée contractuellement), les franchisés ont peu de choix. Ils doivent continuer à adhérer à l'accord de franchise et continuer de respecter en amont et en aval leurs obligations contractuelles.

Cinq raisons expliquent en outre pourquoi les franchisés ne poursuivent pas un franchiseur insolvable :

- le franchiseur n'a pas rompu le contrat en devenant insolvable. Le contrat ne mentionne pas la solvabilité du franchiseur comme condition de poursuite du contrat<sup>26</sup>,
- le droit des contrats n'a qu'une efficacité limitée. Le recours contractuel en paiement de dommages et intérêts est une solution inutile contre une partie qui n'a pas de biens,
- les pouvoirs donnés aux administrateurs et aux liquidateurs selon le *Corporations Act* résultent de la loi,
- l'insolvabilité du franchiseur ne libère pas les franchisés de contrats signés entre les franchisés et d'autres parties,
- personne, sinon le liquidateur, ne peut engager de poursuites contre une partie faisant l'objet de la procédure sans le consentement du tribunal.

Face à cette situation de fait, qui se révèle défavorable aux franchisés, l'attention portée par le législateur est trop limitée. Le même constat s'impose pour la doctrine, qui concentre trop ses recherches sur les acteurs des réseaux de franchise, et sur les relations des uns avec les autres, sans prendre suffisamment en considération la complexité du système de franchise.

Si intervention du législateur il y avait, un des grands défis à relever serait d'édicter des normes opportunes pour les différentes parties prenantes alors que, mis à part l'intérêt commun de générer des bénéfices, les intérêts des différents acteurs sont rarement alignés. De fait, indépendamment du réseau ou du système dont ils font partie, tant les franchiseurs que les franchisés ont des objectifs différents, des responsabilités différentes, prennent des risques différents, ont des croissances différentes et disposent de stratégies de sortie différentes. Une conséquence de la séparation entre propriété et contrôle est que les franchisés doivent faire face à des menaces majeures sur lesquelles ils n'ont actuellement aucun contrôle et aucun droit légal.

Un dernier obstacle à une intervention efficace du législateur est le manque de données fiables qui lui permettrait de choisir en connaissance de cause la meilleure réglementation possible.

<sup>24</sup> S. B. Foster and C. Johnsen, "The War of the Worlds: Bankruptcy Versus...", (présenté à la *American Bar Association, 28th Annual Forum on Franchising*, Floride, 19-21, octobre 2005).

<sup>25</sup> C. R. Tractenberg, "What the Franchise Lawyer Needs to Know About Bankruptcy", *Franchise Law Journal*, (3)20, 2000-2001, p. 3.

<sup>26</sup> En France, il est en toute hypothèse interdit de rompre un contrat pour ouverture d'une procédure collective, et toute clause qui le permettrait est réputée non écrite. Voir art. L. 622-13 C. com.

### III. QUE PEUT APPRENDRE LA NOUVELLE-CALÉDONIE DE L'EXPÉRIENCE DE L'AUSTRALIE ?

Une réglementation existe en Australie depuis 1998 et, cependant, ce pays n'a toujours pas un droit équilibré. Depuis 1976, 17 enquêtes gouvernementales ont été menées dans le domaine de la franchise. L'information précontractuelle est utile, mais celle de l'Australie pourrait être plus informative pour les franchisés et moins lourde pour les franchiseurs.

À ce titre, il est possible de suggérer deux évolutions de la réglementation. D'abord, la réglementation devrait fournir une protection efficace contre les risques sérieux et les menaces que les franchisés en tant que consommateurs d'affaires ne peuvent pas supporter en tant qu'individus<sup>27</sup>. Ensuite, il devrait exister une réparation accessible, opportune<sup>28</sup> et significative lorsque ce consommateur particulier a subi un préjudice. C'est pourquoi je suggérerais qu'en plus d'une information précontractuelle, la Nouvelle-Calédonie réglemente la franchise en adoptant les mesures suivantes :

- imposer la divulgation du réseau complet incluant l'identité de toutes les entités juridiques et le rôle de chacune,
- imposer l'enregistrement par les franchiseurs de leurs documents d'information et des copies de l'accord sur une base de données librement accessible. Ceci fournirait ainsi des données aux législateurs et aux conseillers, tels que les avocats,
- étudier une façon de fournir une véritable protection aux franchisés une fois que l'accord a été signé et l'activité établie. Ceci pourrait se faire en étendant les exigences de bonne gouvernance,
- demander que lorsqu'un litige survient en Nouvelle-Calédonie, il soit résolu par une résolution de conflit telle que la conciliation, en Nouvelle-Calédonie. La distance avec la France est trop grande pour espérer que les franchisés aillent y résoudre leurs litiges,
- fournir des droits de sortie explicites pour les franchisés lorsque les franchiseurs ou les franchiseurs principaux sont insolvables. Il y a de fortes chances que l'activité prospère une fois délestée du poids d'un franchiseur surendetté.

### CONCLUSION

La législation rattrape le modèle économique complexe de la franchise, en constante évolution. Elle doit mûrir en même temps que le modèle économique de la franchise évolue. Une réglementation de la franchise efficace exige une compréhension des risques et des rôles assumés par les franchiseurs, les franchiseurs principaux et les franchisés, ainsi qu'une compréhension de leur capacité à mesurer ces risques avec précision ou à les atténuer.

La franchise n'entre pas précisément dans les cadres légaux existants. Tant que la législation traite la franchise comme une relation commerciale simple, bipartite et basée sur un contrat, elle n'atteindra pas son objectif.

27 Commission of the European Communities, EU Consumer Policy Strategy 2007 - 2013 Empowering Consumers, Enhancing their Welfare, Effectively Protecting them (2007) : <http://aei.pitt.edu/42562/>

28 Australian Government Productivity Commission, "Review of Australia's Consumer Policy Framework", *Productivity Commission Report*, n° 45 vol. 2, XV, 2008.

## **II. ENTREPRISE ET COUTUME**

## QUELLES STRUCTURES JURIDIQUES DE DROIT COMMUN POUR LES ENTREPRENEURS DE STATUT COUTUMIER ?

**Matthieu Buchberger**

Université de la Nouvelle-Calédonie

L'entrepreneuriat des personnes de statut coutumier est aujourd'hui une réalité. Qu'il s'agisse d'activités agricoles, touristiques, minières, ou de service, qu'ils interviennent sur terres coutumières ou en dehors des terres coutumières, les Kanak<sup>1</sup> sont devenus entrepreneurs. Le droit, et plus particulièrement le droit des affaires, se doit d'accompagner ce mouvement, pour favoriser le développement de ces entreprises<sup>2</sup>. En de rares occasions, le défi a été relevé. L'instauration d'un fonds de garantie pour favoriser le financement des entreprises sur terres coutumières en est l'illustration la plus évidente<sup>3</sup>. Cette création était nécessaire en raison du statut particulier des terres coutumières, soumises à la règle des « 4 i »<sup>4</sup>, qui interdit de les utiliser pour garantir un prêt. Mais les interventions législatives au soutien des entreprises kanak restent embryonnaires, voire décevantes, comme l'est la récente loi du pays sur les successions coutumières qui ne permet pas d'assurer aux transmissions d'entreprises kanak la sécurité juridique dont elles ont besoin<sup>5</sup>. Cet immobilisme législatif ne serait qu'à demi condamnable si le droit positif offrait aux activités économiques des personnes de statut coutumier, un encadrement juridique, sinon parfait, du moins satisfaisant. Or, bien au contraire, le droit applicable aux entreprises kanak est loin d'offrir la clarté et la sécurité qui leur sont pourtant indispensables. Ce constat est particulièrement évident si l'on se focalise sur la possibilité pour les entrepreneurs de statut coutumier de recourir aux structures juridiques de droit commun.

L'expression « structures juridiques de droit commun » doit être précisée. Elle renvoie aux « prêts-à-porter juridiques », prévus par le droit métropolitain et/ou par le droit calédonien, qui organisent juridiquement le fonctionnement des entreprises. Autrement dit, les structures juridiques de droit commun sont celles qui sont prévues par les droits applicables en Nouvelle-Calédonie, autres que le droit coutumier.

Dans les cas les plus simples – celui des entrepreneurs individuels – la structure juridique se limite à un statut juridique – celui de commerçant, d'artisan, de professionnel libéral, ou d'agriculteur – auquel s'ajoute le cas échéant l'existence d'un fonds, le plus souvent « de commerce ».

1 Mot invariable.

2 I. Dauriac, « Pluralisme juridique et développement économique », in N. Vignal (dir.), 2018, *Le droit économique en Nouvelle-Calédonie*, PUAM, p. 101.

3 Voir la délibération n° 71/CP du 21 octobre 2011 portant création d'un fonds de garantie pour le développement des terres coutumières, *JONC*, n° 8706 du 1<sup>er</sup> novembre 2011, p. 8 222

4 Les terres coutumières sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables (art. 18 de la loi organique du 19 mars 1999).

5 Voir C. Bidaud-Garon, « Aperçu critique de la Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak », *Cahiers du Larje*, n° 2018-6, déc. 2018, p. 6.

Pour les entreprises plus complexes, l'organisation juridique prend la forme d'un groupe-ment, et en particulier d'une société, commerciale ou civile<sup>6</sup>, dont la création, le fonctionne-ment et la disparition sont encadrés par la loi.

La pratique montre que les personnes de statut coutumier ont recours à ces structures juri-diques de droit commun. Les entrepreneurs kanak s'immatriculent au RCS lorsqu'ils sont commerçants et au répertoire des métiers s'ils sont artisans. Certaines décisions de justice évoquent même l'existence d'un fonds de commerce détenu par des personnes de statut cou-tumier<sup>7</sup>, sans que le recours à ce bien particulier ne semble toutefois généralisé. Il est en revanche incontestable que les personnes de statut coutumier ont recours à des sociétés de droit commun, parfois dans le cadre de montages complexes<sup>8</sup>.

Les entrepreneurs de statut coutumier ont donc pour habitude d'avoir recours aux structures juridiques de droit commun. Mais le peuvent-ils ? La question doit être posée, au risque de faire passer une fois de plus le juriste pour un gêneur aux yeux des entrepreneurs. Mieux vaut en effet anticiper les difficultés juridiques avant tout litige, pour y remédier, plutôt que de les subir une fois le conflit né.

Or, des améliorations peuvent être apportées pour sécuriser l'usage des structures juridiques de droit commun par les entrepreneurs de statut coutumier. Car, en l'état actuel du droit, cette sécurité juridique n'est pas assurée. La « faute » en revient à l'un des textes les plus essentiels en Nouvelle-Calédonie : la loi organique du 19 mars 1999, adoptée dans la foulée de l'accord de Nouméa.

Ce texte contient en effet, outre les règles répartissant les compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et les provinces<sup>9</sup>, celles qui délimitent le domaine d'application de la cou-tume kanak. Selon l'article 7 de la loi organique, la coutume régit les personnes de statut civil coutumier « en matière de droit civil », expression que la Cour de cassation interprète comme une référence à « l'ensemble du droit civil »<sup>10</sup>, tel que délimité par le droit calédonien<sup>11</sup>. On en déduit généralement que la coutume est compétente non seulement pour les questions

6 Il est également possible d'avoir recours à un groupement d'intérêt économique (GIE) ou à une association.

7 Une référence à un fonds de commerce exploité à Poum, dans la tribu de Tiabet, est ainsi faite dans un arrêt de la Cour d'appel de Nouméa du 29 juillet 2004 (RG 292/2003). Une décision de la section de Koné du TPI de Nouméa fait également référence à un fonds de commerce à propos d'une épicerie exploitée à Pouébo dans la tribu de Yambé (voir TPI Nouméa, sect. Koné, ordonnance de référé du 5 septembre 2006, RG 06-19. Voir également le jugement définitif dans la même affaire : TPI Nouméa, sect. Koné, 18 novembre 2008, RG n° 06-00363).

8 Voir *infra*.

9 La Nouvelle-Calédonie est subdivisée en trois provinces : la province Sud, la province Nord, et la province des Îles Loyauté (Lifou, Maré, Ouvéa) : art. 1<sup>er</sup> de la loi organique du 19 mars 1999.

10 C. cass., 16 déc. 2005, avis n° 005 0011, Bull. civ. 2005, avis n° 9, p. 13 ; BICC n° 637, 1<sup>er</sup> avr. 2006 ; RTD civ. 2006, p. 516, obs. P. Deumier ; Rev. jur. politique et éco. de Nouvelle-Calédonie, 2006/1, n° 7, p. 40, note P. Frezet, p. 42, note L. Sermet ; LPA 17 oct. 2006, n° 207, p. 11, note C. Pomart ; C. cass., 15 janv. 2007, avis n° 007 0001, Bull. civ. 2007, avis n° 1, p. 1 ; BICC 1<sup>er</sup> avr. 2007, n° 658 ; Rev. jur. politique et éco. de Nouvelle-Calédonie, 2007/1, n° 9, p. 68, note L. Sermet ; *Dr. et cultures*, 54, 2007/2, p. 203, note P. Frezet.

11 Voir R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, LGDJ, 2010, spéc. p. 125 et p. 139. Cette affirmation, selon laquelle la référence au droit civil s'entend du droit civil tel que délimité par le droit calédonien, et non par la coutume, est cependant discutée : voir E. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak », *Dr. et cultures*, 2009/2, p. 151, spéc. n° 41.

relatives à la famille (mariage, filiation, successions...), mais également pour les contrats<sup>12</sup> et la responsabilité extra-contractuelle<sup>13</sup>. Le domaine de la coutume est toutefois limité par l'article 9 de la loi organique, qui en écarte l'application au profit du droit commun<sup>14</sup> dans les rapports mixtes, c'est-à-dire entre une personne de statut civil coutumier et une personne de statut civil de droit commun. Par ailleurs, l'article 18 de la loi organique soumet deux types de biens à la coutume : les terres coutumières, d'une part, et, d'autre part, les biens qui y sont situés, à condition qu'ils appartiennent à des personnes ayant le statut civil coutumier.

L'usage des outils juridiques de droit commun n'est possible qu'en dehors du domaine d'application de la coutume. Cet usage est en revanche exclu, même sur option ponctuelle, lorsque la coutume est applicable.

Or, au regard des textes qui délimitent le domaine de la coutume, il est peu probable que les personnes de statut coutumier puissent avoir recours à l'ensemble des structures juridiques de droit commun, qu'ils exercent leur activité à titre individuel (I) ou par le biais de sociétés (II).

## I. LES STRUCTURES JURIDIQUES APPLICABLES AUX ENTREPRENEURS INDIVIDUELS DE STATUT COUTUMIER

Parmi les nombreuses entreprises sur terres coutumières, beaucoup sont de tailles modestes et ne sont le fait que d'individus qui n'ont recours à aucun groupement. D'après messieurs Herrenschmidt et Le Meur, qui ont consacré un ouvrage à la politique foncière et aux dynamiques coutumières, les entreprises agricoles sont les plus fréquentes, qu'elles aient pour objet la culture de fruits et légumes ou l'élevage<sup>15</sup>. Mais à côté de ces entreprises traditionnelles, se développent également des entreprises axées vers le tourisme.

Ces entreprises, créées par des personnes de statut coutumier, utilisent des structures juridiques de droit commun. En particulier, elles ont recours aux mêmes statuts professionnels que ceux des autres entrepreneurs de Nouvelle-Calédonie, et certains commerçants kanak

12 R. Lafargue, *op. cit.*, p. 130, citant TPI Nouméa, section Koné, 18 novembre 2008, RG n° 06/363, jugement coutumier n° 330/08, GDPL Soweje et a. c/ Euritein.

13 Voir C. cass. 15 janv. 2007, préc. ; Cass. crim., 30 juin 2009, Bull. crim. n° 139 ; JCP G 2009, n° 44, 384, 2<sup>nd</sup>e esp., obs. É. Cornut ; Cons. Const., 2013-678 DC du 14 novembre 2013. Sur cette question, voir notamment : É. Cornut, « Un contentieux coutumier émergent : les intérêts civils », in É. Cornut et P. Deumier, dir., 2018, *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Presses Universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), 2018, p. 144, spéc. p. 145.

14 La question se pose de l'identification de ce « droit commun » auquel il est renvoyé. S'agit-il du droit applicable en métropole ou du droit tel qu'il s'applique en Nouvelle-Calédonie ? L'enjeu est d'autant plus important que la Nouvelle-Calédonie étant désormais compétente en droit civil, les divergences entre le « droit commun étatique » et le « droit commun calédonien » n'auront de cesse de s'accroître. La solution la plus opportune de notre point de vue serait de considérer que le droit commun auquel il est renvoyé est le droit commun de la Nouvelle-Calédonie. Considérant qu'en l'état actuel des textes, c'est la solution inverse qui doit l'emporter : É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », *Journal du droit international* (Clunet) n° 1, janvier 2014, doct. 3, spéc. n° 28.

15 Voir J.-P. Herrenschmidt et P.-Y. Le Meur, *Politique foncière et dynamiques coutumières en Nouvelle-Calédonie et dans le Pacifique*, 2016, p. 50 et s. <https://www.documentation.ird.fr/hor/fdi:010069086>.

semblent se prévaloir de l'existence d'un fonds de commerce<sup>16</sup>. Mais ces emprunts au droit commun sont-ils légaux ? Sont-ils conformes à ce que prévoit la loi organique ? La réponse n'a rien d'évident, tant en ce qui concerne l'application des statuts professionnels (A), que du recours à un fonds de commerce (B).

### A. Le statut professionnel de l'entrepreneur individuel

Doit-on considérer que les personnes de statut coutumier qui exercent une activité professionnelle non salariée sont soumises à nos classifications classiques des entrepreneurs qui distinguent les commerçants, les artisans, les agriculteurs et les professions libérales ? L'enjeu est de taille. Répondre par l'affirmative conduit à soumettre ces professionnels à toutes les règles prévues par le droit commun. Répondre par la négative confie à la coutume le soin d'organiser ces professions.

La question est d'autant plus complexe que l'expression même d'entrepreneur individuel, expression non juridique qui englobe toutes les professions indépendantes, ne s'applique pas sans discussion à l'exercice d'une activité économique par les personnes de statut coutumier. Des précisions doivent donc être apportées quant à la possibilité pour les personnes de statut coutumier d'être des entrepreneurs (1) avant d'envisager leur soumission aux statuts professionnels de droit commun (2).

#### 1. Statut coutumier et qualité d'entrepreneur individuel

Si l'on peut hésiter à qualifier d'entrepreneur une personne de statut coutumier, c'est que le clan et la tribu auxquels il appartient jouent presque toujours un rôle dans l'activité exercée. *A minima*, ils interviennent pour l'autoriser<sup>17</sup>. *A maxima*, l'activité est en réalité exercée par plusieurs membres du clan ; les projets économiques étant l'œuvre de « microréseaux infraclaniques »<sup>18</sup>. De plus, en toute hypothèse, les obligations de solidarité coutumières font que les gains d'une entreprise, voire même ses actifs, ne sont parfois pas conservés au profit de celle-ci, mais utilisés pour les besoins d'autres membres du clan ou de la tribu, ce qui peut conduire à l'échec de l'activité<sup>19</sup>.

Cette réalité sociologique n'exclut toutefois pas l'existence d'entrepreneurs individuels d'un point de vue juridique. Si les membres du clan ou de la tribu agissent sur un pied d'égalité, ils peuvent être qualifiés de co-entrepreneurs. À défaut, les statuts de conjoints-collaborateurs ou de salariés pourraient rendre compte de cette participation à l'activité de l'entrepreneur individuel<sup>20</sup>. L'exercice d'une activité au sein d'un clan ou d'une tribu est donc compatible avec la qualité d'entrepreneur individuel.

16 Voir *supra*.

17 Voir I. Dauriac, art. préc., spéc. n° 21, p. 114.

18 Voir J.-P. Herrens Schmidt et P.-Y. Le Meur, *op. cit.*, p. 89.

19 Pour des exemples, voir J.-P. Herrens Schmidt et P.-Y. Le Meur, *op. cit.*, p. 61. Ces auteurs relatent le témoignage d'un entrepreneur qui a renoncé à son statut coutumier pour échapper aux obligations de la coutume (*ibid.*, p. 65).

20 Encore faudrait-il, pour le statut de conjoint-collaborateur, que l'on puisse considérer qu'il est applicable aux personnes de statut coutumier, ce qui renvoie à la question de l'application des statuts professionnels de droit commun : voir *infra*.

Mais encore faut-il que ces entrepreneurs individuels soient soumis aux statuts professionnels – commerçants, artisans, agriculteurs et professionnels libéraux – prévus par le droit commun.

## 2. Statut coutumier et statuts professionnels de droit commun

Concernant la possibilité pour les entrepreneurs de statut coutumier d'être soumis aux statuts professionnels, les dispositions de la loi organique du 19 mars 1999 sont source d'incertitudes. On rappellera à ce propos que, selon l'article 7 de cette loi, les personnes de statut coutumier sont régies par la coutume « en matière de droit civil ».

La référence au droit civil écarte toute difficulté pour les commerçants de statut coutumier. Le droit commercial n'est évidemment pas du droit civil et échappe à ce titre à la coutume. Un commerçant kanak doit donc s'immatriculer au RCS et respecter les obligations qui pèsent sur tous les commerçants, tout en bénéficiant des mêmes droits. En revanche, les autres professions indépendantes sont des professions civiles. Doit-on en déduire qu'elles relèvent du droit civil, et donc de la coutume ?

Les avis de la Cour de cassation de 2005 et 2007, qui adoptent une interprétation extensive du domaine de la coutume, pourraient plaider en ce sens<sup>21</sup>. La coutume serait donc compétente pour déterminer les conditions pour exercer les professions d'artisan, d'agriculteur ou de professionnel libéral, et les obligations auxquelles elles sont soumises. Dans les rapports mixtes, en application de l'article 9 de la loi organique, on peut penser que le droit commun continuerait de s'appliquer, ce qui impliquerait que celui qui se présente comme agriculteur, artisan ou professionnel libéral remplisse les conditions, notamment de diplômes, requises pour exercer une profession indépendante. Mais l'activité d'un professionnel indépendant de statut coutumier qui n'exercerait qu'à l'égard d'autres personnes de statut coutumier ne serait soumise qu'à la coutume.

Ce raisonnement n'est pas sans réplique. Il accorde sûrement une portée excessive à l'article 7 de la loi organique. À notre sens, la « matière du droit civil » ne doit pas englober les professions civiles. Pour l'essentiel, le droit civil vise les règles qui figurent dans le code civil. C'est du moins l'interprétation qui semble s'être imposée lors des réflexions menées à propos du transfert de la compétence en droit civil à la Nouvelle-Calédonie<sup>22</sup>, et qui devrait prévaloir également pour délimiter le domaine de la coutume, sauf à considérer que le domaine du droit civil est à géométrie variable. Par conséquent, les professions civiles, qui sont réglementées par des textes extérieurs au code civil, échappent au domaine de la coutume.

Cette conclusion n'est pas sans inconvénient en ce qu'elle impose le respect du droit commun à tout professionnel coutumier, elle pourrait conduire à exiger des « guérisseurs » coutumier

<sup>21</sup> C. cass., 16 déc. 2005, avis n° 005 0011, préc. ; C. cass., 15 janv. 2007, avis n° 007 0001, préc.

<sup>22</sup> Voir en particulier : R. Cabrillac, « Étude réalisée à la demande du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie relative au transfert de compétences de l'État à la Nouvelle-Calédonie en droit civil opéré dans le cadre de l'article 21-III de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 », 2008, n° 59, p. 32.

l'obtention d'un diplôme de médecine, sans quoi les intéressés seraient susceptibles de poursuites pour exercice illégal de la médecine<sup>23</sup>.

En l'absence de toute jurisprudence sur ces questions, on ne peut que rester prudent quant au statut professionnel des entrepreneurs de statut coutumier. La même retenue s'impose concernant la possibilité de leur reconnaître la jouissance de certains biens professionnels, et en particulier celle d'un fonds de commerce.

### **B. Les biens professionnels : l'exemple du fonds de commerce**

Bien que le fonds de commerce ne soit pas l'unique fonds professionnel, lui seul retiendra notre attention. En effet, contrairement à la métropole, il n'existe pas en Nouvelle-Calédonie de fonds artisanal ou de fonds agricole, faute de transposition des textes qui les prévoient<sup>24</sup>. Quant au fonds libéral, s'il a été consacré par la jurisprudence au début des années 2000<sup>25</sup>, il n'a pas à ce jour connu de véritable engouement, que ce soit en métropole ou en Nouvelle-Calédonie.

On écartera aussi la question du statut d'Entrepreneur Individuel à Responsabilité Limitée (EIRL) qui, faute d'une transposition de son décret d'application, est considéré comme non applicable en Nouvelle-Calédonie.

Le fonds de commerce présente l'avantage, en tant qu'universalité de fait, de réunir l'ensemble des biens meubles susceptibles d'attirer la clientèle. Il comprend des biens corporels (stocks et matériel) et des biens incorporels (enseigne, nom commercial, bail commercial, droits de propriété intellectuelle, licences et autorisations...).

Ce fonds de commerce, dont en principe tout commerçant est titulaire<sup>26</sup>, facilite la transmission d'entreprise puisqu'il permet de céder « en un seul bloc » l'ensemble des biens qui attirent la clientèle, à l'exclusion des dettes, sauf rares exceptions<sup>27</sup>. De plus, la location-gérance du fonds de commerce permet de faire face à des situations de crise, notamment lorsque le commerçant décède sans laisser d'héritier apte à poursuivre immédiatement l'exploitation. Enfin, son nantissement favorise l'obtention de crédits auprès des banques.

23 Cette question renvoie à la place de la médecine traditionnelle en Nouvelle-Calédonie. Sur cette question, voir G. Nicolas (dir.), 2017, *Droit de la santé en Nouvelle-Calédonie. De la médecine traditionnelle à la bioéthique*, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), 2017. Depuis une loi du pays n° 2019-1 du 14 janvier 2019 modifiant le livre IV de la partie législative de l'ancien code de la santé publique applicable en Nouvelle-Calédonie (profession de santé), le titre premier de ce livre est consacré aux « médecines kanak et océaniques ». Si ce nouveau titre laisse présager d'une reconnaissance de la médecine traditionnelle, il ne contient toutefois pour l'instant aucune disposition.

24 Ni la loi du 5 juillet 1996 qui consacre l'existence du fonds artisanal (voir art. 22 de cette loi) ni celle du 5 janvier 2006, qui crée le fonds agricole (voir art. L. 311-3 Code rural et de la pêche maritime) ne sont applicables en Nouvelle-Calédonie. Le code de commerce de Nouvelle-Calédonie fait cependant référence au fonds artisanal à l'article L. 145-1 C. com. Il est cependant difficile d'en déduire une consécration du fonds artisanal, puisque d'autres textes de ce code prennent soin de ne pas employer cette expression. Ainsi, l'article L. 144-1 évoque 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 ».

25 Cass. 1<sup>re</sup> civ. 2 mai 2001, n° 99-11336, JCP G, II, 10062, note O. Barret.

26 Il existe des exceptions, notamment lorsqu'un commerçant ne fait qu'exploiter le fonds de commerce d'autrui, comme, par exemple, en cas de location-gérance.

27 Par exemple, la vente du fonds de commerce emporte cession du bail commercial et donc de l'obligation de payer les loyers (art. L. 145-16 C. com.).

Il serait donc opportun de reconnaître aux commerçants de statut coutumier la possibilité d'être propriétaires d'un fonds de commerce. Mais cette reconnaissance est incertaine (1) et son utilité limitée (2).

### 1. Une reconnaissance incertaine

Lorsque l'activité est exercée en dehors des terres coutumières, rien ne s'oppose à ce que les commerçants de statut coutumier puissent, comme tout commerçant, être titulaires d'un fonds de commerce. Mais qu'en est-il lorsque l'activité est exercée sur terre coutumière ? À notre connaissance, la jurisprudence ne s'est jamais prononcée sur cette question. Les décisions, déjà évoquées<sup>28</sup>, qui mentionnent l'existence d'un fonds de commerce, ne le font qu'à titre incident. De façon tout aussi incidente, un autre jugement, cité par messieurs Lafargue, Nicolau et Pignarre, qualifie d'immeuble le fonds de commerce exploité sur terre coutumière<sup>29</sup>. Ces précédents restent minces pour en déduire une validation jurisprudentielle du recours au fonds de commerce par les personnes de statut coutumier lorsqu'elles exercent sur terre coutumière. La question reste donc en suspens.

Elle suppose, pour y répondre, de déterminer lequel, du droit commun ou de la coutume, est compétent pour reconnaître l'existence d'un tel fonds de commerce. De fait, si la compétence du droit commun est retenue, la reconnaissance d'un fonds de commerce au profit des personnes de statut coutumier exerçant sur terre coutumière s'impose, comme elle s'impose en principe pour tout commerçant en Nouvelle-Calédonie. En revanche, si la coutume est applicable, on doit en déduire que les commerçants kanak exerçant sur terre coutumière ne disposent pas d'un tel bien. Certes, contrairement à une idée assez courante, la coutume n'ignore pas la notion de propriété privée. De nombreuses études montrent en effet que la vision « communautariste » des biens kanak est un leurre<sup>30</sup>, dès lors que seules les terres coutumières sont concernées par l'interdiction d'appropriation à titre privé<sup>31</sup>. Les meubles, même sur terres coutumières, peuvent donc être la propriété exclusive d'une personne de statut coutumier, ce que l'article 18 de la loi organique de 1999 confirme, en évoquant les biens qui « appartiennent » à des personnes ayant le statut civil coutumier<sup>32</sup>. Il n'en demeure pas moins que, faute pour le fonds de commerce d'être une notion coutumière, on ne peut considérer que la coutume en reconnaît l'existence.

28 Voir *supra*.

29 G. Nicolau, G. Pignarre, R. Lafargue, 2007, *Ethnologie juridique*, éd. Dalloz, p. 242 et s., spéc. p. 258, citant TPI Nouméa, sect. Koné, 18 février 2003, n° 15 bis/2003. Adde : E. Cornut, « La juridicité de la coutume kanak », *Droit et cultures* 2009/2, p. 151, spéc. n° 41. La Cour d'appel devant laquelle un appel a été formé ne fait plus référence à ce fonds de commerce : CA Nouméa 29 juillet 2004, RG n° 03/292.

30 Voir V. Parisot et S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le corpus juridique calédonien », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 404, spéc. p. 435. Voir également : R. Lafargue, « Terres de mémoires : Les Terres coutumières, une question d'identité et d'obligations fiduciaires », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 104, spéc. p. 135, qui, à propos des règles de dévolution successorale, évoque la distinction entre les « biens personnels », dont le défunt peut disposer à sa guise, et les terres coutumières, qui ne peuvent être cédées.

31 Cette analyse communautariste des terres coutumières serait d'ailleurs le résultat d'une erreur historique : voir en ce sens R. Lafargue, art. préc., p. 140 et s.

32 Sur le fait que ce texte puisse viser des biens meubles, voir *infra*.

Il en résulte que déterminer si un commerçant kanak qui exerce son activité sur terres coutumières dispose d'un fonds de commerce dépend des domaines respectifs de la coutume et du droit commun, et donc de l'interprétation de l'article 18 de la loi organique de 1999. Selon ce texte, sont soumis à la coutume, d'une part, les terres coutumières, auxquelles sont assimilés les immeubles domaniaux cédés aux propriétaires coutumiers, et d'autre part, les biens qui sont situés sur terres coutumières, à condition qu'ils appartiennent à des personnes de statut civil coutumier. Assurément, le fonds de commerce n'est pas une terre coutumière, ni un immeuble domanial. Mais peut-on considérer que le fonds de commerce est un bien situé sur terres coutumières, appartenant à une personne de statut civil coutumier, et régi à ce titre par la coutume ? La réponse dépend de ce que l'on entend par les mots « bien » et « situé ». Sur ce point, l'article 1.1 de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, en précisant que ces biens sont ceux « qui seront appropriés et dévolus en cas de succession selon les règles de la coutume », n'offre qu'une aide relative.

L'exégèse de l'article 18 est donc inévitable. De notre point de vue, le mot « bien » renvoie à l'ensemble des biens meubles situés sur terre coutumière et dont une personne de statut coutumier est titulaire. Les immeubles, au sens de bâtiments, paraissent devoir être exclus de cette catégorie, pour être assimilés aux terres coutumières. Il est vrai que l'article 18 de la loi organique ne réalise expressément cette assimilation que pour les immeubles domaniaux<sup>33</sup>. Mais il serait opportun de dépasser la lettre de ce texte pour assimiler aux terres coutumières l'ensemble des immeubles – au sens de bâtiments – qui s'y trouvent. En effet, seules les terres coutumières sont soumises à la règle des « 4 i ». Ne pas assimiler à des terres coutumières les bâtiments qui s'y trouvent offre un moyen trop évident de contourner cette règle, puisqu'il suffirait de céder les bâtiments – et non les terres – pour échapper à son application. Il est donc préférable de limiter aux biens meubles la seconde catégorie de biens coutumiers<sup>34</sup>.

Cette interprétation ne serait de toute façon pas de nature à écarter du domaine de la coutume le fonds de commerce, puisque ce dernier est un bien meuble<sup>35</sup>, comme d'ailleurs les stocks et le matériel qui pourraient appartenir à un entrepreneur kanak<sup>36</sup>, et qu'il ne fait donc pas de doute qu'il s'agit d'un bien au sens de l'article 18. Il reste que le fonds de commerce est un bien particulier, puisqu'il est incorporel. Mais la lettre de l'article 18, qui mentionne les biens, sans distinction, n'interdit pas de considérer qu'il s'applique également aux biens incorporels. À ce propos, un ancien projet de « loi du pays relative au statut coutumier des savoirs traditionnels kanak, à la protection des droits fonciers immatériels autochtones », si l'on en croit son intitulé, semblait concevoir l'existence de droits incorporels, liés aux terres

33 Cette expression semble en effet renvoyer à la notion juridique d'immeuble, ce qui permet d'englober les terres domaniales et les bâtiments qui s'y trouvent.

34 Une autre façon d'éviter le contournement serait de dépasser la lettre de l'article 18 pour considérer que la règle des « 4 i » vise non seulement les terres coutumières, mais également l'ensemble des immeubles bâtis sur ces terres. De façon plus nuancée, on pourrait limiter l'incessibilité aux locaux d'habitation, à l'exclusion des locaux professionnels.

35 Voir cependant TPI Nouméa, sect. Koné, 18 février 2003, préc., qui qualifierait d'immeuble le fonds de commerce exploité sur terre coutumière. Voir *supra*.

36 Voir J.-P. Herrenschmidt et P.-Y. Le Meur, *op. cit.*, p. 57, qui évoquent les propos d'un agriculteur, recueillis lors d'un entretien : « La terre appartient à la famille mais le matériel appartient à ceux qui ont investi pour pouvoir faire fructifier le cheptel et rembourser les emprunts ; ça n'appartient pas à tout le monde ».

coutumières<sup>37</sup>. Ce qui laisse penser que l'article 18 pourrait aussi viser les biens incorporels, et donc le fonds de commerce.

Cependant, pour que l'article 18 soit applicable, encore faut-il que la seconde condition qu'il édicte soit remplie. Encore faut-il donc pouvoir considérer qu'un fonds de commerce peut être « situé » sur terre coutumière. Or, il convient de relever que cette référence à la situation du bien, s'agissant d'un meuble, n'est pas dénuée de toute ambiguïté, puisqu'elle suggère la fixité – « situé » semble impliquer une certaine immobilité – d'un bien par nature mobile. On comprend alors que les stocks ou le matériel sont soumis à la coutume s'ils sont utilisés sur terre coutumière. Mais suffit-il de les déplacer pour les faire échapper à la coutume ? Si l'on prend l'exemple d'une voiture utilisée dans le cadre de l'activité commerciale, doit-on considérer qu'elle n'est soumise à la coutume qu'à condition de ne jamais quitter les terres coutumières ? Doit-on prendre en compte sa situation au moment de l'opération juridique, ce qui permettrait de changer la loi applicable par simple déplacement du bien ? Ni les textes ni la jurisprudence n'offrent de réponse, ce qui laisse une grande place à l'interprétation, et donc à l'incertitude. Néanmoins, pour ce qui est du fonds de commerce, on peut raisonnablement penser que l'exigence d'une « situation » sur terre coutumière ne l'exclut pas du domaine d'application de l'article 18. En effet, dès lors que l'activité est exercée sur terre coutumière, on pourrait considérer que le fonds de commerce est « situé » sur terre coutumière. La nature incorporelle du fonds de commerce n'est donc pas un obstacle à ce qu'il puisse être potentiellement concerné par l'article 18.

De ce qui précède, il résulte que le fonds de commerce relève de l'article 18 de la loi organique, puisque l'expression de « bien situé sur terre coutumière » peut s'appliquer à des biens meubles incorporels et que le fonds de commerce exploité sur une terre coutumière peut être considéré comme « situé » sur cette dernière. Seule la coutume a donc compétence pour en reconnaître l'existence sur terre coutumière, à condition toutefois, il faut le rappeler, que le bien appartienne à une personne de statut coutumier. Or, faute pour la coutume de reconnaître l'existence d'un fonds de commerce, on ne saurait considérer que les personnes de statut coutumier sont propriétaires d'un tel bien pour les activités qu'elles exercent sur terre coutumière<sup>38</sup>.

Compte tenu des utilités du fonds de commerce, on ne saurait que suggérer une intervention législative pour permettre de reconnaître aux personnes de statut coutumier exerçant sur terre coutumière le droit d'être propriétaire d'un fonds de commerce. Dans la mesure où le domaine de la coutume est déterminé par la loi organique de 1999, il est à craindre que cette modification soit complexe à mettre en œuvre, puisqu'elle supposerait une modification de cette loi. De plus, à supposer même qu'elle soit adoptée, cette loi ne suffirait pas à rendre pleinement efficace la reconnaissance du fonds de commerce.

37 Voir le projet de loi du pays élaboré en 2011 et intitulé « loi du pays relative au statut coutumier des savoirs traditionnels kanaks, à la protection des droits fonciers immatériels autochtones », cité par C. Castets-Renard, « La protection des savoirs traditionnels et expressions culturelles en Nouvelle-Calédonie », in C. Castets-Renard et G. Nicolas (dir.), 2015, *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie ; aspects juridiques*, éd. L'Harmattan, p. 443, spéc. p. 445. L'auteur précise toutefois que le contenu du projet de loi révèle que la protection se fait par un droit de propriété intellectuelle, proche du droit d'auteur, bien plus que par un droit coutumier attaché à la terre.

38 Voir déjà : I. Dauriac, art. préc. n° 24, p. 115.

## 2. Une utilité limitée

L'un des intérêts de l'existence d'un fonds de commerce est de permettre la transmission du contrat de bail commercial à l'acquéreur du fonds de commerce et d'assurer ainsi un lien entre l'activité et le local où elle est exercée<sup>39</sup>.

Cependant, pour que les personnes de statut coutumier profitent de cette règle, et que la reconnaissance à leur profit d'un fonds de commerce soit vraiment utile, encore faut-il que le statut des baux commerciaux leur soit applicable<sup>40</sup>. C'est certainement le cas lorsque le fonds de commerce est exploité en dehors des terres coutumières. En effet, puisque l'article 7 de la loi organique ne soumet à la coutume que les relations entre personnes de statut coutumier « en matière de droit civil », le bail commercial, contrat de droit commercial, devrait échapper à son domaine d'application. Une réserve pourrait néanmoins être faite pour les aspects contractuels de ce bail, qui sont en partie régis par le droit civil et pourraient à ce titre relever de la coutume. Mais, à propos du contrat de travail, la Cour de cassation ne s'est pas embarrassée de telles nuances, puisqu'elle a exclu de façon générale ce contrat du domaine de la coutume, sans en distinguer les aspects purement contractuels, qui auraient pu être soumis à la coutume<sup>41</sup>. Ce raisonnement devrait, par analogie, être étendu au contrat de bail commercial. En toute hypothèse, la coutume ne devrait pas s'appliquer en présence d'un bail commercial conclu avec une personne de statut non coutumier et ce en application de l'article 9 de la loi organique.

Par conséquent, lorsqu'elles exercent en dehors des terres coutumières, les personnes de statut coutumier bénéficient non seulement de la reconnaissance d'un fonds de commerce, mais également du statut des baux commerciaux, et donc de la règle qui permet de céder le bail commercial en même temps que le fonds de commerce.

La situation est très différente lorsque l'activité est exercée sur terre coutumière. En effet, même à supposer que la propriété d'un fonds de commerce soit effectivement reconnue aux personnes de statut coutumier, il est douteux qu'elles puissent se prévaloir du statut des baux commerciaux. Du moins la jurisprudence – dont l'intérêt tient tout autant aux solutions adoptées, qu'aux pratiques qu'elle révèle – semble-t-elle le penser, puisqu'elle ne soumet ces baux qu'à la coutume. On apprend ainsi que la conclusion d'un bail sur terre coutumière pour exercer une activité commerciale suppose l'autorisation d'un clan ou d'une tribu, constatée par un procès-verbal de palabre<sup>42</sup>. Cette autorisation peut être remise en cause unilatéralement<sup>43</sup>, parfois pour manquements aux obligations coutumières<sup>44</sup>. Les litiges relatifs aux

39 Art. L. 145-16 C. com.

40 Le statut des baux commerciaux est édicté par les articles L. 145-1 et suivants du Code de commerce.

41 Cass. soc., 10 février 2010, n° 08-70084.

42 Voir par exemple : TPI Nouméa 10 août 2012, n° 09/00710, qui concerne un droit de jouissance d'un terrain coutumier pour édifier un complexe hôtelier. À rapprocher, bien que ne concernant pas l'exercice d'une activité commerciale : CA Nouméa, Ch. cout., 10 mars 2008, RG 07/497. Voir également, I. Dauriac, art. préc., spéc. n° 23, p. 114, qui évoque un projet de codification de la police coutumière pour le Pays Drehu, où sont précisées les conditions d'installation et d'exploitation d'un commerce en tribu. Sont notamment expliquées les autorisations nécessaires, leur attribution aux seules personnes originaires de la tribu, les contrôles exercés sur l'activité par le conseil de district, et l'exigence du versement à l'autorité coutumière d'une redevance pour l'activité exercée.

43 TPI Nouméa 10 août 2012, préc. Le droit de jouissance attribué pour édifier un complexe hôtelier a été remis en cause car il contredisait un droit de jouissance antérieurement attribué à une autre personne.

44 Voir TPI Nouméa, sect. Lifou, 25 juillet 2012, n° 12/00048.

paiements des loyers sont également tranchés selon les règles coutumières<sup>45</sup>. La durée du bail est très variable, et ne respecte en toute hypothèse pas le minimum de 9 ans prévu pour les baux commerciaux en droit commun<sup>46</sup>. On constate ainsi que les relations entre le commerçant et le bailleur sont intégralement régies par la coutume<sup>47</sup>.

Invariablement, ce qui justifie l'exclusion du droit commun est la présence d'une terre coutumière. Les solutions jurisprudentielles trouvent donc leur fondement dans l'article 18 de la loi organique, lequel, en énonçant que les terres coutumières sont régies par la coutume, implique que leur mise à disposition l'est également<sup>48</sup>. Il est vrai que cette interprétation fondée uniquement sur l'article 18 fait peu de cas des articles 7 et 9 de la loi organique. De fait, les critères personnels que ces deux textes édictent, fondés sur le statut – coutumier ou de droit commun – des parties au contrat, sont ignorés au profit du critère réel liant l'application de la coutume à la seule présence d'une terre coutumière<sup>49</sup>. L'article 18 semble donc analysé comme une règle spéciale, dérogeant aux règles générales édictées par les articles 7 et 9. Tout au plus peut-on citer une décision du TPI de Nouméa qui paraît exiger que toutes les parties au litige soient de statut coutumier<sup>50</sup>. Faut-il en déduire que les juges du fond ont tenté de concilier les articles 7 et 18 de la loi organique, en considérant que la coutume, même si est en cause une terre coutumière, n'a pas à s'appliquer dans les rapports mixtes ? La décision précitée n'est pas assez explicite pour autoriser une affirmation définitive. Une autre décision a d'ailleurs soumis à la coutume tout litige portant sur une terre coutumière, que le locataire soit ou non de statut coutumier<sup>51</sup>.

Il découle de cette jurisprudence que la mise à disposition d'une terre coutumière est intégralement régie par la coutume, quel que soit le statut du locataire commerçant. La terre coutumière ne peut donc faire l'objet d'un contrat de bail commercial, pas plus qu'elle ne pourrait faire l'objet d'un contrat de bail civil soumis au droit commun<sup>52</sup>.

45 TPI Nouméa, sect. Koné, 18 novembre 2008, RG n° 06/00363.

46 Voir par exemple : TPI Nouméa 10 août 2012, préc. (bail d'une durée de 12 ans, portée à 25 ans). Voir également : TPI Nouméa, sect. Lifou, 25 juillet 2012, préc. (bail d'une durée de 5 ans).

47 Un ancien arrêt de la Cour d'appel de Nouméa doit néanmoins être cité, qui condamne la résiliation unilatérale d'un bail en se fondant sur l'article 1134 du Code civil, dont on déduit qu'un contrat ne peut en principe être résilié que par accord commun des parties : voir CA Nouméa, ch. Civ., 26 déc. 1983, JurisData : 1983-001044, cité par E. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le corpus normatif de la Nouvelle-Calédonie ? », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 488, spéc. p. 496. La portée de cet arrêt doit néanmoins être nuancée, puisqu'il a été rendu avant l'adoption de la loi organique de 1999.

48 Certes, l'article 1.1 de l'accord de Nouméa énonce que les biens visés par l'article 18 sont ceux qui sont « appropriés et dévolus en cas de succession selon les règles de la coutume », ce qui ne vise pas à proprement parler toutes les opérations juridiques dont ils peuvent faire l'objet (y compris la location), mais il ne semble pas qu'une interprétation littérale s'impose à propos de ce texte.

49 La remarque dépasse largement le bail commercial pour concerner l'ensemble des biens situés sur terre coutumière. Par exemple, en application de l'article 18, la vente d'une voiture appartenant à une personne de statut coutumier, et « située » sur terre coutumière, ne relèverait que de la coutume. Si la vente intervient entre personnes de statut coutumier, le résultat serait le même qu'en vertu de l'article 7, qui soumet à la coutume les relations entre personnes de statut coutumier en matière civile. Mais si la vente a lieu au profit d'une personne de statut non coutumier, l'application de l'article 18 conduit à écarter purement et simplement l'article 9.

50 TPI Nouméa, sect. Koné, 18 novembre 2008, préc.

51 Voir TPI Nouméa 10 août 2012, préc.

52 Les baux emphytéotiques fréquemment conclus sur terre coutumière ne devraient être que des baux « coutumiers », non soumis aux dispositions du code civil. *Contra* : E. Cornut, « La valorisation des terres coutumières par le droit coutumier », in *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie ; aspects juridiques*, op. cit., p. 125 et s., spéc. p. 152.

Le locataire ne peut donc chercher de protection que dans la coutume. Or les solutions précitées montrent que sa situation reste fragile, en particulier s'il n'est pas de statut coutumier, puisqu'il est parfois confronté à des résiliations unilatérales<sup>53</sup>. De plus, l'autorisation accordée au locataire ne l'est qu'à titre individuel. En cas de cession du fonds de commerce, une nouvelle autorisation devra être obtenue par le nouvel exploitant, ce qui entrave la possibilité de transmettre l'entreprise. Est ainsi mis à mal ce qui fait l'un des intérêts principaux du fonds de commerce : le lien qu'il assure entre l'activité et le local où elle est exercée.

Cela réduit l'intérêt de reconnaître l'existence d'un fonds de commerce, non seulement aux personnes de statut coutumier, mais également aux personnes de statut non coutumier qui souhaitent exercer leur activité sur terre coutumière.

Quelques pistes peuvent être suggérées pour améliorer cette situation et assurer une meilleure protection de l'exploitant d'un fonds de commerce, lorsque le local est situé sur terre coutumière.

Conformément au droit positif, seule la coutume devrait être compétente pour encadrer l'autorisation de mise à disposition du local, sur le fondement de l'article 18 de la loi organique. En revanche, une fois le contrat conclu, il serait opportun de le soumettre aux dispositions du code de commerce, même s'il est conclu entre personnes de statut coutumier, puisque le droit commercial échappe à la coutume en application de l'article 7, interprété *a contrario*. Cette proposition aurait le mérite d'articuler l'application des articles 7 et 18 de la loi organique, plutôt que d'écarter le premier au profit du second. S'agissant de règles au contenu différent, elles peuvent se concilier et ne nécessitent pas l'application de l'adage *specialia generalibus derogant*.

Par ailleurs, pour sécuriser les droits du propriétaire du fonds de commerce sur le local qu'il utilise, on solliciterait utilement l'acte coutumier, dont l'usage pour la mise à disposition des terres coutumières est expressément prévu<sup>54</sup>. Cet acte pourrait prévoir que l'autorisation d'exploiter le local vaut également pour l'acquéreur du fonds de commerce, sous réserve, comme c'est le cas en droit commun, d'un droit d'agrément reconnu au profit de l'auteur de l'autorisation. Par ailleurs, afin de davantage prendre en compte la coutume dans l'exécution du contrat, il pourrait être prévu que des manquements aux obligations coutumières pourraient justifier la remise en cause de l'autorisation.

Pour plus de sécurité, le code de commerce de la Nouvelle-Calédonie pourrait être modifié pour prendre en compte le statut particulier des terres coutumières et organiser de façon plus précise leur mise à la disposition d'un commerçant, propriétaire d'un fonds de commerce.

Dans l'attente de telles précisions, jurisprudentielles ou légales, on ne peut que constater les nombreuses incertitudes qui entourent la possibilité pour les personnes de statut coutumier d'utiliser la structure juridique qu'est le fonds de commerce et l'efficacité de sa reconnaissance.

L'entreprise sous forme de sociétés soulève tout autant d'interrogations.

<sup>53</sup> Voir *supra*.

<sup>54</sup> Voir art. 4 de la loi du pays 2006-15 du 15 janvier 2007 sur les actes coutumiers

## II. L'ENTREPRISE SOUS FORME DE SOCIÉTÉS

Les études consacrées à l'entrepreneuriat coutumier sous forme de sociétés révèlent que les personnes de statut coutumier ont fréquemment recours à des sociétés pour leurs projets entrepreneuriaux. Pour opportun qu'il soit en pratique, ce recours à ces structures juridiques de droit commun n'est pas toujours justifié légalement (A) et des propositions peuvent être faites pour en sécuriser juridiquement l'usage (B).

### A. Un recours fragile aux sociétés de droit commun

La fragilité du recours aux sociétés de droit commun se constate, qu'il s'agisse des sociétés commerciales (1) ou des sociétés civiles (2).

#### 1. Les sociétés commerciales

Samuel Gorohouna, dans une étude consacrée à la réalisation des projets économiques sur terre coutumière et *via* les groupements de droit particulier local (GDPL)<sup>55</sup>, recense un certain nombre d'initiatives sous forme de sociétés commerciales, dans des montages plus ou moins complexes, faisant également appel à des GDPL<sup>56</sup>. La SA Koulnoué Village, qui exploite un célèbre complexe hôtelier non loin de Hienghène, ainsi que la SAS Vavouto-Koniambo, sous-traitante de la société minière du Nord KNS (Koniambo Nord SAS), font figure d'exemples historiques.

Les sociétés commerciales sont souvent préférées aux GDPL, en raison de leur organisation juridique plus précise et efficace<sup>57</sup>.

Pendant, lorsque tous les associés de ces sociétés sont de statut coutumier, la légalité du recours à ces structures juridiques de droit commun n'est pas assurée.

Certes, puisqu'il s'agit de sociétés commerciales, elles relèvent du droit commercial et sont régies pour l'essentiel par des dispositions du code de commerce. Par conséquent, même

55 Voir S. Gorohouna, « La réalisation des projets économiques sur terre coutumière et via les GDPL », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 290.

56 Les GDPL ont été institués pour servir de support à la restitution des terres coutumières. Ils sont actuellement également utilisés pour réaliser des projets économiques.

57 Aucune disposition légale ou réglementaire n'encadre le fonctionnement du GDPL, ce qui lui confère une très grande liberté dans son organisation interne, laquelle est régie par le droit coutumier, et dans les activités qu'il peut exercer. Voir CA de Nouméa, Chambre civile, 13 août 2012, RG n° 12/242, RJPENC 2012-2, n° 20, Jur. p. 85, note E. Cornut : « [...] le GDPL n'est pas une personne morale de droit commun, sa formation et son objet, qui répondent au souci de remplir une fonction économique en milieu coutumier kanak, le rattachent à l'évidence au monde de la coutume ; que si la personne morale n'est pas au sens strict un «citoyen», elle est bien une personne au même titre qu'une personne physique, dotée de tous les attributs de la personnalité ; qu'elle n'échappe pas, de ce fait, à la loi commune qui assujettit les personnes de statut coutumier kanak aux règles coutumières lorsqu'elles se trouvent en litige avec d'autres personnes de statut coutumier kanak ; Que la solution contraire, telle celle retenue par le premier juge, serait d'autant plus paradoxale que le GDPL n'est, en toute hypothèse, qu'une structure polyclanique ou tribale (lorsqu'elle fédère plusieurs clans ou des démembrements de clans), ou monoclanique lorsqu'elle se compose d'un seul clan familial, auquel cas le GDPL n'est qu'un artifice juridique destiné à compenser, dans la situation antérieure aux arrêts du 22 août 2011, RG n° 10/ 531 et 532, le déni de la personnalité juridique reconnue désormais aux clans kanak ».

conclues uniquement entre personnes de statut coutumier, elles devraient échapper au domaine de la coutume tel que délimité par l'article 7 de la loi organique.

Mais on retrouve les mêmes difficultés que celles évoquées à propos du bail commercial<sup>58</sup> et qui tiennent à ce que les sociétés sont en partie régies par des dispositions du code civil. Le contrat de société est en effet un contrat spécial, régi par les articles 1832 et suivants de ce code. Ces dispositions établissent le droit commun des sociétés qui s'applique aux sociétés commerciales à défaut de disposition spéciale les concernant. L'exemple de ces sociétés commerciales illustre une fois de plus le caractère insatisfaisant de la délimitation du domaine de la coutume par la loi organique. Car le droit civil et le droit commercial ne s'excluent pas l'un l'autre. Très souvent, ils s'imbriquent et se complètent. À suivre les prescriptions de l'article 7 de la loi organique, telles qu'interprétées par la Cour de cassation<sup>59</sup>, il faudrait écarter les règles du code civil relatives au contrat de société au motif qu'elles relèvent de la coutume. Mais la coutume étant muette quant à l'organisation des sociétés commerciales, ces dernières ne seraient régies que par les dispositions du code de commerce, nécessairement incomplètes en l'absence des règles issues du code civil. Ce résultat insatisfaisant pourrait conduire à préconiser la même interprétation que pour le bail commercial, en s'inspirant de l'arrêt de la Cour de cassation relatif au contrat de travail<sup>60</sup>. Suivant cette interprétation, les règles applicables aux sociétés commerciales devraient être considérées de façon globale comme un droit spécial, distinct du droit civil et donc échappant à ce titre à la coutume, peu important que certaines des dispositions qui le composent figurent dans le code civil. Les règles de droit civil ne devraient être vues que comme l'accessoire des règles de droit commercial et suivraient par contagion le même régime que ces dernières. Faudrait-il aller jusqu'à considérer que les cessions de parts sociales ou d'actions relèvent également du droit commun ? Certes, elles peuvent conduire à transférer la qualité d'associé, et donc de partie au contrat de société. Et le droit des sociétés prévoit des règles particulières pour les cessions de droits sociaux, que ce soit par exemple pour assurer le transfert de propriété des titres ou l'obligation d'obtenir un agrément. Mais ces cessions sont avant tout des contrats et dire qu'elles devraient échapper à la coutume, car elles concernent une société commerciale peut paraître audacieux.

La fragilité de l'argumentation visant à évincer l'application de la coutume est évidente, car elle est aisément réversible. Elle dépend en outre de l'interprétation que les juges souhaiteront faire de l'article 7 de la loi organique. Or les enjeux économiques portés par les entreprises qui prennent la forme de ces sociétés commerciales sont tels que l'on ne peut se satisfaire de cette incertitude. Là encore, une intervention législative est nécessaire pour sécuriser le droit. Cette intervention est plus essentielle encore pour les sociétés civiles.

## 2. Les sociétés civiles

Comme en métropole, les sociétés civiles sont très utilisées en Nouvelle-Calédonie, puisqu'elles représentent près de la moitié des sociétés et servent de structures juridiques à des activités variées : activités immobilières, agricoles, libérales...

<sup>58</sup> Voir *supra*.

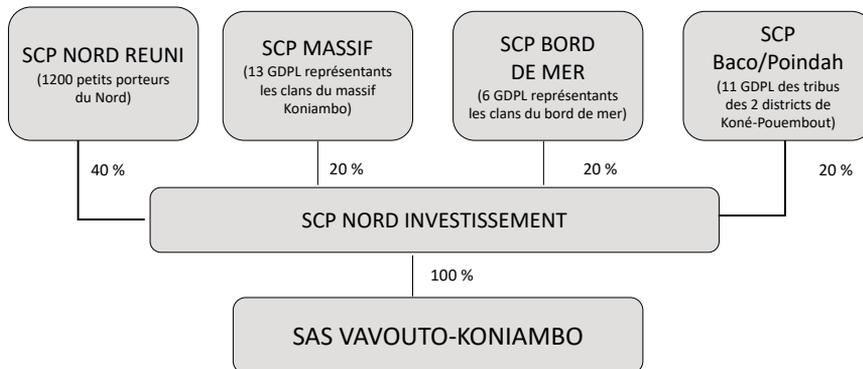
<sup>59</sup> Voir C. cass., 16 déc. 2005, avis n° 005 0011, préc. ; C. cass., 15 janv. 2007, avis n° 007 0001, préc.

<sup>60</sup> Cass. soc., 10 février 2010, préc. Voir *supra*.

Les personnes de statut coutumier y ont souvent recours, que ce soit ou non sur terre coutumière. Il est ainsi fréquent que les GDPL – que la jurisprudence récente qualifie de personne de statut coutumier<sup>61</sup> – créent une SCI pour gérer une terre coutumière. Cette mise à disposition d'une terre coutumière à une SCI semble compatible avec la règle des « 4 i », à condition d'avoir recours à un apport en nature en jouissance, c'est-à-dire non translatif de propriété.

La société civile est également fréquemment utilisée dans des montages complexes, où elle prend le nom de « société civile de participation ». Samuel Gorohouna, dans l'article précité<sup>62</sup>, en donne notamment pour exemple le montage réalisé pour créer la SAS Vavouto-Koniambo concernant la création du complexe métallurgique dans le Nord. Ce montage peut être représenté par le schéma suivant :

**Schéma 1 : Montage réalisé pour créer la SAS Vavouto-Koniambo**



Pour respecter l'organisation communautaire, le recours à des GDPL a été privilégié pour servir de véhicules juridiques aux clans et aux tribus. Mais ces GDPL investissent indirectement dans la SAS, par le biais de sociétés civiles de participations, qui permettent de limiter le nombre d'interlocuteurs directs de la SAS. Ces sociétés civiles de participations, par-delà leur nom original, sont en réalité des sociétés civiles de droit commun.

Ce recours à des sociétés civiles par des GDPL, personnes de statut coutumier, se heurte à des obstacles plus importants encore que ceux rencontrés à propos des sociétés commerciales. Car les sociétés civiles sont non seulement régies par les articles 1832 à 1844-17 du code civil qui établissent le droit commun des sociétés, mais également par les articles 1845 et suivants, entièrement dédiés aux sociétés civiles. Les sociétés civiles de participations, qui ne font pas l'objet de dispositions spéciales hors du code civil, sont donc intégralement régies par des règles issues du code civil. Comment dans ce cas considérer qu'elles échappent au domaine de la coutume ? Le raisonnement précédemment évoqué<sup>63</sup> et fondé sur l'autonomie présupposée du droit des sociétés par rapport au droit civil est encore plus fragile que pour les sociétés

61 CA Nouméa, Ch. civ., 13 août 2012, préc. Contra : CA Nouméa, Ch. soc., 21 mai 2008, RG 07/476.

62 S. Gorohouna, art. préc., spéc. p. 294.

63 Voir *supra*.

commerciales. Pour écarter la coutume, il faudrait que les juges acceptent de considérer que le droit des sociétés civiles, bien qu'essentiellement régi par des règles du code civil, ne fait pas partie de « l'ensemble du droit civil ». S'en remettre à une interprétation aussi hypothétique est un pari trop risqué compte tenu de l'importance des enjeux en cause.

On ne peut donc que constater la fragilité de montages juridiques pourtant fréquemment employés. Des propositions peuvent être formulées pour sécuriser ce recours aux sociétés de droit commun.

## **B. Propositions pour sécuriser le recours aux sociétés de droit commun**

Pour sécuriser le recours aux sociétés de droit commun, des palliatifs peuvent être suggérés, dont l'efficacité est cependant limitée (1). Les véritables remèdes impliquent une intervention du législateur (2).

### **1. Les palliatifs**

Un premier palliatif supposerait de considérer que, la coutume étant muette sur la question des sociétés civiles ou commerciales, le droit commun aurait naturellement vocation à prendre le relais et à offrir ainsi les outils juridiques qui feraient défaut. Faute pour la coutume de proposer une organisation aussi développée que les sociétés, les personnes de statut coutumier devraient être libres d'avoir recours aux sociétés de droit commun. Cette solution est fortement contestée par la doctrine : le droit commun n'a pas vocation à suppléer la coutume pour compléter ce qui est perçu comme une lacune<sup>64</sup>. La Cour de cassation y est également hostile, refusant que de supposées lacunes de la coutume soient complétées par les règles prévues en droit civil en matière de divorce<sup>65</sup> ou de régimes matrimoniaux<sup>66</sup>. Autrement dit, la coutume doit être considérée comme un système juridique complet.

Tout aussi inopérant serait le palliatif qui reposerait sur l'idée que les personnes de statut coutumier pourraient opter pour une société de droit commun dès lors qu'ils le jugeraient opportun. Cette renonciation « ponctuelle » à la coutume n'est en effet pas légale<sup>67</sup>, sauf autorisation expresse de la loi<sup>68</sup>.

Un palliatif plus efficace en théorie serait d'intégrer au contrat de société une personne de statut non coutumier. Serait ainsi créé un rapport mixte, qui échapperait à la coutume en application de l'article 9 de la loi organique. Mais le subterfuge suppose de trouver

64 R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *op. cit.*, p. 141 ; V. Parisot et S. Sana-Chaillé de Néré, art. préc., p. 415.

65 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 1<sup>er</sup> déc. 2010, n° 08-20843, publié au bulletin ; *Rev. crit. DIP* 2011, p. 610, note V. Parisot ; *JDI* 2011, p. 589, note S. Sana-Chaillé de Néré ; *RJPENC* 2011-2, n° 18, Jur. p. 159, note J.-F. Eschylle.

66 Cass. 1<sup>ère</sup> civ., 10 juin 2015, n° 14-14599, publié au bulletin ; *Rev. crit. DIP* 2016, p. 506, note V. Parisot.

67 Seule est prévue une renonciation générale au statut civil coutumier : v. art. 13 de la loi organique du 19 mars 1999.

68 Par exemple, une option pour le droit commun était proposée par la délibération n° 148 du 8 septembre 1980, en matière successorale. Une personne de statut coutumier pouvait opter pour le régime de droit commun des successions s'agissant de biens acquis sous le régime du droit civil. Cette option successorale a été remise en cause par la récente loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak (voir C. Bidaud-Garon, « Aperçu critique de la Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak », art. préc., spéc. p. 10).

une personne de statut non coutumier prête à rendre ce service et suffisamment digne de confiance. Une remise en cause sur le fondement de la fraude ne serait par ailleurs pas exclue, s'il était démontré que le recours à cet « associé de paille » n'a d'autre but que de contourner l'application de la coutume. De plus, des difficultés surgiraient si cette personne quitte la société.

Ce palliatif, comme les précédents, n'est donc pas vraiment satisfaisant. On ne saurait donc s'en contenter et de véritables remèdes doivent être proposés.

## 2. Les remèdes

Pour sécuriser le recours aux sociétés civiles et commerciales par des personnes de statut coutumier, on ne saurait une fois de plus faire l'économie d'une intervention législative.

Le plus simple serait de modifier le code de commerce, en prévoyant que les personnes de droit coutumier ont le droit de recourir aux sociétés de droit commun. Certaines formes de sociétés, et en particulier les SAS, offrent une grande liberté quant à leur organisation, ce qui devrait permettre de faire participer des instances coutumières à leur fonctionnement<sup>69</sup>.

Une autre solution consisterait à délaïsser les sociétés de droit commun au profit d'une structure juridique qui prendrait davantage en compte les spécificités de la coutume. On songe naturellement aux GDPL, qui pourraient servir de support aux activités économiques sur terres coutumières. Mais en l'état actuel du droit, ces GDPL ne sont pas suffisamment précis dans leur fonctionnement pour remplir une fonction assimilable à celle des sociétés, raison pour laquelle les entrepreneurs coutumiers lui préfèrent les sociétés de droit commun. Une réforme des GDPL, d'ailleurs en cours de réflexion, serait alors nécessaire pour les rendre plus adaptés aux activités économiques.

On ne peut que constater que les développements qui précèdent soulèvent davantage de questions, qu'ils n'apportent de réponses, mettant surtout en évidence les nombreuses incertitudes concernant le droit applicable aux entreprises coutumières.

Si la Nouvelle-Calédonie s'empare de son pouvoir relativement récent de régir le droit commercial, il serait opportun qu'elle intègre dans une certaine mesure la coutume dans les règles écrites qu'elle édicterait. Certes, l'écrit n'est pas l'expression naturelle de la coutume, mais les projets économiques ont besoin de sécurité et il semble que seule une loi de pays prenant en compte ces impératifs serait en mesure d'y parvenir.

---

69 Voir L. Folcher, « L'organisation de l'entreprise entre personnes de statut coutumier et sur terre coutumière », mémoire de master I, UNC, 2017, sous la direction de M. Buchberger, p. 18.

## LES « CONGÉS COUTUMIERS »

**Nadège Meyer**

Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

L'adoption de la loi du pays<sup>1</sup> instituant des congés prenant en considération la coutume dans les relations de travail salarié est pour le moins emblématique. Elle représente en effet une véritable avancée dans l'intégration des valeurs et des nécessités d'origine coutumière dans l'élaboration de la norme sociale.

En droit du travail, il s'agit véritablement de la première consécration légale d'une disposition imposant aux employeurs et entreprises établis en Nouvelle-Calédonie d'aménager le contrat de travail des salariés, même de manière occasionnelle, pour tenir compte du statut coutumier kanak.

La genèse de la loi du pays adoptée en mai 2018 sur la mise en place de ces congés permet de prendre la mesure des enjeux liés à l'adoption d'un tel dispositif normatif dans le contexte social, politique, culturel et économique de la Nouvelle-Calédonie.

En effet, le premier consensus sur la reconnaissance et la prise en compte par les entreprises calédoniennes des événements coutumiers date d'un accord entre les partenaires sociaux conclus à la fin de l'année 2011. Cette volonté a ensuite été réaffirmée dans le cadre de l'agenda social partagé avec le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie 2012-2013 et réinscrite chaque année audit agenda. Réitérée une nouvelle fois dans le cadre des accords économiques et sociaux conclus le 12 juin 2012, elle a abouti enfin à la rédaction d'un premier projet de loi du pays en 2013. Les discussions sur ce projet de loi du pays n'ont finalement été relancées qu'en 2015, en raison d'une cristallisation des débats et d'une absence de consensus sur le premier projet.

Finalement, le projet de loi du pays a été déposé au congrès de la Nouvelle-Calédonie le 16 novembre 2016 pour être seulement adopté le 28 mai 2018.

Sur un plan juridique, la principale motivation de l'adoption de la loi du pays dont il est question en l'espèce se situe au niveau de la prise en considération des coutumes dans l'exécution du contrat de travail. Les entreprises calédoniennes emploient en effet des salariés qui relèvent de la norme coutumière et vivent des réalités différentes des salariés régis par le corpus normatif classique.

Dès lors, la question qui se pose est de savoir si la loi du pays n° 2018-3 du 28 mai 2018 répond à l'attente des salariés régis par la coutume.

---

1 Lp. n° 2018-3 du 28 mai 2018 instituant un congé pour responsabilités coutumières, *JONC* du 5 juin 2018, p. 7130.

Il apparaît que la loi du pays relative aux congés pour responsabilités coutumières remplit bien cet objectif et constitue à cet égard une réelle reconnaissance du droit coutumier au sein du droit du travail classique (I). Pour autant, le législateur calédonien aurait pu aller plus loin encore en adoptant une loi du pays qui consacre des « congés coutumiers » (II).

## **I. DES CONGÉS POUR RESPONSABILITÉS COUTUMIÈRES...**

L'adoption de la loi du pays relative aux congés pour responsabilités coutumières représente la seule et véritable reconnaissance de la prise en considération de la coutume dans le corpus normatif du droit du travail calédonien (A). S'il s'agit à n'en point douter de la concrétisation d'une volonté politique en faveur du destin commun si cher à la Nouvelle-Calédonie, force est néanmoins de constater que ce dispositif reste très circonscrit (B).

### **A. La reconnaissance de principe de la coutume dans le droit du travail calédonien légiféré**

Avant de développer à proprement parler le mécanisme des congés pour responsabilités coutumières instauré par la loi du pays du 28 mai 2018 (2) et sans pour autant minimiser le dispositif adopté, il apparaît que la consécration législative qui, à notre avis, aura le plus de répercussions juridiques et judiciaires tient à l'ajout dans le code du travail de Nouvelle-Calédonie d'un critère de non-discrimination (1).

#### **1. Les responsabilités coutumières : nouveau critère de non-discrimination**

La loi du pays du 28 mai 2018 instaurant un congé pour responsabilités coutumières vient modifier l'article Lp. 112-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie. Désormais, outre les critères classiques de non-discrimination tels que l'origine, le sexe, l'opinion politique... le législateur ajoute qu'un employeur ne peut pas « prendre en considération [...] l'exercice d'une responsabilité coutumière [...] dans l'offre d'emploi, l'embauche et dans la relation de travail ». L'article ajoute qu'« il en va de même en cas de sanction ou de licenciement d'un salarié » et achève en disposant sans surprise que « toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit ».

L'ajout de ce critère de non-discrimination est non seulement une reconnaissance officielle de la coutume et des valeurs coutumières, mais aussi une consécration du pluralisme juridique permettant à la norme coutumière de justifier l'adoption d'un dispositif législatif spécifique dans le droit du travail légiféré.

Alors que lors de l'adoption de cette loi du pays, les discussions au congrès se sont cristallisées sur la rémunération ou non de ces jours de congés pour responsabilités coutumières, il apparaît à l'analyse qu'un des apports majeurs de cette loi se situe finalement dans une disposition « marginale » par rapport à l'objet même de la loi. Cette disposition s'étend en outre bien au-delà du dispositif des congés pour responsabilités coutumières et, ce, pour au moins trois raisons.

Le premier élément qui permet de considérer que cet ajout est une reconnaissance majeure et générale de la coutume au sein du code du travail tient au champ d'application de l'article Lp. 112-1. En effet, le principe de non-discrimination en raison de l'exercice d'une responsabilité coutumière

couvre l'intégralité de la relation individuelle de travail, c'est-à-dire de l'offre d'emploi à la rupture du contrat de travail. Ainsi, la conclusion, l'exécution et la rupture du contrat de travail ne doivent pas être affectées par un des critères de non-discrimination dont fait désormais partie intégrante l'exercice d'une responsabilité coutumière.

Le deuxième élément qui confirme la volonté du législateur de donner une portée tout à fait générale à cette disposition est strictement formel, mais ô combien symbolique. En effet, le critère de « l'exercice d'une activité coutumière » a été ajouté au sein du chapitre II intitulé « Discriminations et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes » alors qu'il pouvait parfaitement être intégré parmi les articles Lp. 242-73 et suivants nouveaux créés par la loi du pays du 28 mai 2018 pour accueillir les dispositions relatives aux congés pour responsabilités coutumières. Le législateur a précisément fait le choix de placer cette disposition dans le titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> du code du travail de Nouvelle-Calédonie qui traite des « dispositions préliminaires » ayant vocation à s'appliquer à l'ensemble des relations individuelles de travail (livre 1<sup>er</sup>). Ces dispositions législatives constituent les principes fondamentaux à l'aune desquels doit être apprécié l'ensemble des autres dispositions contenues dans ce livre. Ce nouveau critère a donc vocation à régir l'intégralité de la relation de travail, au même titre que les autres critères de non-discrimination<sup>2</sup>.

Enfin, le dernier élément prouvant l'importance attachée à l'ajout de ce critère de non-discrimination apparaît à la lecture même de la loi du pays du 28 mai 2018. Il est curieux, sinon surprenant, de constater que le premier article de cette loi du pays dont l'objet est d'instituer un congé pour responsabilités coutumières, ne traite pas du congé sus-évoqué, mais du critère de non-discrimination que constitue désormais l'exercice d'une responsabilité coutumière. La notion et le régime juridique du congé objet de la loi du pays ne sont développés qu'aux articles suivants de ladite loi du pays. La place de choix qu'a voulu donner le législateur à ce nouveau critère de non-discrimination se confirme à la lecture du dernier article de la loi du pays en question. En effet, celui-ci retarde l'entrée en vigueur au 1<sup>er</sup> juillet 2018... seulement pour l'octroi du congé pour responsabilité coutumière, alors que le nouveau critère de non-discrimination est régi par la règle de principe d'entrée en vigueur d'une loi dès sa publication.

La consécration de ce nouveau critère de discrimination n'est pas le seul élément de la loi du pays qui surprenne. Tel est aussi le cas de l'étendue du champ d'application que pourra trouver le nouveau dispositif du congé pour « responsabilités coutumières » et sa force contraignante.

## 2. La consécration du congé pour responsabilités coutumières

Le principal objet de la loi du pays du 28 mai 2018 tient en l'octroi d'un congé pour responsabilités coutumières aux salariés relevant de la coutume. Ainsi, le code du travail de Nouvelle-Calédonie contient désormais des dispositions législatives accordant le bénéfice d'un congé qui peut être pris par des salariés ayant par ailleurs des responsabilités coutumières dans leur vie personnelle.

<sup>2</sup> Tels que : origine, sexe, appartenance ou non à une ethnie, nation ou race, opinion politique, activité syndicale, convictions religieuses...

Sur un plan idéologique, cette consécration constitue une véritable avancée dans la prise en considération de la coutume dans les relations de travail. Pour reprendre les termes prononcés lors des débats au congrès de la Nouvelle-Calédonie par le rapporteur spécial<sup>3</sup> à l'occasion de l'adoption de cette loi du pays, celle-ci a pour objet « d'intégrer les obligations coutumières et les spécificités sociocoutumières dans le droit du travail pour faire ainsi cohabiter les contraintes du monde du travail avec la pratique de l'identité kanak et la préservation de l'organisation sociale kanak ».

L'édiction de ce congé s'avère d'autant plus importante que la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 10 février 2010<sup>4</sup>, a refusé que les relations de travail soient régies par le droit coutumier et ce, même si les deux parties au contrat de travail relèvent du statut civil coutumier. Selon la haute juridiction, bien que l'ensemble du droit civil soit régi par le statut civil coutumier, cela n'inclut pas le droit du travail en raison des dispositions dérogatoires au droit commun des contrats que contient cette branche du droit. Il en découle que la coutume ne peut trouver un écho en droit du travail que si le législateur calédonien légifère en ce sens en intégrant des éléments d'ordre coutumier dans le code du travail de Nouvelle-Calédonie. C'est précisément ce que fait la loi du pays du 28 mai 2018 lorsqu'elle accorde le bénéfice d'un congé aux salariés assurant une responsabilité coutumière.

Le législateur énonce en outre un droit général qui bénéficie à tout salarié exerçant une responsabilité coutumière. Tout employeur, quel que soit l'effectif de l'entreprise, se doit d'accorder un congé de six jours par an aux salariés qui remplissent les conditions requises pour y prétendre. Une discussion a alors eu lieu lors de l'adoption de la loi sur le report de l'entrée en vigueur de ce congé dans les entreprises de moins de onze salariés, mais la loi du pays adoptée ne prend finalement pas en considération l'effectif de l'entreprise. Ainsi, si une entreprise emploie un seul salarié et que celui-ci occupe une responsabilité coutumière, l'entreprise est alors soumise aux dispositions de la loi du pays sur le congé pour responsabilités coutumières. Ce sont ainsi non seulement toutes les entreprises du secteur privé qui sont assujetties à cette loi du pays, mais aussi les entreprises et établissements publics employant du personnel sous contrat de travail.

Au demeurant, le dispositif du congé s'avère contraignant pour les employeurs qui ne peuvent le refuser que si l'absence du salarié « perturbe gravement la bonne marche ou l'organisation de l'entreprise ou du service »<sup>5</sup>. Il n'est donc pas question de refuser d'accorder le congé pour de simples difficultés de fonctionnement. Le législateur exige un certain degré de gravité dans la perturbation du fonctionnement de l'entité, qui doit en outre être justifiée en cas de refus. La sanction de l'absence de motivation du refus conforte la force contraignante de cette reconnaissance du fait coutumier au sein des entreprises calédoniennes. En effet, l'absence de motivation du refus le rend nul. Dans le même ordre d'idées, si l'employeur refuse légitimement sur l'année à trois reprises le congé pour responsabilités coutumières au même salarié, ce congé lui est accordé d'office. Cette dernière disposition mérite une attention particulière dans la mesure où elle met en exergue la suprématie de la coutume sur l'intérêt de l'entreprise. Le refus motivé et parfaitement légitime de l'employeur ne permet à ce dernier

---

3 Monsieur Sylvain Pabouty.

4 Cass. soc. 10 février 2010, n° 08-70.084, Bull. civ. V, n° 37.

5 Art. Lp. 242-79 nouveau du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

de s'opposer au congé pour responsabilités coutumières que de manière relative, puisque le congé peut s'imposer et prévaloir en cas de réitération du refus. Force est donc de constater que l'intérêt de l'entreprise peut céder face aux exigences de la coutume et aux responsabilités coutumières qu'un salarié assure dans le cadre de sa vie personnelle.

Le code du travail de Nouvelle-Calédonie accorde au salarié qui s'absente pour exercer une responsabilité coutumière le maintien de ses avantages légaux et conventionnels, tant individuels que collectifs comme s'il était présent dans l'entreprise<sup>6</sup>. À l'instar des congés payés, des absences pour cause de maladie ou d'accident professionnels ou non, l'absence du salarié est ainsi assimilée à une période de travail effectif au titre de l'ancienneté. La durée de ce congé est également assimilée à une période de travail effectif au regard des avantages liés à l'assiduité du salarié. Ainsi, le salarié absent pour cause de maladie ou d'accident peut se voir amputer d'une éventuelle prime d'assiduité en raison de son absence, alors qu'un salarié utilisant son congé pour responsabilité coutumière conservera l'intégralité de sa prime d'assiduité s'il n'est pas absent pour d'autres motifs au cours de l'année.

À la lueur de ces développements, il ne fait par conséquent aucun doute que la coutume qui ne disposait d'aucune base légale pour imposer sa prise en considération dans les relations de travail vient d'être reconnue par le législateur calédonien et légitime même l'octroi d'avantages spécifiques. Le code du travail reconnaît ainsi que l'entreprise ne peut nier le contexte culturel de la Nouvelle-Calédonie et que celui-ci, à travers la coutume, est opposable à l'employeur, alors même que l'intérêt de l'entreprise peut être sinon mis à mal, du moins perturbé. Pour autant, il n'en demeure pas moins que si ce droit bénéficie d'une force contraignante importante pour les employeurs, il s'avère aussi que cette reconnaissance de l'immixtion de la coutume dans les relations de travail reste circonscrite.

## **B. Une reconnaissance circonscrite de la coutume dans les relations de travail**

La loi du pays du 28 mai 2018 instaurant le congé pour responsabilités coutumières comporte des limites quant à son champ d'application (1). La seconde limite de cette loi du pays se situe au niveau de son régime juridique, principalement dans l'absence de rémunération de ce congé (2).

### **1. Les restrictions tenant au champ d'application de la loi du pays**

La loi du pays relative à l'instauration d'un congé pour responsabilité coutumière comporte plusieurs limites quant à son champ d'application.

Ainsi, il apparaît à la lecture de la loi du pays que seule la qualité de salarié ouvre droit au congé. Sont par conséquent exclus tous les autres collaborateurs ou travailleurs au sein de l'entreprise n'ayant pas ce statut, tel un stagiaire, un gérant non-salarié, un associé ou actionnaire. En ne visant que les salariés, la loi du pays exclut également de son champ d'application l'ensemble des fonctionnaires. Néanmoins, le texte ne distinguant pas selon la nature de l'employeur, les salariés employés sous contrat de travail conclu avec une personne morale de droit public bénéficient aussi des dispositions de la présente loi du pays.

<sup>6</sup> Art. Lp. 242-76 nouveau du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

Le champ d'application *ratione personae* trouve une autre limite, visible à la seule lecture de l'intitulé de la loi du pays. En effet, le droit au congé n'est pas ouvert à tout salarié qui relève de la coutume, mais seulement à ceux qui exercent des « responsabilités coutumières ». Par souci de clarté et afin d'éviter tout doute quant aux personnes concernées par ce droit au congé, le législateur renvoie à l'article 2 de la loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007<sup>7</sup>. Les seuls bénéficiaires de ce droit à congé sont le chef de clan, le chef de la tribu ou le grand chef ou, le président du conseil des chefs de clans, à l'exclusion de tout autre autorité ou responsable coutumier. Ces personnes sont limitativement définies et un arrêté du gouvernement précise chaque année la liste nominative des personnes concernées. Quid du responsable coutumier nouvellement investi de l'une de ces fonctions coutumières visé par la loi de 2007 ? Va-t-il pouvoir prétendre au congé alors qu'il ne figure pas (encore) sur l'arrêté du Gouvernement ?

De plus, le renvoi à la loi du pays du 15 janvier 2007 relative aux actes coutumiers ne laisse aucun doute quant à la volonté du législateur de limiter le bénéfice du congé pour responsabilités coutumières aux seules personnes relevant de la coutume kanak. Or, d'autres populations régies par des coutumes (telle la population wallisienne) vivent et travaillent aussi dans les entreprises calédoniennes. Celles-ci sont ainsi exclues du dispositif des congés pour responsabilités coutumières réservées aux seules autorités légitimes dans le cadre de la coutume et de l'organisation coutumière kanak.

Il apparaît donc patent que le législateur n'a pas souhaité consacrer un droit général opposable à l'employeur par tout salarié relevant de la norme coutumière, quelle qu'en soit l'origine. De ce fait, l'opposabilité des événements coutumiers n'est possible qu'aux personnes kanak investies de certaines responsabilités coutumières, ce qui correspond potentiellement à moins de 1 000 personnes, dont seulement 330 environ sont à l'heure actuelle engagés dans un contrat de travail<sup>8</sup>. Si l'on considère que la population kanak représente plus du tiers de la population calédonienne<sup>9</sup>, la proportion de salariés visés par le bénéfice du congé est réduite à une portion congrue.

En outre, ce champ d'application personnel limité de la loi du pays se restreint encore eu égard à l'exigence, même légère, d'ancienneté requise au sein de la même entreprise. Ainsi, tout salarié doit avoir acquis une ancienneté minimale de trois mois afin de pouvoir prétendre au bénéfice du congé. Si l'on comprend facilement les raisons qui ont poussé le législateur à introduire une exigence d'ancienneté dans l'entreprise et qu'en outre celle-ci se cantonne à quelques mois, il n'en demeure pas moins que le salarié investi d'une responsabilité coutumière sous contrat de travail à durée déterminée pourra rencontrer quelque difficulté à atteindre cette ancienneté. Le législateur aurait pu assouplir cette condition en exigeant d'avoir acquis trois mois d'ancienneté sur une période déterminée plus longue (un an par exemple), ou encore trois mois d'ancienneté interrompue ou non auprès du même employeur. Une limite importante tenant au champ d'application *ratione materiae* a été introduite par la délibération<sup>10</sup> prise pour l'application de la loi du pays qui fait l'objet de cette contribution.

7 Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, *JONC* du 30 janvier 2007, p. 647.

8 Voir débat au congrès de la Nouvelle-Calédonie lors de l'adoption de la loi du pays.

9 Lors du dernier recensement, la communauté kanak représentait 39,1 % de la population vivant en Nouvelle-Calédonie, source INSEE-ISÉÉ, recensements de la population, 2014.

10 Délibération n° 315 du 1<sup>er</sup> juin 2018 relative au congé pour responsabilités coutumières, *JONC* du 12 juin 2018, p. 7477.

Elle concerne les évènements coutumiers susceptibles d'ouvrir droit à l'octroi du congé. Ainsi, l'article R. 242-38 du Code du travail précise au détour d'une demande de justification de l'évènement coutumier, que le salarié concerné doit fournir « soit la convocation de l'officier public coutumier pour la signature de l'acte coutumier pour le mariage, soit le certificat de décès, soit toute preuve utile justifiant de la date de cérémonie coutumière liée à la fête de l'igname ou celle de l'intronisation d'une autorité coutumière ». Force est d'en déduire que tout évènement coutumier n'ouvre pas droit au bénéficiaire du congé et qu'il existe finalement une liste limitative d'évènements permettant de solliciter ledit congé. L'absence du terme « notamment » laisse présumer le caractère exhaustif de la liste des évènements coutumiers autorisant un congé, à l'exclusion de tout autre.

Les nombreuses restrictions apportées au champ d'application du congé édicté par la loi du pays du 28 mai 2018 tendent à cantonner son exercice à quelques personnes dans des circonstances précises. Elles se doublent d'un régime juridique contraignant qui peut aboutir à une prise effective difficile dudit congé pour le salarié bénéficiaire.

## 2. Les limites tenant au régime juridique du congé

Au niveau du régime juridique, le principal frein à la prise effective du congé pour responsabilités coutumières tient en l'absence de rémunération ou de compensation financière de celui-ci. L'article Lp. 242-77 du Code du travail est sans appel : « le congé pour responsabilités coutumières n'est pas rémunéré ». L'article ajoute néanmoins qu'« une convention ou un accord collectif du travail peut prévoir la rémunération de ce congé ».

Ainsi, en l'absence de convention ou d'accord collectif, ni l'entreprise ni le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ne supporte le coût de ce congé. Ce point a été le seul point de divergence soulevé par le Sénat coutumier sur le projet de loi qui lui a été transmis. C'est ce point d'achoppement qui a eu pour conséquence le retrait de l'ordre du jour d'une séance au congrès de l'adoption de la loi du pays. Il apparaissait que les élus favorables à la compensation n'allaient pas obtenir la majorité requise pour adopter le projet en l'état et ont souhaité reporter le vote de la loi du pays. Le Sénat coutumier souhaitait que le congé bénéficie d'une compensation financière supportée par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie à raison de 5 000 F CFP par journée de congé et par salarié concerné si le salarié ne bénéficiait pas par ailleurs d'une autre indemnisation<sup>11</sup>. Selon le Sénat coutumier, cette mesure ne représentait qu'une somme de 21,4 millions de francs. Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a préféré renvoyer aux employeurs et aux organisations syndicales représentatives de salariés la négociation d'une éventuelle rémunération des congés pour responsabilités coutumières par la voie d'accords collectifs.

Cette modification proposée par le Sénat coutumier était en adéquation avec le régime juridique des congés des salariés élus à un mandat politique. Le code du travail prévoit en effet que lorsqu'ils ne sont pas imputés sur les congés payés, les absences liées à ces congés ne sont pas rémunérées<sup>12</sup>. Une certaine cohérence existait entre ces deux types de congés dans la

11 Le chef de la tribu, le grand chef et le président du conseil des chefs de clans perçoivent une indemnité pour leurs fonctions. Par conséquent, le Sénat coutumier souhaitait que seuls les chefs de clan soient indemnisés à hauteur de 5 000 F CFP par jour de congé, car ce sont les seuls à ne pas bénéficier d'une compensation financière découlant de leur responsabilité coutumière.

12 Art. Lp. 242-29 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

mesure où l'objet du congé était similaire, en permettant aux salariés d'assurer leur mandat de représentation. La plupart des mandats d'élus politiques bénéficiant d'une indemnité, la proposition de modification du projet de loi du pays concernait les seuls salariés ayant des responsabilités coutumières qui ne percevaient pas par ailleurs de compensation financière.

La même analogie peut être établie avec les congés pour participation à des compétitions sportives territoriales, nationales ou internationales ouvrant un droit à congé aux salariés concernés de 18 jours ouvrables par an. Ce congé n'est pas non plus rémunéré, mais le code du travail prévoit toutefois qu'il ouvre droit à une compensation de la diminution de la rémunération<sup>13</sup>. On retrouve des dispositions de même nature à propos du congé pour l'exercice d'une activité bénévole en tant qu'organisateur, officiel technique, encadrant ou dirigeant d'une association sportive<sup>14</sup>, ou encore pour les congés en faveur des entraîneurs sportifs<sup>15</sup>.

Dès lors et à la lueur du droit positif applicable aux autres types de congés, la demande du Sénat coutumier d'accorder, sinon le maintien de la rémunération, au moins l'octroi d'une compensation aux seuls salariés n'en bénéficiant pas, pouvait par analogie, apparaître légitime.

Les sénateurs coutumiers craignaient une dérive dans la prise des congés, notamment en soumettant le paiement du congé à la récupération d'heures supplémentaires exécutées préalablement ou à l'imputation de celui-ci sur les congés payés.

Au-delà de l'absence du droit à rémunération ou de compensation du congé affirmée par le législateur, laisser la fixation d'une éventuelle rémunération à la négociation collective prive *de facto* les salariés des entreprises dépourvues de délégués syndicaux et par conséquent de négociation collective de la possibilité de se voir accorder une quelconque rémunération. Or, la Nouvelle-Calédonie comprend une majorité de petites entreprises dans lesquelles la négociation collective n'existe pas. Afin d'éviter cet écueil, il est nécessaire que les organisations patronales et syndicales représentatives envisagent de négocier une rémunération ou une compensation financière *a minima* au niveau de la branche d'activité<sup>16</sup>.

Au demeurant, la précision du législateur concernant la possibilité de conclure des accords collectifs plus favorables que la loi est totalement superflue dans la mesure où les relations de travail sont encore à ce jour régies en Nouvelle-Calédonie par les principes de faveur et d'ordre public social consacrés par le législateur à chaque niveau de négociation collective<sup>17</sup>. En dehors de toute habilitation législative préalable, aucun accord collectif ne pourrait minorer ce droit au congé pour responsabilités coutumières.

13 Art. Lp. 242-39 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

14 Art. Lp. 242-46 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

15 Art. Lp. 242-55 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

16 La conclusion d'un accord collectif au niveau interprofessionnel et territorial permettrait d'éviter les disparités de situations entre les salariés concernés.

17 Art. Lp. 332-9 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie : application du principe d'ordre public social entre une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel et une convention ou un accord couvrant un champ territorial ou professionnel plus large ; art. Lp. 332-18 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie : application du principe d'ordre public social entre une convention de branche ou un accord professionnel ou interprofessionnel et un accord d'entreprise ou d'établissement.

Les différentes limites ou restrictions au champ d'application de la loi du pays du 28 mai 2018 instituant un congé pour responsabilités coutumières amènent à s'interroger sur les possibilités, mais aussi les risques d'évolution législative ou jurisprudentielle de ce dispositif.

## II. ... AUX CONGÉS COUTUMIERS ?

La loi du pays du 28 mai 2018 présente des risques potentiels d'élargissement de son champ d'application initial et, ce, même en l'absence de toute volonté législative d'étendre l'application de la loi du pays (A). Afin d'éviter la réalisation de ceux-ci, le législateur calédonien dispose encore de la possibilité d'adapter ou de faire évoluer le dispositif existant pour une meilleure égalité des droits (B).

### A. Les risques d'élargissement du champ d'application de la loi du pays du 28 mai 2018

La mise en œuvre de la loi du pays du 28 mai 2018 pourrait s'éloigner de l'esprit de la loi et être bien différente de la volonté du législateur. En effet, le principe de non-discrimination et son corollaire, celui de l'égalité de traitement pourraient venir jouer les trouble-fête en étendant le champ d'application initial de la loi du pays du 28 mai 2018 (1). Les salariés exclus du dispositif précité pourraient se fonder sur le principe d'égalité de traitement et plus précisément sur les effets discriminatoires d'une règle *a priori* neutre pour bénéficier d'un droit qui ne leur était pas ouvert *ab initio* (2).

#### 1. L'absence de définition de « l'exercice d'une responsabilité coutumière » au sein de l'article Lp. 112-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie

À l'occasion de l'adoption de cette loi du pays instituant un congé pour responsabilités coutumières, le législateur a ajouté un critère au principe de non-discrimination qui s'applique à tout moment de la relation de travail, celui de l'exercice d'une responsabilité coutumière.

La première partie de ce développement insistait sur le caractère fondamental de cet ajout, et pour cause, celui-ci peut désormais servir de fondement à l'élargissement du champ d'application de la loi du pays du 28 mai 2018. Il apparaît, en effet, que l'article Lp. 112-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie comprend désormais parmi les critères de non-discrimination, celui de « l'exercice d'une responsabilité coutumière ».

Contrairement aux congés coutumiers, et faute de précision en l'espèce, la notion d'exercice d'une responsabilité coutumière n'est définie ni *ratione materiae*, ni *ratione personae*. En l'absence de définition légale de cette notion permettant de délimiter son champ d'application, celle-ci doit s'appliquer dans toute sa plénitude. À cet égard, le principe de non-discrimination en raison de l'exercice d'une responsabilité coutumière englobe au moins deux situations que n'avait ni envisagé ni, très certainement, souhaité le législateur.

En premier lieu, la généralité des termes « responsabilité coutumière » sans autre précision légale telle qu'une limite quant à la coutume visée par le texte, appelle une application extensive de cette disposition. À la lueur du principe constitutionnel d'égalité de traitement, il n'est pas possible de cantonner le champ d'application *ratione materiae* de l'article Lp. 112-1 du Code du travail, aux seules responsabilités coutumières énoncées à l'article 2 de la loi du

pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007<sup>18</sup> et, *de facto*, aux seules autorités coutumières que sont le chef de clan, le chef de la tribu, le grand chef et le président du conseil des chefs de clans, à l'exclusion de toute autre autorité ou responsable coutumier.

Il appartiendra dès lors aux juges de définir les contours de la notion de « responsabilité coutumière ». À titre d'exemple, l'oncle utérin joue un rôle particulier dans les cérémonies de mariage au sein d'un clan dans la coutume kanak. À ce titre et à cette occasion particulière, il est difficile de considérer que celui-ci ne répond pas à l'exigence légale de l'« exercice d'une responsabilité coutumière », termes employés par l'article Lp. 112-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

Il est même possible de s'interroger sur le terme « coutumières » qui qualifie les responsabilités. Une interprétation extensive de l'article pourrait aller jusqu'à entendre ce terme au-delà du pluralisme juridique auquel il fait référence dans le contexte légal. En effet, peuvent également être englobées les coutumes au sens des « us et coutumes », c'est-à-dire toute habitude et pratique collective répondant aux critères jurisprudentiels de la généralité, la constance et la fixité. L'objectif de départ de se limiter à la coutume est bien dépassé, pour ne pas dire oublié, même si une telle interprétation amènerait à s'éloigner très fortement de la *ratio legis*... Dès lors, le nombre de salariés concernés par le respect du principe de non-discrimination est alors exponentiel et la logique d'identification des salariés envisagés lors de l'ajout du critère au sein de l'article posant le principe de non-discrimination s'en trouve particulièrement mise à mal...

En second lieu, le champ d'application *ratione materiae* n'est pas non plus défini pour l'application du critère de « l'exercice d'une responsabilité coutumière ». Ainsi, il ne précise pas qu'il se limite à l'exercice d'une responsabilité liée à la seule coutume kanak, à l'exclusion de toutes les autres coutumes. Or, au cours des débats lors de l'adoption de la loi du pays, la volonté de certains groupes politiques était particulièrement claire quant au fait de ne viser que la coutume kanak. Dans cette perspective, les salariés relevant d'autres coutumes, telles les coutumes wallisienne ou polynésienne, pourront revendiquer l'application du principe de non-discrimination fondée sur l'exercice d'une responsabilité relevant de leur propre système coutumier.

Est-il par ailleurs nécessaire que ces autres coutumes soient reconnues sur le plan du pluralisme juridique ? Rien ne l'indique et ne semble par conséquent l'obliger.

Si le nombre de responsables coutumiers wallisiens ou autres ayant également le statut de salarié d'une entreprise établie en Nouvelle-Calédonie reste mesuré, il n'en demeure pas moins que l'interprétation extensive du terme « responsabilité » employée par l'article Lp. 112-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie ne relève plus du seul cas d'école.

Ces extensions découlent toutes des effets de l'application du seul principe de non-discrimination et ne prennent pas en considération son corollaire le principe d'égalité de traitement.

18 Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, *JONC* du 30 janvier 2007, p. 647.

## 2. Du principe de non-discrimination à celui d'égalité de traitement

Même si le principe d'égalité de traitement ne figure pas expressément dans le code du travail de Nouvelle-Calédonie, celui-ci n'est pas pour autant inapplicable. Si la chambre sociale de la Cour de cassation s'est appuyée dans un premier temps sur des dispositions du code du travail métropolitain pour reconnaître l'existence d'un principe particulier d'égalité de traitement, dans le fameux arrêt Ponsolle « à travail égal, salaire égal »<sup>19</sup>, elle a dans un second temps rendu des arrêts sur le visa du principe d'égalité de traitement en dehors de tout texte<sup>20</sup>, l'érigeant dès lors en principe fondamental du droit du travail<sup>21</sup>. Ce caractère général permet d'en faire une appréciation totalement autonome par rapport au principe de non-discrimination.

À la lueur de ce principe d'égalité de traitement, il est possible d'aboutir aux mêmes résultats en termes d'élargissement du champ d'application *ratione materiae* de l'article Lp. 112-1 du Code du travail en englobant l'ensemble des coutumes, kanak et autres.

Au-delà, le principe d'égalité de traitement représente le volet positif du principe de non-discrimination. En effet, à la lueur de ce principe d'égalité de traitement, tout salarié a droit à la reconnaissance et à l'exercice, en pleine égalité, des droits et libertés reconnues au moins par le code du travail sans distinction fondée sur les critères énoncés à propos du principe de non-discrimination.

Ainsi, à l'instar du principe d'accommodement raisonnable reconnu au Canada dans la fameuse affaire O'Malley<sup>22</sup>, à partir du principe d'égalité, les employeurs de Nouvelle-Calédonie pourraient être contraints d'étendre des droits réservés à certains salariés sur le fondement du principe d'égalité de traitement. Ce principe d'accommodement raisonnable impose à l'employeur l'obligation d'accommoder un salarié afin de remédier aux effets discriminatoires d'une règle relativement aux critères légaux de non-discrimination. Ce concept est animé par l'exigence d'une absence de discrimination et une égalité de traitement non seulement formelle, mais aussi et surtout matérielle<sup>23</sup>. C'est ainsi que l'employeur dans l'affaire canadienne sus-évoquée a dû aménager les horaires de travail d'une salariée et n'a pu, sauf contrainte excessive, l'obliger à travailler périodiquement le samedi, alors que les croyances et pratiques religieuses (sabbat) l'interdisaient à la salariée.

Le congé pour responsabilité coutumière pourrait alors se transformer en un « congé coutumier », pour l'ensemble des salariés relevant de la coutume, sans pour autant exercer une des responsabilités visées par la loi de 2007 et ce, notamment en prenant appui sur le fait que l'on accorde des jours fériés pour des fêtes catholiques, mais pas pour des fêtes coutumières.

19 Cass. soc. 29 octobre 1996, n° 92-43.680.

20 Cass. soc. 10 juin 2008, n° 06-40.000.

21 A. Jeammaud, « Des principes d'égalité de traitement des salariés », *Dr. soc.* 2004, p. 697.

22 Commission ontarienne des droits de la personne et Theresa O'Malley c. Simpsons-Sears Limited et al., [1985] 2 R.C.S. 536.

23 Voir à ce propos : G. Trudeau : « L'obligation d'accommodement en milieu de travail : évolution ou révolution ? » in J.-F. Gaudreault-Desbiens (dir.), 2009, *Le droit, la religion et le « raisonnable » : le fait religieux entre monisme étatique et pluralisme juridique*, Thémis, p. 169, spéc. p. 174.

Autre exemple, le principe d'égalité de traitement pourrait également justifier le fait que le congé pour responsabilité coutumière soit au moins indemnisé en se fondant sur le fait que l'ensemble des autres congés particuliers ouvrent droit, à l'exclusion du seul congé pour responsabilité coutumière, à une compensation de la perte financière.

Le risque d'un élargissement des situations individuelles fondées non seulement sur des salaires d'origine culturelle différente, comme les salariés relevant de la coutume, mais aussi sur l'appartenance ou la pratique d'une religion ou autre, est important.

L'application pleine et entière du principe d'égalité de traitement destiné à contribuer à lutter contre les formes indirectes de discrimination et à favoriser la construction du destin commun pourrait mener à un effet contreproductif d'une individualisation des droits par la multiplication des revendications individuelles fondées sur la diversité culturelle de la Nouvelle-Calédonie<sup>24</sup>.

L'objectif premier de la loi du pays du 28 mai 2018 était de prendre en considération les événements coutumiers afin que les salariés concernés puissent bénéficier d'un véritable droit à congé pour y participer. Comment dès lors faire évoluer le dispositif légal existant de façon à atteindre cet objectif en minimisant les risques juridiques et judiciaires, à défaut de les supprimer ?

## **B. Les évolutions possibles du système pour une meilleure prise en considération des événements coutumiers**

Avant même de proposer de nouvelles mesures ou des modifications aux dispositions actuelles (2) ayant pour objet de prendre en considération des événements coutumiers, il apparaît opportun d'évoquer des dispositifs existants ou passés ayant ou ayant eu exactement le même objet (1).

### **1. La reprise de dispositifs antérieurs ou existants**

Un droit à congé pour événements coutumiers avait été organisé par l'article 32 de l'ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de Nouvelle-Calédonie et dépendances. Cet article disposait que :

*Un arrêté du chef du territoire pris en conseil de gouvernement fixe, sur proposition des représentants des groupements de droit particulier local, la date et les conditions, dans lesquelles la fête des ignames ouvre droit à une autorisation d'absence dont le même arrêté détermine la durée. Un arrêté pris comme il a été dit ci-dessus fixe en outre les règles selon lesquelles, dans la limite de cinq jours par an, des autorisations d'absence peuvent être accordées à l'occasion d'événements à caractère familial, coutumier ou culturel.*

Ce texte avait été abrogé par l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail [...] en Nouvelle-Calédonie, qui, comme son titre l'indique, n'a repris que les principes directeurs, à l'exclusion de tous les autres.

<sup>24</sup> Coutume wallisienne, fête du Têt et autres fêtes asiatiques, ensemble des religions voire des phénomènes sectaires...

Il y a plus de trente-cinq ans, la prise en considération des évènements coutumiers par les entreprises calédoniennes avait déjà été édictée. Qui plus est, le champ d'application de cet article était bien plus étendu et général que celui adopté dans le cadre de la loi du pays du 28 mai 2018. L'ordonnance précitée de 1982 ne limitait ni les salariés susceptibles de bénéficier de ce droit à absence exceptionnelle ni les évènements pouvant justifier ces absences. En effet, non seulement l'ordonnance avait vocation à s'appliquer à l'ensemble des salariés de l'entreprise : responsables coutumiers, salariés soumis à des coutumes et salariés régis par le droit commun, mais elle visait aussi l'ensemble des évènements sans distinction, qu'il s'agisse des évènements à caractère coutumier, familial ou culturel. Ces autorisations exceptionnelles d'absence étaient qualifiées par l'ordonnance de « congés exceptionnels ». Le dispositif légal adopté en 2018 s'avère beaucoup plus réducteur que celui édicté par l'ordonnance de 1982. Cette dernière présentait en outre le mérite de respecter scrupuleusement le principe d'égalité de traitement, même si les effets engendrés par cette disposition étaient susceptibles de poser les mêmes difficultés en termes d'organisation de l'entreprise, de gestion des absences des salariés et de l'hétérogénéité des demandes des salariés.

Les salariés pouvaient ainsi obtenir des autorisations d'absences exceptionnelles d'au minimum six jours par an dans la mesure où la durée d'absence pour la fête de l'igname était fixée par arrêté du chef du territoire et s'ajoutait aux cinq autres jours maximum d'absences pour les autres évènements.

Au demeurant, ces autorisations d'absence exceptionnelle figurent aussi à l'article 79 de l'Accord Interprofessionnel Territorial (AIT) actuellement en vigueur.

Cette clause négociée par les partenaires sociaux était déjà présente dans le premier AIT conclu le 13 juillet 1984. À cette époque, l'ordonnance de 1982 était encore en vigueur. L'AIT ouvrait la possibilité d'obtenir des autorisations d'absences à l'occasion d'évènements à caractère familial, coutumier ou culturel, même s'il ne s'agissait que d'une faculté sans caractère contraignant pour l'employeur. Depuis 1985 et l'abrogation de l'ordonnance de 1982, la mise en place de ces congés pour évènements coutumiers était par conséquent laissée à la libre appréciation de l'employeur ou pouvait être négociée par accord collectif au niveau de l'entreprise.

L'accord interprofessionnel territorial, dont l'article 79 n'a jamais été modifié malgré l'abrogation de l'ordonnance de 1982, demeure applicable. Celui-ci ne distingue pas selon que le salarié occupe ou non des responsabilités coutumières pour pouvoir demander une autorisation exceptionnelle d'absence. Son champ d'application est en outre identique à celui de l'ordonnance de 1982. En ce sens, même s'il ne revêt aucune force obligatoire contraignante pour les entreprises et se cantonne à inciter les entreprises à la négociation collective, l'AIT s'avère plus conforme au respect du principe d'égalité que la loi du pays de 2018 étant donné qu'il reprend le contenu de l'ordonnance de 1982.

Au surplus, il apparaît que la loi du pays du 28 mai 2018 n'ayant pas le même objet, ou selon les cas, la même cause que l'article 79 de l'AIT encore en vigueur, peut parfaitement se cumuler, en l'absence de disposition législative contraire, avec le congé d'au maximum six jours pour responsabilités coutumières. Le risque est alors pour l'entreprise ayant conclu un accord collectif au titre de l'article 79 de l'AIT de devoir se conformer aux deux types de congés (coutumiers et pour responsabilité coutumière).

Afin de faire évoluer le dispositif existant, il pourrait être opportun de légaliser l'article 79 de l'AIT. Sur le plan de la forme, il conviendrait de modifier le fait que les autorisations d'absence sont à la discrétion de l'employeur en remplaçant le verbe « pouvoir » par « devoir ». Quant au fond, il est indispensable qu'il y ait une volonté et un *consensus* politiques pour étendre les champs d'application *ratione materiae et personae* de la loi du pays du 28 mai 2018, ce qui n'est pas le cas à ce jour.

## 2. L'évolution du régime juridique de la loi du pays du 28 mai 2018

Si la distinction symbolique est forte entre l'expression « autorisation exceptionnelle d'absence » et celle de « droit à congé », les régimes juridiques entre les deux sont assez proches, voire identiques lorsque le droit à congé n'emporte pas droit au versement d'une rémunération.

Ainsi, au regard du principe d'égalité sus-évoqué, il serait souhaitable sur un plan juridique d'envisager l'octroi d'une compensation financière lors de la prise de ce congé. Il apparaît que le législateur n'a pas voulu faire supporter cette charge aux entreprises, ni l'inscrire au budget de la Nouvelle-Calédonie. L'article Lp. 242-77 nouveau du code du travail se cantonne à préciser qu'« une convention ou un accord collectif du travail peut prévoir la rémunération de ce congé » sans autre mesure. Le législateur avait la possibilité sans imposer une compensation financière d'être plus incitatif et de contraindre *a minima* les entreprises à une obligation de négocier sur ce thème. Il pouvait ainsi instaurer une simple obligation annuelle de négocier au niveau des entreprises et au niveau des branches sur la compensation financière du congé pour responsabilités coutumières, tout en précisant que l'obligation annuelle de négocier disparaît dès lors qu'un accord collectif est conclu sur ce sujet. Il ne s'agit bien évidemment que d'une obligation de négocier et non pas de conclure, comme pour toutes les obligations de négocier. Inscrire cette obligation dans le code du travail présente l'avantage de s'assurer que le thème sera obligatoirement évoqué au moins une fois l'an tant qu'aucun accord collectif n'est pas conclu.

L'autre moyen dont disposait le législateur était la possibilité pour les salariés ayant des responsabilités coutumières d'éventuellement modifier leurs jours fériés pour des événements pour lesquels ils ne se sentent pas concernés. La gestion plus individualisée des jours fériés, au-delà même des seuls salariés ayant des responsabilités coutumières, par tous les salariés de l'entreprise, est une des solutions respectueuses du principe d'égalité de traitement. En revanche, assouplir le régime des jours fériés présente aussi le fort inconvénient d'imposer à l'employeur une gestion individualisée de ces jours variables d'un salarié à l'autre. Ce propos doit néanmoins être nuancé par le fait qu'il est envisageable de planifier ces jours « fériés » longtemps à l'avance dans la mesure où les événements qu'ils soient d'ordre culturel, coutumier ou familial sont pour la plupart généralement connus très en amont. La question de la perturbation du fonctionnement de l'entreprise doit néanmoins être posée en tant que critère objectif, encadré et contrôlé par les juges du fond, permettant le refus du congé, à l'instar de ce qui existe pour les autres congés payés.

À l'issue de ces développements, force est donc de constater que la loi du pays du 28 mai 2018 constitue à n'en point douter une avancée sans précédent, au moins sur le plan symbolique, de la volonté de prendre en considération la coutume dans les relations de travail.

Le législateur calédonien apporte ainsi une réponse à la position de la Cour de cassation qui soumet les relations de travail au droit légiféré, à l'exclusion de la norme coutumière. Si la

haute juridiction refuse d'appliquer directement la coutume dans les relations de travail, son arrêt de 2010<sup>25</sup> n'a pas pour objet d'exclure la prise en considération des valeurs coutumières dans les relations individuelles et collectives de travail. Mais pour ce faire, il convient que le législateur calédonien légifère. Tel est désormais le cas s'agissant des congés pour responsabilité coutumière.

Suite à l'adoption de cette première loi du pays imposant le respect de considérations coutumières, le principe de non-discrimination et plus particulièrement celui d'égalité de traitement, risquent d'imposer au législateur calédonien d'aller au-delà de ce congé pour responsabilité coutumière en étendant le champ d'application du dispositif non seulement *ratione personae*, à l'ensemble des salariés relevant ou non de la coutume, mais aussi *ratione materiae*, à l'occasion des événements coutumiers, culturels et familiaux. Sur le plan du régime juridique, le principe d'égalité de traitement pourra être utilement invoqué afin d'accorder *a minima* une compensation financière aux salariés prenant des congés pour responsabilité coutumière.

La jurisprudence qui se forgera autour des dispositions de cette loi du pays pourra utilement se fonder sur le principe d'égalité de traitement pour parvenir à modifier profondément tant le champ d'application que le régime juridique de la loi du pays instituant un congé pour responsabilité coutumière.

En voulant prendre en considération la diversité culturelle de la Nouvelle-Calédonie et la reconnaissance de la coutume dans le droit du travail contemporain, le législateur calédonien a ouvert une boîte de Pandore. La loi du pays de 2018 ne porte-t-elle pas en elle, sinon une obligation, au moins une forte incitation à aller plus loin ?

---

25 Cass. soc. 10 février 2010, préc.

### **III. ENTREPRISE ET ENVIRONNEMENT INTERNATIONAL**

**LES INCERTITUDES DU DROIT APPLICABLE AUX CONTRATS INTERNATIONAUX EN NOUVELLE-CALÉDONIE<sup>1</sup>**

**Christine Bidaud**

Université de la Nouvelle-Calédonie

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité *sui generis* dont le statut et le fonctionnement sont régis par la Constitution française et par une loi organique du 19 mars 1999<sup>2</sup>. Bien que faisant partie du territoire de la République française, elle est autonome sur de nombreux points et le sera de plus en plus puisqu'un transfert progressif de compétences de l'État vers la Nouvelle-Calédonie est en cours. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie n'a pas toujours le même droit que le reste de la France<sup>3</sup>. Prévus dans l'accord de Nouméa du 5 mai 1998<sup>4</sup>, ces transferts de compétences sont organisés par la loi organique de 1999<sup>5</sup> aux articles 20 et suivants, complétée par une loi du pays du 20 janvier 2012<sup>6</sup>.

En ce qui concerne la compétence en matière de droit civil et de droit commercial, elle a été transférée à la Nouvelle-Calédonie le 1<sup>er</sup> juillet 2013. Ainsi, les textes de droit civil et commercial applicables en Nouvelle-Calédonie, à quelques exceptions près, sont ceux qui étaient en vigueur en France au 1<sup>er</sup> juillet 2013, auxquels il convient d'ajouter les lois dites « du pays » adoptées par le législateur calédonien depuis. En revanche, aucune des réformes adoptées par le parlement national depuis cette date dans ces domaines ne s'applique en Nouvelle-Calédonie, là encore à quelques exceptions près<sup>7</sup>. Pour ce qui concerne la signature d'accords internationaux, il est certain qu'il s'agit d'une compétence partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie depuis 1999. La Nouvelle-Calédonie peut, d'une part, dans les domaines de compétence relevant de l'État, se voir confier par les autorités de la République le pouvoir de négocier et signer des accords avec un ou plusieurs États, territoires ou organismes régionaux du Pacifique et avec les organismes régionaux dépendant des institutions spécialisées des Nations unies<sup>8</sup>, d'autre part, dans ses propres domaines de compétences, à condition de respecter les engagements internationaux, pris avec la République française, elle peut négocier des accords avec un ou plusieurs États, territoires ou organismes

1 Article mis à jour en avril 2020.

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

3 On notera également sans le développer compte tenu du sujet de la présente contribution que cette singularité ne se limite pas à une différence de droit « civil » commun. Il existe en plus deux statuts, chacun étant régi par un *corpus* juridique différent. Le premier, dit « statut civil de droit commun » est régi par le droit civil commun. Le second, appelé « statut civil coutumier » est régi par la coutume kanak.

4 Accord sur la Nouvelle-Calédonie signé à Nouméa le 5 mai 1998, *JORF* 27 mai 1998, p. 8039.

5 À laquelle il faut ajouter la loi organique n° 2009-969 du 3 août 2009 relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte, *JORF* 6 août 2009, p. 13095.

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

7 Par commodité de langage, les qualificatifs de « calédonien » et de « métropolitain » seront utilisés bien que le second ne soit pas parfaitement exact.

8 Art. 28 al. 1<sup>er</sup> de la loi organique du 19 mars 1999.

régionaux du Pacifique et avec les organismes régionaux dépendant des institutions spécialisées des Nations unies<sup>9</sup>. Depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013, la Nouvelle-Calédonie peut donc, sans autorisation de l'État français, négocier des conventions internationales en matières civile et commerciale avec des partenaires se situant dans le Pacifique à condition de ne pas porter atteinte aux accords négociés par la France.

L'apparente clarté de ces dispositions ne suffit toutefois nullement à déterminer avec précision le droit applicable aux contrats internationaux en Nouvelle-Calédonie... On remarquera en effet que le droit international privé ne figure dans aucun texte relatif aux transferts de compétences. Faut-il considérer qu'il ne s'agit que de la dimension internationale du droit civil et du droit commercial et que, par conséquent, l'élaboration des règles de conflit a été transférée au législateur calédonien en même temps que le droit interne ? Ou bien s'agit-il d'une matière à part dont le transfert de compétence n'a même pas été envisagé ? Le mystère reste entier puisqu'à ce jour la question n'a jamais été posée aux juges ou aux législateurs (nationaux et calédoniens).

Surtout, la mise en place d'une compétence partagée en matière de négociation des accords internationaux ne résout pas les nombreuses difficultés liées à l'applicabilité des normes internationales et des règles de l'Union européenne<sup>10</sup> en Nouvelle-Calédonie. Sur ce point, il faut composer avec les différents statuts qu'a eus la Nouvelle-Calédonie au fil des époques et avec la manière dont les textes sont rédigés (I). Pour ce qui est spécifiquement du droit des contrats commerciaux internationaux, la question majeure est celle de la sécurité juridique et de la prévisibilité. Or, face au transfert des compétences, il règne une très grande incertitude quant à l'efficacité des techniques d'anticipation des litiges habituellement utilisées dans les contrats internationaux (II).

## **I. L'APPLICABILITÉ DES NORMES INTERNATIONALES ET DES RÈGLES DE L'UNION EUROPÉENNE FACE À L'ÉVOLUTION DU STATUT DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE**

En droit international privé, on distingue classiquement les normes internationales (A) de celles issues de l'Union européenne (B), leur nature n'étant plus la même. La distinction prend encore un autre sens lorsqu'on l'envisage en termes de normes applicables aux contrats internationaux en Nouvelle-Calédonie.

### **A. L'applicabilité en Nouvelle-Calédonie des conventions internationales intéressant les contrats internationaux**

Lorsqu'il est question de l'applicabilité d'une norme internationale, le raisonnement à mener est toujours le même. Il convient de vérifier les trois champs d'application, *i.e.* les champs matériel, temporel et spatial, pour s'assurer que la norme en cause est bien applicable à la situation. De manière schématique et simplifiée, il faut donc vérifier que l'objet de la convention

9 Art. 29 al. 1<sup>er</sup> et 2<sup>nd</sup> de la loi organique du 19 mars 1999.

10 Par commodité de langage l'expression « Union européenne » sera utilisée quelle que soit l'époque à laquelle la norme européenne a été adoptée.

correspond à celui du litige ou plus généralement de la question juridique qui se pose ; puis que la convention en cause est effectivement en vigueur et en application au moment où le litige se produit ou que l'action est introduite ; et, enfin, que les États intéressés ont signé et ratifié la norme<sup>11</sup>. Or, la vérification de ces trois champs d'application pour déterminer si la norme en cause est applicable ou non en Nouvelle-Calédonie peut s'avérer particulièrement complexe.

En effet, si depuis la loi organique de 1999 la signature d'accords internationaux est une compétence partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie<sup>12</sup>, tel n'était pas le cas avant. La Nouvelle-Calédonie, bien qu'ayant toujours eu un statut spécial<sup>13</sup>, n'était pas un territoire doté de l'autonomie progressive telle qu'elle est définie et mise en place par l'accord de Nouméa et la loi organique de 1999. Dès lors on aurait pu supposer que les conventions internationales signées par la France avant la promulgation de ces textes étaient applicables en Nouvelle-Calédonie sans difficulté. Cette dernière avait certes un statut spécial, mais non une autonomie ou du moins un pouvoir concurrent en la matière. En réalité, la réponse est loin d'être évidente. Deux exemples permettent d'illustrer l'imbroglio juridique résultant de la confrontation du statut particulier de la Nouvelle-Calédonie à la teneur des clauses relatives au champ d'application territorial contenues dans les conventions internationales.

On retiendra d'abord la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels<sup>14</sup>. Ce texte est entré en vigueur en France en 1964, *i.e.* à une époque où il n'était pas question de partage des compétences en matière d'engagements internationaux. On pourrait dès lors croire que son applicabilité en Nouvelle-Calédonie n'est guère sujette à discussion. Pourtant, la convention précise à l'article 10 :

*La présente Convention s'applique de plein droit aux territoires métropolitains des États contractants. Si un État contractant en désire la mise en vigueur dans tous les autres territoires, ou dans tels des autres territoires dont les relations internationales sont assurées par lui, il notifiera son intention à cet effet par un acte qui sera déposé auprès du ministère des Affaires étrangères des Pays-Bas. Celui-ci en enverra, par la voie diplomatique, une copie, certifiée conforme, à chacun des États contractants.*

Quelle que soit la période de l'histoire considérée, il est certain que la Nouvelle-Calédonie n'a jamais été un territoire métropolitain... L'État français a-t-il pris le soin de faire la déclaration prévue à l'alinéa 2 de l'article 10 afin que la convention de La Haye soit applicable en Nouvelle-Calédonie, et plus largement aux territoires français non métropolitains ? On peut l'espérer. Toutefois, malgré un certain nombre de recherches, il n'a pas été possible de trouver trace de cette déclaration. Compte tenu de l'importance de la convention de La Haye de 1955 en matière d'échanges internationaux, il est plus que regrettable de ne pas avoir de certitude quant à son applicabilité en Nouvelle-Calédonie, voire dans tout l'outre-mer.

11 En outre, en matière de conflits de lois, il est même possible de désigner comme droit matériel applicable la loi d'un État n'ayant pas ratifié la norme lorsque le texte est à vocation universelle.

12 Voir *supra* et les art. 28 et s. de la loi organique de 1999.

13 Sur les différents statuts de la Nouvelle-Calédonie, voir M. Chauchat, *Les institutions en Nouvelle-Calédonie – Institutions politiques et administratives*, éd. SCEREN, coll. Université, 2011, spéc. le tableau récapitulatif p. 8.

14 Sur l'ensemble de la convention, V. G. A. L. Droz, « Entrée en vigueur de la Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels », *Rev. Crit. DIP*, 1964, p. 663.

Le second texte que l'on peut retenir pour illustrer ces difficultés d'applicabilité des normes internationales liées au statut de la Nouvelle-Calédonie est la convention des Nations unies conclue à Vienne le 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises<sup>15</sup>. Bien que signée dès 1981, la convention n'est entrée en vigueur en France que le 1<sup>er</sup> janvier 1988. En tant que texte de droit matériel uniforme largement inspiré de la *lex mercatoria*, il est l'un des plus importants en matière de contrats commerciaux internationaux. Il contient un article 93 selon lequel :

1. *Tout État contractant qui comprend deux ou plusieurs unités territoriales dans lesquelles, selon sa constitution, des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente Convention pourra, au moment de la signature, de la ratification, de l'acceptation, de l'approbation ou de l'adhésion, déclarer que la présente Convention s'appliquera à toutes ses unités territoriales ou seulement à l'une ou plusieurs d'entre elles et pourra à tout moment modifier cette déclaration en faisant une nouvelle déclaration.*
2. *Ces déclarations seront notifiées au dépositaire et désigneront expressément les unités territoriales auxquelles la Convention s'applique.*
3. *Si, en vertu d'une déclaration faite conformément au présent article, la présente convention s'applique à l'une ou plusieurs des unités territoriales d'un État contractant, mais non pas à toutes, et si l'établissement d'une partie au contrat est situé dans cet État, cet établissement sera considéré, aux fins de la présente Convention, comme n'étant pas situé dans un État contractant, à moins qu'il ne soit situé dans une unité territoriale à laquelle la Convention s'applique.*
4. *Si un État contractant ne fait pas de déclaration en vertu du paragraphe 1 du présent article, la Convention s'appliquera à l'ensemble du territoire de cet État.*

On notera que la convention ne donne aucune définition de ce qu'il faut entendre par « unité territoriale ». S'agit-il seulement de considérations géographiques ? Compte tenu de la suite du texte qui précise « dans lesquelles, selon sa constitution, des systèmes de droit différents s'appliquent dans les matières régies par la présente convention », une réponse négative s'impose. Mais dans ce cas, quel degré d'autonomie exige-t-elle pour considérer qu'il existe plusieurs unités territoriales au sein d'un État ? Au moment de la signature de la convention, en 1981, le transfert de compétence tel qu'il est conçu par la loi organique de 1999 n'existait pas. Pour autant, la Nouvelle-Calédonie était d'ores et déjà autonome dans certains domaines (droit du travail, procédure civile, etc.). Le 4<sup>e</sup> point de l'article 93 permet fort heureusement de lever toute ambiguïté quant à l'application de la convention de Vienne en Nouvelle-Calédonie. Celui-ci précise qu'en l'absence de déclaration, la convention s'applique sur l'ensemble du territoire de l'État signataire. La France n'ayant fait aucune déclaration et la Nouvelle-Calédonie étant toujours un territoire français, la convention de Vienne y est assurément applicable.

En ce qui concerne les conventions signées postérieurement à la loi organique instituant la compétence partagée et au transfert de compétence en matières civile et commerciale, très peu intéressent les contrats internationaux. Pour ce qui est des conventions signées dans le cadre de la Commission des Nations unies pour le droit commercial international, la même formule que celle utilisée dans la convention de Vienne semble acquise : à défaut de déclaration par l'État qui comporte deux ou plusieurs unités territoriales, la convention s'applique sur

15 Sur l'ensemble du texte, voir not. Ph. Kahn, « La Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises », *Rev. Intern. de droit comp.*, 1981, 33-4, p. 951.

l'ensemble du territoire<sup>16</sup>. Dès lors, malgré l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie en matière civile et commerciale, les conventions devraient y être applicables.

Quant à la conférence de La Haye, elle a également adopté une formulation bien plus précise. Elle prévoit aujourd'hui dans ses conventions une formule équivalente à celle des Nations unies, *i.e.* les États comprenant plusieurs unités territoriales peuvent faire une déclaration concernant l'applicabilité du texte ; à défaut le texte est réputé applicable dans toutes les unités territoriales<sup>17</sup>. Quel que soit l'objet de ces conventions, elles devraient donc également être applicables en Nouvelle-Calédonie.

Une telle conclusion laisse toutefois songeur quant à l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie. En effet, si l'État français signe une convention internationale relative à des engagements de conformité de son droit interne à des principes ou des règles prévus dans le texte international, il oblige aussi le législateur calédonien et réduit alors sa liberté de décider de ses propres règles en matière de droits civil et commercial...

### **B. L'applicabilité en Nouvelle-Calédonie des normes issues de l'Union européenne**

La Nouvelle-Calédonie a un statut de PTOM (Pays et Territoire d'Outre-Mer) vis-à-vis de l'Union européenne. En vertu de l'article 299 du Traité CE<sup>18</sup>, ses relations avec l'Union européenne sont régies par un régime d'association : elle ne fait pas partie du territoire de l'Union. C'est un territoire français, mais hors Union européenne. Du point de vue du droit applicable, il ne fait donc aucun doute que les règlements de l'Union européenne, qu'ils concernent le commerce et les contrats internationaux ou un autre sujet, ne s'appliquent pas en Nouvelle-Calédonie. Il faut toutefois prendre garde à ne pas en tirer de conclusion trop hâtive... Le droit de l'Union européenne a changé de nature au fil de la construction européenne. À compter du traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 instaurant « un espace de liberté, de sécurité et de justice », le système conventionnel a laissé la place à un ensemble de règlements de l'Union européenne directement applicables dans les États membres<sup>19</sup>. Ainsi, en matière de droit international privé, les relations juridiques entre les personnes de droit privé résidant<sup>20</sup> dans les États membres ne sont plus régies par des conventions européennes requérant l'adhésion de chacun des États, mais par des règlements de l'Union européenne s'imposant à tous les États membres, exception faite des accords de coopération renforcée qui ne concernent que les États membres participant à ceux-ci. Sous l'ancien système, *i.e.* le système conventionnel, chaque État ratifiait les conventions qui s'appliquaient alors sur l'intégralité de son territoire. Ainsi, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 régissant la

16 Voir par exemple, l'article 18 de la convention des Nations unies sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats commerciaux internationaux du 23 novembre 2005, non signée par la France.

17 Voir par exemple, l'article 55 de la convention de La Haye sur la protection internationale des adultes du 13 janvier 2000.

18 Version consolidée de Nice, ex. art. 227.

19 Sur l'évolution du droit international privé issu de l'Union européenne, voir A. Borràs, 2006, *Le droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives*, Recueil des cours de l'Académie de La Haye, vol. 317.

20 Bien que la résidence dans un État membre soit le principal, d'autres critères d'applicabilité des règlements existent cependant.

compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale<sup>21</sup> et la convention de Rome du 19 juin 1980<sup>22</sup> régissant la loi applicable aux obligations contractuelles se sont appliquées sur l'intégralité du territoire français, Nouvelle-Calédonie comprise, dès leur entrée en vigueur. En revanche, elles ont été remplacées en métropole et dans les départements d'outre-mer par le règlement qui leur a succédé lors de la communautarisation du droit européen et de l'adoption des dits règlements. Pour ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, l'article 68 du règlement de Bruxelles 1<sup>23</sup> et l'article 24 du règlement de Rome 1<sup>24</sup> prévoient la survie des conventions pour « les territoires des États membres qui entrent dans le champ d'application territorial de cette convention et qui sont exclus du présent règlement en vertu de l'article 299 du traité ». Dès lors, ces deux conventions sont toujours en vigueur en Nouvelle-Calédonie, bien qu'elles aient été remplacées en métropole par les règlements de l'Union européenne du même nom. Les règlements visant à améliorer les systèmes et les règles mis en place par les conventions, il apparaît tout à fait regrettable qu'ils ne puissent s'appliquer en Nouvelle-Calédonie.

De plus, on ne peut que constater la différence de textes applicables en Nouvelle-Calédonie et en métropole lorsque le contrat ou le litige intéresse un autre État membre de l'Union européenne. Si la Nouvelle-Calédonie veut développer les relations commerciales avec certains des États membres de l'Union européenne, une telle différence risque de provoquer beaucoup d'erreurs et d'incertitudes. On remarquera, en effet, que le même litige n'est pas régi par les mêmes règles de compétence internationale et par les mêmes règles de conflit de lois selon qu'il est porté devant une juridiction calédonienne ou devant une juridiction métropolitaine, alors que les deux sont des juridictions françaises. De la même manière, les procédures de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues par les juridictions des États membres ne sont pas les mêmes en métropole et en Calédonie. Il y a dans ces disparités des freins évidents au développement du commerce et des contrats internationaux liés à un manque de clarté, mais surtout de prévisibilité juridique. D'autant que l'on peut raisonnablement douter du fait que les sociétés implantées dans ces États membres et leurs juristes fassent bien la différence entre le droit applicable en métropole et le droit applicable en Nouvelle-Calédonie<sup>25</sup>...

Au-delà de la question de l'applicabilité des normes issues de l'Union européenne en Nouvelle-Calédonie envisagée *stricto sensu*, c'est celle du pouvoir de l'Union européenne d'engager les États membres qui se pose. La difficulté peut être illustrée par la convention concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en

21 Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, *JOCE* du 31 décembre 1972, p. 32.

22 Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOCE* du 26 janvier 1998, C27/34. Pour la métropole, ce texte a été remplacé par le règlement dit Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, non applicable en Nouvelle-Calédonie.

23 Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, dit Bruxelles 1, *JOCE* du 16 janvier 2001 p. 1 ; remplacé depuis par le Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale dit Bruxelles 1 bis (*JOEU* du 20 décembre 2012, L 351/1), sans que cela ne change la solution.

24 Règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *JOUE* du 4 juillet 2008, L 177/6.

25 Sur ce point, voir *infra* II.

matière civile et commerciale du 30 octobre 2007, dite convention de Lugano 2<sup>26</sup>. Ce texte vise à régir la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale entre, d'une part, les États membres de l'Union européenne et, d'autre part, le Danemark, l'Islande, la Norvège et la Suisse. Cette convention a été signée le 30 octobre 2007 directement par l'Union européenne et elle vise à remplacer la convention du 16 septembre 1988 ayant le même objet, dite convention de Lugano 1. Cette dernière régissait les rapports entre les États membres de l'Union européenne et certains États de l'AELE<sup>27</sup> (l'Islande, la Norvège et la Suisse).

En signant la convention de Lugano 2, l'Union européenne a engagé tous les États membres et permis l'entrée en vigueur du texte sur leur territoire le 1<sup>er</sup> janvier 2010. Mais l'Union européenne n'a pas le pouvoir d'engager les PTOM<sup>28</sup>... Pour que ce texte puisse être en vigueur en Nouvelle-Calédonie, il faut impérativement que la France le ratifie également. Or, la loi autorisant cette ratification n'a été adoptée que le 26 septembre 2019<sup>29</sup>. On constate que si la situation est sur le point de changer, pendant près de dix ans, elle était la même que celle précédemment évoquée : les règles applicables, plus précisément les normes internationales ou issues de l'Union européenne, ne sont pas les mêmes en métropole et en Nouvelle-Calédonie.

Au-delà de la question des normes applicables, ce sont les raisonnements habituellement utilisés dans les contrats internationaux qui posent difficultés, spécialement ceux classiquement utilisés comme techniques d'anticipation des litiges. Le transfert des compétences étatiques vers la Nouvelle-Calédonie entraîne de nombreuses questions sans réponse et se révèle source d'insécurité juridique.

## II. LES TECHNIQUES D'ANTICIPATION DES LITIGES DANS LES CONTRATS INTERNATIONAUX FACE AU TRANSFERT DES COMPÉTENCES

Prétendre à l'exhaustivité dans un domaine aussi vaste est impossible. Seuls deux types de clauses fréquemment insérées dans les contrats internationaux en vue d'anticiper un potentiel litige seront envisagés : les clauses d'*electio juris* (A) et les clauses compromissaires (B).

### A. Les clauses d'*electio juris*

La clause d'*electio juris*, appelée également clause de choix de loi, est celle par laquelle les parties décident à l'avance que, en cas de litige dans l'exécution du contrat, celui-ci sera réglé par application du droit matériel de tel ou tel pays. Ces clauses sont extrêmement courantes dans les contrats internationaux, spécialement ceux intéressant le commerce international. La raison s'en comprend aisément : elles participent à la prévisibilité juridique et permettent de mettre les parties en confiance puisqu'en cas de problème, elles savent d'avance par quel droit il sera réglé. Ces clauses sont très largement admises dans les contrats internationaux,

26 Sur ce texte, voir le Rapport explicatif du Pr. Fausto Pocar, *JOEU* 23 décembre 2009, C319/1, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A52009XG1223%2804%29>

27 Association européenne de libre-échange.

28 Sur ce point, voir l'étude d'impact du Sénat : <https://www.senat.fr/leg/etudes-impact/pjl16-097-ei/pjl16-097-ei.pdf>  
29 *JORF* 27 septembre 2019, texte n° 2 : <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2019/9/26/EAEJ1608632L/jo/texte>

aussi bien sur le fondement du droit commun que sur celui de la convention de Rome du 19 juin 1980 applicable en Nouvelle-Calédonie<sup>30 31</sup>. Dès lors, on pourrait *a priori* penser qu'il n'y a aucun obstacle à ce qu'une société calédonienne insère une telle clause dans un contrat international qu'elle passerait avec une société étrangère quelle qu'elle soit et quel que soit le droit matériel désigné par la clause. La réalité est pourtant nettement plus complexe...

On l'a dit, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013, la Nouvelle-Calédonie est compétente en matière de droit civil et commercial. Cela signifie que le droit applicable en Nouvelle-Calédonie est celui qui était en vigueur en métropole au 1<sup>er</sup> juillet 2013, mais que toutes les réformes postérieures votées par le parlement français ne s'appliquent pas sur le territoire calédonien à quelques exceptions près. Le législateur calédonien a la possibilité d'adopter ses propres règles juridiques depuis cette date et celles-ci ne seront alors en vigueur que sur le territoire calédonien et non en métropole. Dès lors, si l'on insère une clause de choix de loi dans un contrat international signé entre une entreprise calédonienne et une entreprise étrangère et que l'on désigne le droit français comme applicable en cas de litige, de quel droit français s'agit-il ? Du droit français tel qu'il existe en métropole ou du droit français tel qu'il est en vigueur en Nouvelle-Calédonie ? Dans les deux cas, il s'agit bien de droit français puisque la Nouvelle-Calédonie est toujours une « partie » de la France. Faute de précision, il est possible que la clause conduise à l'application du droit français tel qu'il est en vigueur en métropole et, compte tenu des nombreuses réformes intervenues depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013, les différences peuvent être très importantes... *Quid* de la prévisibilité juridique pour l'entreprise calédonienne qui croyait s'être assuré de l'application du droit tel qu'il est en vigueur en Nouvelle-Calédonie ? La solution réside sans doute dans une rédaction extrêmement précise de la clause d'*electio juris*, i.e. l'indication que, en cas de litige, celui-ci sera résolu par application du droit français tel qu'il est en vigueur en Nouvelle-Calédonie ou bien tel qu'il est en vigueur en France métropolitaine selon ce que souhaitent les parties au contrat.

En outre, on précisera que l'insertion de ce type de clause dans un contrat conclu entre une entreprise calédonienne et une entreprise métropolitaine ne semble pas possible : le contrat n'a dans ce cas rien d'international... Pourtant, il existe bien deux droits différents ayant tous deux vocation à régir le contrat et les différends qui pourraient naître : le droit français tel qu'il est en vigueur en métropole et le droit français tel qu'il est en vigueur en Calédonie. Le contrat, tout comme les litiges qui pourraient naître de son exécution, met en exergue un conflit interne de normes et rien n'a été prévu pour le régler. Il y a ici une source d'incertitude juridique évidente à laquelle il faut ajouter celle qui existe en matière de clauses compromissoires.

## B. Les clauses compromissoires

L'insertion d'une clause compromissoire dans un contrat commercial international permet, en cas de litige, de ne pas faire juger l'affaire par une juridiction étatique, mais par un tribunal arbitral composé d'arbitres choisis par les parties. Le choix de l'arbitrage est le choix d'une certaine forme de justice : privée, discrète, rapide et donc particulièrement adaptée à la vie des affaires et du commerce. Pour autant, pour que cette forme de justice soit efficace, elle a

<sup>30</sup> Voir *supra*.

<sup>31</sup> Sur l'ensemble de la question, voir Th. Vignal, *Droit international privé*, Sirey, 2017, 4<sup>e</sup> éd., n° 426 et s. et B. Audit et L. d'Avout, *Traité de droit international privé*, LGDJ, 2018, 8<sup>e</sup> éd., n° 236 et s. et n° 1024 et s.

besoin d'être encadrée juridiquement. Sa nature privée implique nécessairement que des règles supplétives existent, *i.e.* des dispositions qui s'appliquent dans le silence de la convention d'arbitrage sur tel ou tel point. De telles dispositions sont particulièrement importantes en cas de blocage par une partie à des fins dilatoires ou encore en cas de difficulté, notamment quant aux modalités de désignation des arbitres ou encore quant à leur remplacement.

Si l'on cherche ces règles supplétives dans les normes internationales, on constate qu'il existe des conventions internationales relatives à l'arbitrage international, spécialement dans le cadre des Nations unies. Elles n'ont toutefois pas vocation à s'appliquer en toutes hypothèses et présentent les mêmes difficultés d'applicabilité que celles précédemment évoquées.

Du côté des textes internes, on ne peut que constater le vide juridique en la matière. En métropole, qu'il s'agisse de l'arbitrage en matière de commerce interne ou de commerce international, des dispositions supplétives sont certes présentes dans le code civil, mais elles sont surtout inscrites dans le code de procédure civile. Or le transfert de la compétence en matière de procédure civile à la Nouvelle-Calédonie est très ancien. En effet, si l'article 22, 18. de la loi organique du 19 mars 1999 affirme clairement qu'il s'agit d'une compétence calédonienne, c'est que le transfert de cette compétence avait commencé dès les décrets adoptés à la suite de la loi dite Cadre-Defferre du 23 juin 1956<sup>32</sup>. Dès lors, compte tenu de l'ancienneté de ce transfert de compétence, aucune des dispositions relatives aux règles supplétives en matière d'arbitrage du code de procédure civile métropolitain n'est applicable en Nouvelle-Calédonie. En particulier, le livre 4 du Code de procédure civile métropolitain qui régleme l'arbitrage international n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie. On regrettera surtout qu'il n'existe pas d'équivalent à l'article 1493 du Code de procédure civile métropolitain qui est le seul article absolument impératif puisqu'il précise que la convention d'arbitrage doit permettre de désigner le/les arbitre(s) ou de donner les modalités de leur désignation. L'inexistence d'un tel équivalent ne surprend toutefois guère : le terme « arbitrage » est tout simplement absent du Code de procédure civile calédonien. Seul l'alinéa premier de l'article 96 prévoit que « Lorsque le juge estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, il renvoie seulement les parties à mieux se pourvoir ». Certes la question de l'arbitrage international était sans doute moins prégnante au moment du transfert de compétence qu'elle peut l'être aujourd'hui. Mais, on regrettera d'autant plus que le législateur local ne se soit pas encore saisi de la question.

Du côté du Code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie, seul l'article L. 721-3 fait référence à l'arbitrage. Ce texte, identique à celui du Code de commerce métropolitain, prévoit que les tribunaux mixtes de commerce connaissent :

1. *des contestations relatives aux engagements entre commerçants, entre établissements de crédit ou entre eux;*
  2. *de celles relatives aux sociétés commerciales;*
  3. *de celles relatives aux actes de commerce entre toutes personnes.*
- Toutefois, les parties peuvent, au moment où elles contractent, convenir de soumettre à l'arbitrage les contestations ci-dessus énumérées.*

<sup>32</sup> Loi n° 56-619 du 23 juin 1956, mesures propres à assurer l'évolution des territoires relevant du ministère de la France d'outre-mer, *JORF* 24 juin 1956, p. 5782.

Néanmoins, en métropole, cet article est complété par le Code civil et le Code de procédure civile, ce qui n'est pas le cas en Nouvelle-Calédonie. En l'absence de textes complémentaires, que déduire de cet article ? Uniquement qu'il est possible de recourir à l'arbitrage dans les litiges commerciaux internes et internationaux en Nouvelle-Calédonie. Il n'y a pas de prohibition, mais il n'y a pas de réglementation non plus. Dès lors, lorsque l'on choisit d'insérer une clause compromissoire ou de rédiger un compromis d'arbitrage en Nouvelle-Calédonie, il est impératif de prévoir l'ensemble des éléments permettant l'institution et le déroulement de l'arbitrage. On ne saurait trop recommander de préciser dans la clause compromissoire, voire dans le compromis d'arbitrage, de renvoyer à l'un des règlements des chambres d'arbitrages internationales ou bien à des conventions internationales afin d'avoir des règles supplétives en cas de difficulté.

Afin de pallier ces incertitudes juridiques, trois préconisations peuvent être faites. La première consiste à réaliser un état des lieux des conventions internationales intéressant le commerce et les contrats internationaux et, pour chacun de ces textes, une vérification approfondie de son applicabilité doit être effectuée. La deuxième serait la création de règles de conflits internes de droit, c'est-à-dire de règles de répartition des compétences entre droit « métropolitain » et droit « calédonien », afin de clarifier non seulement le droit applicable aux échanges commerciaux entre les entreprises calédoniennes et les entreprises métropolitaines, mais aussi le droit applicable aux échanges commerciaux entre les entreprises calédoniennes et les entreprises étrangères en cas de clause d'*electio juris*. Et la troisième serait un renforcement du droit calédonien, c'est-à-dire du droit créé par le législateur calédonien afin d'avoir un véritable arsenal juridique à la disposition des acteurs du commerce. Le contrat est certes la loi des parties et en matière de commerce international la liberté contractuelle est particulièrement grande (peu de textes contraignants en comparaison à d'autres matières, domaine de prédilection de la loi d'autonomie, etc.). Toutefois, pour garantir la sécurité juridique, le cadre dans lequel cette liberté contractuelle s'exerce doit être clairement défini. En outre, si prévoyant soit-on, il est impossible de tout prévoir. L'instauration de règles supplétives est dès lors indispensable.

## Table ronde : « Trop de protectionnisme en Nouvelle-Calédonie ? »<sup>1</sup>, encadrée par Matthieu Buchberger

### Divy Bartra

Président de la Commission économie-fiscalité (MEDEF)

### Edouard Calvet

Membre du bureau du syndicat des commerçants

### Éric Chevrot

Membre du comité directeur de la FINC

### Chérifa Linossier

Présidente CPME-NC<sup>2</sup>

### ■ Matthieu Buchberger

Ce que je propose est que les participants à cette table ronde s'expriment successivement sur la question « Trop de protectionnisme en Nouvelle-Calédonie ? », puis rebondissent sur les propos des autres intervenants et des éventuelles questions de la salle, en essayant de conserver calme et modération.

### ■ Édouard Calvet

Comment lancer ce débat ? Je vais essayer de réagir à l'intervention de Flavie Texier<sup>3</sup>, qui a évoqué une philosophie politique de devoir « protéger », réglementer... Je pense que c'est plutôt une philosophie économique. Je pense qu'il faut avoir un point de vue rationnel de

---

1 Pour compléter cette table ronde, et obtenir des informations chiffrées concernant les régulations de marché, on se reportera utilement aux avis et recommandations de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC), et en particulier à la recommandation n° 2018-R-02 du 9 novembre 2018, visant à la modernisation de la réglementation relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie, ainsi qu'à l'avis n° 2018-1-10 du 10 décembre 2018 sur l'avant-projet de loi du pays portant régulation de marché. Il est à noter par ailleurs que, depuis la tenue de cette table ronde en septembre 2018, une loi du pays n° 2019-5 du 6 février 2019 a remplacé la délibération n° 252 du 28 décembre 2006 relative aux protections de marché en Nouvelle-Calédonie. Cette loi du pays a modifié le code de commerce de la Nouvelle-Calédonie pour y introduire les articles Lp. 413-1 et s. relatifs aux « régulations de marché ». Ces nouvelles dispositions ont pris en considération certaines des critiques évoquées lors de la table ronde, avec notamment l'objectif d'assurer une plus grande transparence du dispositif légal. En particulier, les objectifs de l'octroi des protections de marché sont désormais précisés à l'article Lp. 413-1 du code de commerce. De plus, une entreprise ne peut bénéficier d'une protection de marché que si elle prend des engagements, dont la liste est dressée à l'article Lp. 413-5 du code de commerce. La durée de la protection est en outre limitée à 10 ans, renouvelable à certaines conditions (voir art. Lp. 413-14 du code de commerce). Par ailleurs, un suivi des engagements, et des mesures de régulation de marché est assuré par les nouveaux textes (voir art. Lp. 413-7 et s. du code de commerce). Enfin, on relèvera une plus grande transparence dans la procédure d'attribution des mesures de régulation de marché. Cette loi du pays, si elle constitue indéniablement une amélioration des régulations de marché en Nouvelle-Calédonie, ne met pas un terme à toutes les critiques formulées à son encontre, notamment par l'ACNC (voir en particulier l'avis n° 2018-1-10 du 10 décembre 2018, préc.). On notera ainsi le maintien de l'ensemble des mesures de protections, qu'il s'agisse de suspensions (STOP), de quotas et ou de taxes (la « taxe de régulation de marché »), et la consécration de la possibilité de les cumuler entre elles (art. Lp. 413-4 C. com.).

2 Les titres sont ceux des participants à la date du débat.

3 [https://www.youtube.com/watch?v=BF\\_-vOCvUqA&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=14](https://www.youtube.com/watch?v=BF_-vOCvUqA&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=14)

ce qui est fait. Nous avons eu des chiffres des protections, quantitatives et tarifaires. En 2017, la TGPPL<sup>4</sup> et la TSPA<sup>5</sup> étaient de 2,5 milliards de F CFP. Elles ont donc un coût sur le quotidien des Calédoniens, un impact sur eux lorsqu'ils font leurs courses. Ensuite il y a les restrictions quantitatives (les quotas) qui se traduisent par une diminution de l'offre, pour le consommateur calédonien. Et on peut ajouter à cela un manque à gagner fiscal pour la Nouvelle-Calédonie. Tout ça pour dire qu'il y a réellement un coût à toutes ces mesures de protection de marché. Vouloir développer l'industrie, je suis tout à fait partisan de la chose, puisque nous sommes tous sur le même bateau. L'objectif est d'avoir une économie calédonienne en croissance pour pouvoir financer de beaux projets et construire le vivre ensemble. Mais il y a des coûts... qu'est-ce que l'on peut attendre en retour de l'industrie locale ? Je pense qu'aujourd'hui les protections de marché ne sont pas judicieusement accordées ; je pense qu'il n'y a pas suffisamment de suivi pour identifier les secteurs pour lesquels on accorde ces protections de marché. Il y a à mon avis la nécessité de lancer un grand débat pour déterminer ensemble les secteurs stratégiques pour la Nouvelle-Calédonie, dans quels secteurs les Calédoniens sont prêts à payer le coût des protections de marché pour développer une filière, un secteur d'activité, à condition qu'ils soient porteurs, à condition que la Nouvelle-Calédonie ait une valeur ajoutée dans la chose. Si c'est pour financer une industrie pour financer une industrie, alors qu'on n'a aucune valeur ajoutée par rapport à nos voisins Australiens ou Néo-Zélandais je ne vois pas trop l'intérêt, je pense que c'est un combat perdu d'avance. Ensuite, une fois qu'on a déterminé quel secteur est prioritaire, se pose la question de la durée de la protection de marché. Aujourd'hui, cette protection de marché est accordée pour une durée de 5 ans. Est-ce que cette durée est toujours convenable ? Je ne pense pas. Je pense qu'il faut raisonner au cas par cas, en fonction des besoins et des attentes de l'industrie, ce qui peut conduire à retenir une durée inférieure. Troisième point : quels sont ensuite les engagements que l'on peut attendre des industries qui bénéficient des protections de marché ? Aujourd'hui, il y a des plans mis en place mais le COMEX (comité du commerce extérieur<sup>6</sup>) a peu de vues sur ce qui est fait et sur le respect de leurs engagements en termes d'investissement, de prix, d'emplois, par les entreprises, l'industrie locale, qui bénéficient de ces protections de marché. Bien évidemment mon propos n'est pas de critiquer l'industrie, loin de là, mais c'est de mettre un coût derrière ces protections et de dire que la Nouvelle-Calédonie est prête à payer ce coût lorsqu'il y a un potentiel de développement certain pour des industries clairement identifiées.

### ■ Matthieu Buchberger

Merci pour cette présentation synthétique. La parole est désormais à Éric Chervrot, de la FINC.

### ■ Éric Chervrot

C'est pour moi tout à l'heure qu'on a dit : « amabilité, gentillesse, civilité »...

### ■ Matthieu Buchberger

... et concision.

4 « Taxe conjoncturelle de protection à la production locale », aujourd'hui remplacée par la taxe de régulation de marché.

5 « Taxe de soutien à la production agricole », toujours en vigueur.

6 Organe chargé à l'époque de la mise en œuvre des régulations de marché. Voir art. 3 de la délibération n° 252 du 28 décembre 2006.

■ **Éric Chevrot**

J'ai envie de dire : « protectionnisme, une chance pour la NC ? ». C'est une phrase qui amène de la joie, du bonheur. En fait on a tellement longtemps répondu à des questions comme Édouard Calvet vient de lister que, finalement, j'aurais pu me dire « tiens ce soir je vais re-répondre ». Mais non, car on y a déjà répondu, tout cela est transparent. Les durées ? Eh bien, quand on achète une bécane, un dock, on en a pour 5, 10, 15, 20 ans de remboursement. Si on me donne que 5 ans et qu'après on ne m'en donne plus, eh bien je ferme. Bon, on ne va pas rentrer là-dedans. Moi j'ai envie de vous dire plutôt, en gros, on sait que 10 % de ce que les calédoniens achètent, consomment, est produit localement, ce qui veut dire que 90 % est importé. Donc où se trouve le problème si problème il y a ? J'ai peine à croire que 10 % de ce qu'on produit soit une charge, un poids. Cependant, ça amène derrière des salaires, des revenus... Parce que finalement, de quoi avons-nous besoin ? De consommateurs... et un consommateur c'est quoi ? Un salarié ou quelqu'un qui n'a pas d'emploi mais qui grâce à des aides subvient à ses besoins. Alors on a tous besoin de nos entreprises tous secteurs confondus, bien entendu. Mais le développement sur place est un acte qui est reconnu dans le monde entier. Il faut développer sur place pour consommer sur place. C'est simplement le constat qu'on a depuis quelques années, et qui prend en compte les erreurs du passé. On a commis des erreurs. Moi je dis toujours « c'est bien sympa de nous donner des modèles, enfin... la métropole a pris la décision au début des années 1990 de ne plus être un pays d'industrie. Elle est devenue un pays de service. Et, même aujourd'hui, au niveau du service, on exporte le service à l'extérieur, je pense à la téléphonie et à d'autres choses. Et on a perdu les emplois dans l'industrie, on commence à perdre ceux du service, et il me semble qu'on perd la tête, si l'exemple c'est la métropole. Donc, moi je dis « Oui, il y a du protectionnisme, youpi, youpi, et non, il n'est pas opaque ». Oui, on peut faire mieux, on l'a dit, on l'a demandé, on veut présenter les choses qui peuvent paraître pour certains opaques. Mais ceux qui participent aux commissions, qui disent si oui ou non on soutient telle ou telle filière (car ce ne sont pas des entreprises qui sont protégées mais bien des filières), ils savent ce qui se passe, ils savent l'intérêt. Mais non, on ne peut pas dire je vais protéger une entreprise parce qu'elle est grande, parce que c'est 15, 20, 30, 200 employés. Il faut protéger des secteurs économiques dans lesquels il va y avoir principalement des petites ou toutes petites entreprises, parce qu'en Calédonie, 81 % des sociétés ont moins de 10 salariés, et 92 %, moins de 20 ! Alors vous allez me dire : « Oui mais Éric tu n'es pas compétitif avec tes 8 salariés, tu comprends... ». Oui mais nous, si on est 81 %, ou 92 %, on représente 6 000 emplois. Alors je ne crois pas que le débat soit « est-ce qu'on est pour ou contre ? ». Le débat est : « Qu'est-ce qu'on fait pour donner du boulot aux gens ? ». Parce qu'on le sait : produire donne plus de capacités. Parce que quand on produit, on a des éléments supplémentaires dans le cheminement du produit. Donc en théorie on a plus d'emplois. C'est mécanique. Je ne l'ai pas inventé. Alors oui, j'en bénéficie. C'est vrai. Petite remarque : lorsque nous sommes nés, en 1989, un produit importé coûtait 2 000 F dans un magasin spécialisé. Aujourd'hui, les produits que nous fabriquons – parfois ce sont des marques nationales, internationales que l'on sous-traite –, coûte encore deux fois moins cher. Avant, il y avait de la concurrence... je n'ai pas tout compris.

■ **Matthieu Buchberger**

Merci Monsieur Chevrot, et je passe la parole à Madame Chérifa Linossier, de le CPME.

■ **Chérifa Linossier**

Bonjour à toutes et à tous. Moi je vais avoir plus une vision de défense de notre politique économique. Je rejoins les propos d'Éric. Il y a une différence entre ne pas comprendre un mécanisme,

le suspecter et ne pas s'intéresser au sujet. Aujourd'hui, tout le monde s'accorde à dire qu'il y a des réformes importantes pour le pays. Comment on fait maintenant, c'est une bonne question. Dans les séances d'avant les débats on a vu qu'on avait nos contraintes politiques, le temps politique n'étant pas le temps économique, qui n'est pas lui-même le temps juridique. Donc en attendant, que font nos entrepreneurs ? Ils font comme ils peuvent, en essayant de créer de la richesse et de l'emploi, avec une base juridique qui fait peine à voir, puisque – on parlait du régional et j'y reviendrai après – on n'a même pas parlé du territorial, c'est-à-dire qu'on a quand même des diversités même dans les provinces. On n'a pas de transversalité dans les codes, que ce soit dans le code de l'environnement, etc., au niveau provincial. Donc on a un vrai problème, et pour rappel, les provinces sont compétentes en matière de développement économique. Elles sont rarement dans la boucle, et pourtant elles doivent aussi participer activement aux filières ou en tout cas aux leviers de croissance que nous estimons nécessaire pour le développement de la Nouvelle-Calédonie. Donc il y a une différence entre revoir un dispositif et supprimer un dispositif. La réforme c'est un système d'amélioration continue, en tout cas c'est comme cela qu'on le voit, en se disant : « ok, ça a marché un certain temps, maintenant que peut-on faire pour améliorer le dispositif, ou même enlever des choses qui n'ont plus lieu d'être puisqu'en fait l'évolution sociétale nous permet aussi de réfléchir à des choses différentes. Donc je ne saurais pas répondre à la question, je suis désolée. Tout ce que je sais c'est que ce n'est pas en opposant des systèmes entre eux qu'on arrivera à évoluer puisque le marché reste petit. On n'est que 300 000 habitants, pour rappel. On a un déséquilibre entre secteurs public et privé. On a beaucoup plus de salariés du secteur public que du secteur privé. On a des déséquilibres sur les balances commerciales. On a des déséquilibres sur beaucoup, beaucoup de choses. Donc ça veut dire que la stratégie de filière, de développement, de « où on va », elle est importante pour un entrepreneur. Un entrepreneur, si vous ne lui dites pas où il doit aller, il ne va pas engager d'investissements, il ne va pas avoir un plan stratégique, et aujourd'hui clairement c'est plutôt ce qui nous manque à notre sens. Donc je suis très contente qu'on ait protégé des marchés. Il y a un principe de base qui est que quand on ne connaît pas son partenaire, on se protège... c'est exactement la même chose (il n'y a pas assez d'étudiants [dans l'amphithéâtre], mais c'était aussi un message pour les étudiants). Aujourd'hui on se retrouve dans des enjeux qui sont majeurs, des enjeux qui sont dans la construction de l'avenir. Mettre à plat tout cela est long – on l'a vu tout à l'heure avec le débat de la SCRE<sup>7</sup> : « qui fait quoi ? ». C'est bien de dire « il faut réformer, il faut changer, il faut écrire les textes »... mais qui fait quoi ? Qui a l'autorité, la compétence pour le faire ? Nous, nous ne sommes que des partenaires. On représente 1 000 entreprises et je salue le travail de nos permanents, qui sont eux aussi en train de travailler à fond pour essayer d'être force de proposition. On a un vrai souci d'orientation de politique économique pour le pays. C'est en tout cas mon point de vue. On connaît la citation : « si on ne sait pas où on va on risque de se retrouver ailleurs sans même le savoir ». C'est exactement ça. Aujourd'hui, il n'y a pas un modèle qui fonctionne dans le monde. Sinon on l'aurait copié et on serait parfait. Je pense qu'on peut être complémentaire ; c'est comme un éco-système. Je ne vois pourquoi on parle toujours de la Fédération des Industries (FINC) lorsque l'on parle de protection, alors qu'on ne parle jamais des protections du secteur public – je pense à Aircalin, je pense à l'OPT – tous ces secteurs qui ont des protections hors normes et qui nous empêchent de faire des échanges au niveau régional. Donc ce que nous on vit c'est un peu comme une espèce de chasse aux sorcières, alors que ce n'est pas l'objet. On n'a pas vocation à rester dans ce débat qui ne permet pas à la Nouvelle-Calédonie de s'élever, à mon sens, et de voir au contraire comment construire

7 Service de coopération régionale et relations extérieures (service du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie).

l'avenir avec les autres filières. Nous sommes très attachés à la RSE (la Responsabilité Sociétale des Entreprises) puisqu'on est sous l'égide de la CPE nationale. Cette RSE, c'est aussi prendre en considération l'environnement, l'emploi, et donc c'est aujourd'hui très compliqué de se dire vers où on va, avec quels politiques, parce que ça reste quand même nos politiques qui sont les décideurs sur nos orientations : est-ce qu'on continue à se faire une veille juridique européenne (parce que c'est ce qu'on fait aujourd'hui), territoriale, métropolitaine, régionale... Donc c'est extrêmement compliqué. Donc pour répondre à la question : Oui, le protectionnisme, en tout cas tant qu'on n'a pas une vision claire.

■ **Matthieu Buchberger**

Merci beaucoup, et sans tarder la parole est à Monsieur Divy Bartra, du MEDEF.

■ **Divy Bartra**

Merci beaucoup, bonjour à tous, et merci à l'Université d'avoir organisé ce débat qui touche un sujet sensible. « Trop de protectionnisme », avec un point d'interrogation... Moi j'aurais envie de dire : « oui d'accord, mais pour qui, et sur quels critères » ? « Pour qui » ? La seule bonne réponse qui me vient c'est : pour l'ensemble de la population calédonienne. « Sur la base de quels critères » ? Je répondrais : sur la base du critère du développement économique et social pour le plus grand nombre possible. J'ajouterais que ce débat est sensible, il est même un peu tabou. Il y a plein de réunions où on sent bien qu'on ne peut pas aborder le thème des protections de marché et du protectionnisme, car on se fait descendre assez rapidement. Donc il y a des tensions de part et d'autre. Les deux camps sont bien armés. Tout ça mériterait d'être dépassionné pour que l'on puisse en discuter de manière sereine. Mais on manque cruellement de données objectives, impartiales. C'est-à-dire qu'aujourd'hui on ne sait absolument pas quels sont les véritables bénéfiques, quels sont les véritables avantages du protectionnisme en Nouvelle-Calédonie et, par ailleurs, on ne sait pas du tout quels en sont les coûts, quels en sont les inconvénients, quel est le véritable coût pour le consommateur, le surcoût par rapport à ce qui serait pratiqué si les produits étaient importés librement. On ne sait pas non plus quel est le manque à gagner fiscal, correspondant évidemment au soutien envers l'industrie sous forme de subventions ou de baisse de fiscalité. Je pense notamment à l'exonération de la TGI<sup>8</sup>, je pense à la future TGC qui verra l'instauration d'un taux de TGC réduit, etc. Mais il y a bien d'autres aspects. Il y a la limitation du choix, il y a la perte d'innovations, le fait de mettre l'économie un peu sous serre. Et tout ça fait aujourd'hui l'objet de beaucoup de fantasmes, de guerres de tranchées, parce que on n'a rien sur quoi s'appuyer pour en discuter sereinement. Et c'est franchement dommage. Donc je lance un appel. Si l'Université de la Nouvelle-Calédonie veut se saisir du sujet et aller au fond des choses pour essayer de poser un certain nombre de données sur la table, je pense que ce serait vraiment intéressant. Alors après évidemment, en fonction de sa sensibilité et de ses opinions on est plus ou moins du côté de l'industrie et de l'agriculture – et en effet il faut rajouter la fonction publique, qui exerce sur certains secteurs marchands et qui peut être protégée –, ou pas. Moi par nature – mais c'est purement personnel et c'est une sensibilité qui se discute – j'ai quand même le sentiment, au regard des informations que je collecte ici et là, et j'aurais tendance à répondre qu'il y a trop de protectionnisme.

8 Ancienne taxe générale à l'importation, supprimée à la suite de la création de la TGC.

Mais cela repose sur des informations parcellaires, incomplètes et donc insuffisantes pour pouvoir dresser une conclusion définitive. Mais si je prends par exemple le cas de l'agriculture qui est quand même assez éloquent, quand on regarde le montant des subventions qui sont versées à ce secteur et qu'on ajoute à ça l'exonération de cotisation sur les charges sociales ; que l'on considère les prix qui sont pratiqués au niveau des consommateurs, on réalise qu'il y a un vrai problème. Quand on le rapporte au nombre d'emplois – puisque le grand discours c'est que « protectionnisme égale emplois » –, d'accord, mais à quel coût ? Je pense qu'il est important de pouvoir répondre à cette question. Dans l'agriculture je pense que la réponse c'est « franchement pas favorable », dans la mesure où on arrive à un emploi égale quelques millions chaque année, et malgré ça on a des prix auprès du consommateur qui sont tellement élevés que ça détourne les consommateurs d'une partie des produits, des fruits et légumes. Donc c'est à mon sens un problème. Après, sur l'industrie, je pense que ça dépend des secteurs, et on manque encore une fois cruellement de données. Je répondrai juste à Flavie Texier qui disait tout à l'heure (voir vidéo n° 14) « on a un grand besoin de régulation ». Moi j'aurais tendance à répondre : « Non, surtout pas, on a surtout un grand besoin d'informations pour savoir où l'on va, pour bâtir une stratégie pour l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie, et qui évidemment se décline sur l'industrie. L'industrie est un pan important de l'économie de la Nouvelle-Calédonie et doit être favorisée, mais doit être favorisée encore une fois dans le sens de l'intérêt général, et certainement pas, mais ça c'est encore une opinion personnelle, dans le sens des intérêts des strictes actionnaires des entreprises concernées. Après il faut être clair, il faut avoir le courage de dire les choses. Le protectionnisme a un effet indiscutable sur les prix, ça participe à la vie chère en Nouvelle-Calédonie. Il faut pouvoir le dire, il faut aussi pouvoir l'assumer. S'il y a un choix en faveur de l'industrie et de l'agriculture, etc., ça a un effet sur la vie chère, il faut pouvoir l'explicitier auprès des consommateurs. Merci beaucoup.

#### ■ **Matthieu Buchberger**

Merci beaucoup. Alors j'ai bien compris qu'il y avait protectionnisme en toute hypothèse, et qu'il y avait plusieurs types de mesures de protectionnisme : quotas, STOP (Suspension Toute Origine et Provenance), taxes. Est-ce qu'il n'y en pas une qui devrait être favorisée au détriment des autres ? En particulier les taxes rapportent de l'argent à la Nouvelle-Calédonie. Ne devraient-elles pas être privilégiées ?

#### ■ **Éric Chevrot**

Je vais le faire parce que je sais à peu près ce qui se passe. Juste ajouter quand même qu'il y a du protectionnisme, parce que c'est un choix politique. Il faut se souvenir du début des années 1980. C'est une décision entre le deux leaders Jean-Marie Tjibaou et Jacques Lafleur. Aujourd'hui, on a du protectionnisme pour le développement de la Nouvelle-Calédonie. C'est un acte politique, je le dis parce qu'on a oublié de le dire. En fin de compte, on ne peut pas dire qu'il y a une mesure de soutien à un secteur économique, qui est plus intéressante que l'autre. C'est un ensemble de mesures qui conviennent aux uns et aux autres « en fonction de... ». Donc toutes les mesures, quelles qu'elles soient, et même des nouvelles qu'on pourrait supposer, sont les bienvenues. Il n'y a forcément pas qu'une seule mécanique qui convient à tous. Nous sommes de tailles différentes, et dans des circuits différents, donc on ne peut pas aller dans un sens unique. Ce n'est pas une supposition, c'est un fait.

■ **Matthieu Buchberger**

Quelqu'un souhaite rebondir ? La question était : est-ce qu'il y a une mesure de protectionnisme en particulier qu'il faudrait privilégier par rapport aux autres... ou au contraire est-ce que chaque situation particulière nécessite sa règle particulière ?

■ **Divy Bartra**

Très bonne réponse. Non, plus sérieusement, le soutien à l'agriculture, à l'industrie, c'est un choix de société, qui s'inscrit évidemment dans un plan beaucoup plus large, et si c'est un choix de société il n'y a pas de raison que le coût soit supporté exclusivement par une minorité, notamment les consommateurs ou les contribuables de certains impôts. Et j'ai tendance à penser qu'il faudrait en effet avoir une assiette de contribution fiscale la plus large possible qui vienne en soutien aux secteurs dont on a estimé qu'il fallait, pour le bien collectif, les soutenir et les favoriser. Après, la mécanique fiscale qui permet d'aboutir à ces résultats-là, je n'ai pas d'opinion particulière. Ça dépend vraiment des cas.

■ **Matthieu Buchberger**

Bien, merci. Je vais laisser la parole au public, qui a peut-être des questions à poser aux intervenants, donc n'hésitez pas.

■ **Aurélie-Zoude-le-Berre (présidente de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie)**

Merci. Je me permets d'intervenir parce que Flavie Texier<sup>9</sup> a présenté deux fois l'Autorité de la concurrence et, justement, je voudrais avoir des précisions sur deux éléments qu'elle a mis en avant. Elle n'est pas là, mais j'imagine qu'Éric Chevrot pourra répondre. La première chose c'est que je ne suis pas d'accord sur un point. La Nouvelle-Calédonie fait partie de la France, la France fait partie de l'accord de l'OMC et les accords de l'OMC s'appliquent en Nouvelle-Calédonie. J'ai vérifié cela avec la SCRE, et la SCRE me l'a confirmé. Deuxième élément de précision avant de vous poser une question, c'est que, tout à l'heure, Flavie Texier a indiqué qu'il y avait à peu près, si j'ai bien compris, 500 protections quantitatives sur 6 500 produits, donc ça fait un peu moins de 10 %, ça fait même 7,8 %. Alors moi je lis beaucoup les papiers de la FINC et le dernier rapport de la FINC, sur la mise en place de la TGC, faisait référence à une étude de la chambre de commerce et de l'industrie de 2014, où elle indiquait que 78 % des produits de l'industrie, en Nouvelle-Calédonie n'étaient pas protégés. J'en ai donc déduit que 22 % des produits de la Nouvelle-Calédonie étaient protégés. Donc je vois un petit écart entre 7,8 % et 22 %, je voudrais savoir si là-dessus vous pouvez répondre.

■ **Éric Chevrot**

Je peux répondre aux deux. Les tarifs douaniers, d'une part, et la présence sur le terrain, dans les ventes, d'autre part, c'est ton delta. Quant à la remarque sur les règles, elle faisait sans doute référence à un texte qui a autorisé la Calédonie à mettre en place le protectionnisme. Il existe – je ne sais plus, c'est le numéro 45 de je ne sais plus quoi –, on en avait parlé, monsieur

---

9 [https://www.youtube.com/watch?v=BF\\_-vOCvUqA&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=14](https://www.youtube.com/watch?v=BF_-vOCvUqA&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=14)

Lieb, je crois, y fait référence dans le premier dossier qu'il a monté de 90 pages – et pas le deuxième. Mais oui, la Calédonie a l'autorisation, la France lui a donné la permission, de pratiquer des règles qui ne sont pas celles de l'OMC. Nous l'avions effectivement en information. Alors ne me demande pas l'article, je ne m'en souviens plus. Mais c'est sans doute une référence à ce détail-là. Ce n'est pas « On est complètement hors champ ». On est en capacité, en droit, pour le protectionnisme, d'avoir une spécificité. Dans mon souvenir, c'est ça<sup>10</sup>.

### ■ Aurélie Zoude-le-Berre

Je voudrais rebondir sur l'intervention de Chérifa Linossier. Sur la question des priorités économiques de la Nouvelle-Calédonie, et la manière dont les régulations ou protections de marché peuvent y contribuer. Est-ce que ça vous paraît pertinent que le gouvernement se fixe des priorités de ce type-là, pour « booster » son industrie dans les secteurs à forte valeur ajoutée parce que ce sont ceux-là qui sont pourvoyeurs d'emploi, etc.

### ■ Chérifa Linossier

Ça nous paraît même indispensable. C'est ce que j'expliquais tout à l'heure. Même si le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie définit une stratégie en disant par exemple « auto-suffisance alimentaire », ok, mais il faut mettre les acteurs de la filière en route. Et les acteurs de la filière en route, c'est l'ensemble des Calédoniens sur l'ensemble du territoire. Donc ça veut dire qu'il faut de pair travailler avec ceux qui ont le portefeuille économique, c'est-à-dire les provinces, de façon à orchestrer ces filières. Je donne souvent le même exemple : on pourrait être les premiers producteurs-exportateurs de tapioca en Nouvelle-Calédonie, parce que le tapioca c'est de la farine de manioc. Ce n'est pas comme si on manquait de manioc en Nouvelle-Calédonie ! Donc pour ça il faut faire en sorte qu'on ramasse, peut-être par des coopératives, ce qui va créer aussi de l'emploi dans les tribus, etc., faire un petit ramassage et aller jusqu'à dans le sud, parce que c'est vrai qu'elles sont plutôt dans le sud les usines de transformation. On pourrait ensuite faire un joli packaging et envoyer ça parce qu'en plus c'est bio. Ce sont des idées toutes simples. Encore une fois, nous avons vocation à être dans un monde entrepreneurial. On a des idées, on peut développer des filières et des niches parce qu'on est au cœur de l'activité économique réelle, et on se retrouve confronté à ce mille-feuilles administratif où finalement il n'y a pas de feuille de route qui nous permette de mettre cela en place facilement. Ce n'est pas moi qui vais aller voir chaque président de chaque province pour dire s'il est d'accord pour développer la filière du manioc. Donc on a les possibilités pour construire de l'entrepreneuriat, on sait comment faire de l'entrepreneuriat, mais ensuite il faut qu'il y ait une coordination, donc une complémentarité en fait avec les services publics, de façon à ce que ces orientations soient pertinentes. Encore une fois, cette idée peut être très bien, mais si on évalue le coût, finalement, ça sera peut-être pas objectivé. Mais encore une fois ce n'est pas à nous de faire le « job » en matière de transversalité entre les provinces et le gouvernement. Si je peux me permettre en plus,

10 L'Autorité de la Concurrence de la Nouvelle-Calédonie (ACNC), dans sa recommandation n°2018-R-02 du 9 novembre 2018, considère cependant que, si la Nouvelle-Calédonie échappe bien aux accords de l'OMC s'agissant des services, elle y est soumise pour ce qui est des marchandises (voir n° 142 et s.). À ce titre, les règles relatives aux protections de marché sont en partie contraires à cette réglementation internationale. Cependant, du fait de son statut *sui generis* et de son faible poids économique dans les échanges internationaux, la Nouvelle-Calédonie semble peu susceptible de faire l'objet d'un recours contentieux.

dans les échanges qu'on peut avoir, je suis persuadé que ça manque de transparence. On fabule sur certains trucs. Même si on a des freins, il n'y a personne qui empêche quelqu'un d'autre de monter une autre entreprise. Donc si on trouve que untel abuse, montons une autre entreprise concurrente et demandons les mêmes protections. Effectivement, et là je rejoins Divy Bartra, c'est une philosophie. Quelle philosophie veut-on pour le développement de la Nouvelle-Calédonie ? Et ensuite je pense que le juridique suivra. Je ne sais pas si ça répond à ta question, mais en tout cas aujourd'hui il faut qu'on aille chercher les niches, la stratégie pays. Est-ce qu'on fait du numérique, est-ce qu'on fait de l'agro-alimentaire ? Est-ce qu'on va sur les holothuries<sup>11</sup> ? Et ensuite orchestrer les filières de façon à ce qu'on aille tous dans la même direction. Et dans l'objectif de cette intégration régionale. On est trop petit. On va finir par se manger les uns les autres parce que le marché est trop petit. Donc, si on remplit nos carnets de commande, c'est là où on créera de l'économie, c'est là où on fera de la fiscalité et c'est là où on pourra augmenter notre TGC.

■ **Éric Chevrot**

Divy Bartra tout à l'heure a parlé de la problématique de ce que le secteur qui bénéficie d'avantages coûteux, en disant que ce sont les consommateurs qui paient. Or, on a mis en place la TGC. Moi je suis farouchement opposé à ce mécanisme. Rappelez-moi un truc : qui paie la TGC ? Le consommateur ! Mais il faut le protéger. Mais il faut le faire payer...

■ **Matthieu Buchberger**

Bien. Monsieur Édouard Calvet vous avez été particulièrement concis donc je me permets de vous donner expressément la parole.

■ **Édouard Calvet**

Effectivement, on oppose souvent l'importation à l'industrie. Je pense qu'il faut aussi regarder ce qu'il se passe autour de nous. Et le véritable risque, je pense, aujourd'hui, c'est la concurrence internationale, qui ne s'intéresse plus à ce qui se passe en Nouvelle-Calédonie. Mais le consommateur calédonien, lui, s'intéresse à ce qui s'il se passe ailleurs. Aujourd'hui il y a un outil, qui est internet, et ça permet au consommateur calédonien d'acheter énormément de produits en quelques clics et de recevoir les produits en quelques heures à son domicile. Donc je pense qu'il faut clairement prendre ce paramètre en compte : comment les acteurs économiques calédoniens peuvent ensemble trouver un système, un équilibre entre production locale et importation, mais tout en étant compétitifs et en faisant en sorte que le consommateur calédonien soit satisfait et ne ressente pas le besoin d'acheter ses produits ailleurs parce que là, pour le coup, toute la valeur ajoutée quitte le pays et c'est regrettable pour tous les acteurs économiques et on sait très bien que c'est l'économie qui fait tourner notre pays. Donc les acteurs économiques calédoniens sont partenaires face à ce risque international qui aujourd'hui, on l'oublie, se renforce et sera une menace réelle dans quelques temps.

---

11 Dits encore « concombres de mer ».



## **DEUXIÈME PARTIE**

### **L'ENTREPRISE FACE AU DROIT : DES CRAINTES À APAISER**

## **I. LES CRAINTES CLASSIQUES**

## DROIT DU TRAVAIL : FAUT-IL S'INSPIRER DES ORDONNANCES MACRON POUR « LIBÉRER L'ENTREPRISE » ?

**Nadège Meyer**

Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

121

Cette réforme majeure du droit du travail, plus connue sous le nom de loi travail II, dite aussi « ordonnances Macron », a été adoptée en métropole le 22 septembre 2017. Les cinq ordonnances ont ensuite été reprises dans le cadre d'une loi de ratification en date du 29 mars 2018<sup>1</sup>. Si ce nouveau dispositif législatif métropolitain est applicable à une partie de l'outre-mer français, tel n'est pas le cas en Nouvelle-Calédonie en raison du transfert de la compétence normative du droit du travail à ce territoire depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2000.

La réforme s'est en effet fixé comme objectif ambitieux non pas de changer les règles du droit du travail mais de changer le système. Elle a dès lors, fort logiquement, suscité de nombreux débats idéologiques tant de la part des organisations syndicales que des universitaires en raison du changement de paradigme qu'elle engendre en droit du travail.

S'interroger sur une éventuelle reprise des ordonnances Macron en Nouvelle-Calédonie pose nécessairement la question du modèle de droit du travail que ce territoire souhaite adopter. Souhaite-t-on un droit du travail « social », plus protecteur des intérêts des salariés ou un droit du travail plutôt « économique », prônant davantage l'intérêt de l'entreprise ? Dans la perspective d'une contribution dont l'objet consiste à analyser une réforme afin de savoir si elle peut « libérer l'entreprise » calédonienne, l'étude est par conséquent davantage tournée vers une vision plus économique du droit du travail, dans l'optique notamment de relancer l'économie, d'améliorer la compétitivité et la productivité des entreprises et ainsi parvenir à maintenir et si possible créer des emplois.

Le titre de cette intervention laisse à penser aussi que l'entreprise calédonienne a besoin d'être libérée du joug du code du travail. Aussi, afin de pouvoir augurer de l'intérêt pour la Nouvelle-Calédonie de s'inspirer des ordonnances Macron du 22 septembre 2017, il convient de comparer le droit du travail calédonien positif aux nouvelles dispositions réformant de manière majeure le droit du travail métropolitain. Se limiter en effet à constater que le droit du travail national est désormais moins contraignant ou plus souple que le droit calédonien, ne peut suffire à justifier la reprise localement des ordonnances Macron. Il faut en outre mettre en évidence les raisons pour lesquelles les entreprises calédoniennes auraient besoin d'être « libérées ».

---

<sup>1</sup> Loi n° 2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 sept. 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, *JORF*, n° 76 du 31 mars 2018.

La volonté politique de la réforme métropolitaine consistait à rénover un modèle de droit du travail « en crise » en raison de son inadaptation aux évolutions de la société. Selon la ministre du Travail en charge de la réforme<sup>2</sup>, cette inadéquation du droit social reposait principalement sur trois raisons que sont l'internationalisation de l'économie, la transformation numérique et les nouvelles attentes des salariés<sup>3</sup>. Le projet de loi ratifiant les ordonnances du 22 septembre 2017 reprochait au droit du travail d'être inefficace dans la mesure où il manquait non seulement d'effectivité mais aussi d'efficacité économique.

Afin d'envisager une reprise locale de la réforme nationale, il convient de s'interroger sur les évolutions, les objectifs et les besoins de la Nouvelle-Calédonie par rapport à ceux mis en exergue en métropole pour justifier l'évolution législative. À la lueur des objectifs précités avancés au plan national, l'intérêt de reprendre les ordonnances Macron en Nouvelle-Calédonie servirait principalement deux objectifs : une meilleure sécurité et prévisibilité du droit pour les entreprises d'une part et l'adoption d'un droit du travail plus « souple », plus flexible d'autre part.

S'il semble assez évident que les dispositions destinées à améliorer la sécurité juridique présentent un intérêt certain pour les entreprises calédoniennes (I), l'adoption des dispositions faisant évoluer le droit du travail vers un droit plus souple (II) est plus discutable, même si certaines d'entre elles peuvent particulièrement convenir au contexte de la Nouvelle-Calédonie.

Les ordonnances de 2017 affectant de nombreux pans et aspects du droit du travail de par sa globalité modifient aussi à la marge, un nombre conséquent de dispositions sur des thèmes hétéroclites. Une partie des nouvelles dispositions ne sera ainsi pas reprise dans le cadre de cette étude en raison, d'une part, de l'aspect marginal de ces dispositions au regard d'autres aspects d'envergure de la réforme et, d'autre part, de l'intérêt limité qu'elles peuvent représenter pour la Nouvelle-Calédonie.

## **I. RÉFORMER POUR RENFORCER LA PRÉVISIBILITÉ ET LA SÉCURISATION JURIDIQUE DES RELATIONS DE TRAVAIL**

Le titre de cette première partie reprend celui d'une des cinq ordonnances du 22 septembre 2017 relative, plus précisément, à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail<sup>4</sup>.

À cet égard, l'ordonnance sus-évoquée tend principalement à réduire le nombre de contentieux en matière prud'homale, c'est-à-dire dans la branche du droit qui en génère le plus depuis des années. Les litiges du travail représentaient à eux seuls en 2017 près de 35 % des affaires pendantes devant les cours d'appel métropolitaines<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Muriel Pénicaud, de mai 2017 à juillet 2020.

<sup>3</sup> Voir pour plus de développements à ce propos : F. Géa, « Les soubassements de la réforme », *Revue du droit du travail*, oct. 2017, p. 593.

<sup>4</sup> Ordonnance n° 2017-1387 du 22 sept. 2017, *JORF* n° 223 du 23 sept. 2017.

<sup>5</sup> Sur 250 609 affaires nouvelles, celles relatives aux relations du travail et à la protection sociale étaient au nombre de 74 239. Voir « Les chiffres clés de la justice », 2017, p. 10, [http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/stat\\_Chiffres%20Cl%E9s%202017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/stat_Chiffres%20Cl%E9s%202017.pdf)

Les différentes mesures adoptées tendent ainsi soit à réduire le nombre de contentieux liés aux vices de forme commis par les employeurs (A), soit à circonscrire les risques qu'ils représentent pour les entreprises (B).

Dans la perspective de « libérer » l'entreprise, il ne fait aucun doute que ces mesures se révèlent favorables aux entreprises, dans la mesure où elles limitent les risques de contentieux et leurs conséquences et permettent ainsi de les anticiper, notamment sur le plan financier.

### **A. Les mesures destinées à réduire le nombre de contentieux**

À l'instar de la métropole, la branche du droit dans laquelle les contentieux sont les plus nombreux en Nouvelle-Calédonie est aussi le droit du travail. Si nombre de ces litiges se concentrent sur des questions de fond, il n'en demeure pas moins qu'une partie d'entre eux ont trait à des vices de forme, parfois sanctionnés comme des vices de fond, alors qu'ils sont souvent commis par les employeurs, en toute bonne foi.

À cet égard, l'adoption de ces mesures en Nouvelle-Calédonie s'avère particulièrement intéressante car les erreurs procédurales commises par les employeurs sont plus fréquentes dans les petites entreprises dépourvues de service des ressources humaines. Or, celles-ci représentent la majorité du tissu économique calédonien. Les employeurs sont rarement des juristes, qui plus est de droit du travail, et ne maîtrisent pas les subtilités de cette branche du droit, dont tout le monde ne cesse de dire qu'elle s'est non seulement complexifiée, mais qu'elle est aussi devenue une affaire de spécialistes.

Parmi les mesures figurant dans l'ordonnance du 22 septembre relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail, il apparaît dès lors opportun de reprendre en Nouvelle-Calédonie deux types de mesures : celles qui permettent, d'une part, d'anticiper les vices de formes *ab initio*, dès la conclusion de l'acte juridique (1) et, d'autre part, de corriger et régulariser un acte éventuellement entaché d'une irrégularité de forme (2).

#### **1. La sécurisation des actes juridiques *ab initio***

Une des dispositions phare en matière de sécurisation *ab initio* des actes juridiques repose sur l'adoption d'un arrêté du ministre chargé du travail qui « fixe les modèles que l'employeur peut utiliser pour procéder à la notification du licenciement »<sup>6</sup>.

La mise à disposition de modèles réglementaires<sup>7</sup> pour notifier les licenciements va permettre de diminuer le nombre de contentieux engendré par les erreurs procédurales commises par des employeurs méconnaissant le droit du travail.

L'intérêt également de ces modèles réside dans le rappel des droits et obligations de chacune des parties au contrat de travail avant que l'acte juridique ne soit conclu. Ainsi, à titre

<sup>6</sup> Art. L. 1232-6 du Code du travail pour le licenciement pour motif personnel et art. L. 1233-16 et L. 1233-42 du Code du travail pour les différents types de licenciement pour motif économique.

<sup>7</sup> Décret n° 2017-1820 du 29 déc. 2017 établissant des modèles types de lettres de notification du licenciement, *JORF*, n° 304 du 30 déc. 2017.

d'exemple, le modèle de lettre de licenciement pour motif personnel disciplinaire précise dans ses deux premiers alinéas, d'une part, que « l'application du présent modèle est sans incidence sur l'application des stipulations conventionnelles ou contractuelles plus favorables applicables au contrat de travail du salarié licencié » et, d'autre part, que « s'agissant d'un licenciement pour motif disciplinaire, l'employeur dispose d'un délai de deux mois à compter de sa connaissance des faits fautifs pour engager la procédure disciplinaire ».

De manière identique, le modèle de lettre de licenciement pour inaptitude rappelle que « l'employeur doit reclasser ou licencier le salarié dans un délai d'un mois à compter de la date du constat de l'inaptitude par le médecin du travail ; à défaut, l'employeur est tenu de reprendre le versement des salaires ».

L'employeur est par conséquent informé des règles juridiques à prendre en compte avant de notifier un quelconque licenciement pour motif disciplinaire, pour inaptitude ou autre.

Ce type de modèles présente un double intérêt en permettant de réduire à la fois des contentieux de forme et de fond. Il permet ainsi non seulement d'éviter les vices de forme, mais rappelle aussi les droits et obligations des parties. La direction du travail et de l'emploi de Nouvelle-Calédonie s'est déjà engagée dans cette voie en mettant à la disposition des employeurs des modèles de lettres de licenciement, voire même de contrat de travail sur son site internet. En revanche, ceux-ci ne présentent aucun caractère réglementaire et le modèle-type précise systématiquement dans un encadré que les employeurs ne peuvent pas ignorer que « le modèle de courrier ci-dessous n'a pas de caractère réglementaire, il est purement informatif ». L'intérêt de la réforme métropolitaine tient précisément dans le fait que les formulaires-types adoptés par arrêté sont revêtus de cette valeur réglementaire. Ce caractère normatif garantit à l'employeur la sécurité juridique de ses actes, sous réserve toutefois de l'adaptation du modèle réglementaire au cas d'espèce.

Le deuxième apport de l'ordonnance relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail tient en la mise en place d'un dispositif de « code du travail numérique ». À l'instar de la métropole, le site de la direction du Travail et de l'emploi de la Nouvelle-Calédonie regorge d'informations, de fiches thématiques et autres outils destinés à une meilleure compréhension du droit du travail.

Même si certaines zones d'ombre persistent encore à l'heure actuelle sur ce que sera véritablement le « code du travail numérique », il semble à la lecture de l'ordonnance que celui-ci ira plus loin en offrant de véritables consultations juridiques gratuites *on line*. Il s'agit à n'en point douter d'une avancée notable participant non seulement à une meilleure connaissance du droit, mais en outre à une connaissance du droit contextualisé, personnalisé, répondant aux besoins spécifiques de la situation des parties. Ce code du travail numérique sera un outil à la disposition tant des employeurs que des salariés. Une telle mesure ne peut être que saluée et mérite d'être reprise dans le droit du travail calédonien.

Une dernière mesure concernant la possibilité de soumettre les ruptures collectives pour motif économique à la validation préalable de l'administration mériterait d'être reprise par le législateur local. En dehors de la question de l'opportunité de reprendre ce dispositif en Nouvelle-Calédonie, l'intérêt d'une telle mesure réside dans la sécurisation juridique offerte par la validation des ruptures collectives par l'administration du travail. À l'issue de cette procédure administrative, les salariés concernés sont informés de la décision de validation

et peuvent exercer un recours contre cette décision devant le tribunal administratif, dans un délai contraint de deux mois.

Ces améliorations législatives garantissant une meilleure prévisibilité et sécurisation des relations de travail présentent un réel intérêt pour les employeurs calédoniens. Elles se trouvent entre outre renforcées par des dispositions qui tendent à réduire le nombre de contentieux intentés exclusivement en raison de vices de forme et à ce titre permettraient de « libérer » les entreprises calédoniennes des affres d'un certain type de contentieux judiciaire.

## 2. La sécurisation juridique des contentieux pour vice de forme

L'autre apport de l'ordonnance du 22 septembre 2017 relative à la prévisibilité et à la sécurisation des relations de travail opportun pour la Nouvelle-Calédonie réside dans l'édiction de dispositions destinées à réduire, voire supprimer les condamnations judiciaires liées à des vices de forme et résultant d'erreurs commises généralement de bonne foi.

Ainsi, les dispositions nationales nouvelles aménagent la règle selon laquelle la lettre de licenciement fixe les limites du litige et ses conséquences. L'employeur dispose désormais de la possibilité de régulariser la motivation de sa lettre de licenciement après sa notification<sup>8</sup>. Il peut ainsi préciser les motifs invoqués, soit à son initiative, soit à la demande du salarié dans des délais fixés par décret<sup>9</sup>. L'article L. 1235-2 du Code du travail métropolitain ajoute qu'« à défaut pour le salarié d'avoir formé auprès de l'employeur » une demande de précision sur le motif du licenciement dans les délais requis, « l'irrégularité que constitue une insuffisance de motivation de la lettre de licenciement ne prive pas, à elle seule, le licenciement de cause réelle et sérieuse et ouvre droit à une indemnité qui ne peut excéder un mois de salaire ». Cette nouvelle disposition met ainsi à mal la jurisprudence constante de la Cour de cassation, qui considérait *de facto* dans ce cas le licenciement comme étant dépourvu de cause réelle et sérieuse et octroyait des dommages et intérêts conséquents. Désormais, l'employeur peut n'être condamné qu'au versement de dommages et intérêts pour irrégularité de forme.

Le législateur métropolitain a ainsi cherché à éviter les actions judiciaires d'opportunité, qui permettaient aux salariés d'obtenir de manière quasi-automatique des indemnités pour licenciement sans cause réelle et sérieuse en sanctionnant une irrégularité de forme comme s'il s'agissait d'un vice affectant le fond du licenciement. Infléchir la jurisprudence draconienne de la Cour de cassation sur ce point par une intervention législative apparaît, à cet égard, opportun. L'absence de loi du pays sur ce point laisse augurer d'un maintien de cette jurisprudence pour les contentieux du travail en Nouvelle-Calédonie.

Parallèlement à ces dispositions relatives au licenciement, l'ordonnance sus-évoquée revient sur le caractère automatique de la requalification des contrats de travail à durée déterminée en contrats à durée indéterminée lorsque l'employeur méconnaît son obligation de transmission

<sup>8</sup> Art. L. 1235-2 du Code du travail.

<sup>9</sup> Le salarié peut demander des précisions sur les motifs du licenciement figurant dans la lettre de notification dans les quinze jours qui suivent celle-ci et l'employeur peut y répondre sous quinze jours également. Il dispose aussi de la faculté de compléter la motivation du licenciement dans les quinze jours qui suivent la notification, de sa propre initiative. Voir décret n° 2017-1820 du 29 déc. 2017, préc.

du contrat à durée déterminée signé dans les deux jours ouvrables qui suivent l'embauche<sup>10</sup>. Le code du travail métropolitain prévoit désormais que cette irrégularité ne peut ouvrir droit qu'à des dommages et intérêts pour vice de forme, dans la limite d'un mois de salaire. Le législateur entend ainsi cantonner l'octroi de dommages et intérêts plus conséquents aux seules et véritables violations des règles de fond du droit du travail. La jurisprudence de la haute juridiction étant identique sur ce point en Nouvelle-Calédonie, l'adoption de cette disposition apporterait également une sécurisation des relations de travail aux employeurs calédoniens. Cette mesure serait d'autant plus appréciable que le lieu de recrutement et d'établissement du contrat de travail peut être très éloigné du lieu d'exécution du contrat de travail au vu de la singularité des activités économiques et de la géographie du territoire<sup>11</sup>.

Même si ces modifications de la législation et de la jurisprudence applicables jusqu'alors sont significatives, les apports majeurs de l'ordonnance Macron étudiée, tiennent surtout dans la limitation des risques liés aux contestations judiciaires faisant suite à la rupture du contrat de travail.

### **B. Les mesures destinées à réduire les risques liés aux contentieux judiciaires de la rupture du contrat de travail**

L'absence de prévisibilité des condamnations auxquelles les entreprises étaient parfois astreintes suite à un contentieux prud'homal pouvait compromettre leur santé économique et financière. Celle-ci se doublait d'une insécurité juridique résultant de la faculté pour le salarié d'intenter une action judiciaire plusieurs années après la rupture de son contrat de travail. Ainsi, restreindre les droits des salariés en cas de contentieux pourrait avoir un effet bénéfique en matière d'emploi, car ces normes protectrices étaient ou pouvaient être perçues par les employeurs comme de véritables freins à l'embauche.

Si la loi du 17 juin 2008<sup>12</sup> portant réforme de la prescription en matière civile avait déjà supprimé le délai de prescription trentenaire pour les actions en paiement de dommages et intérêts, il n'en demeurait pas moins que celui-ci était encore de cinq ans. La réforme du droit du travail de 2017 a raccourci les délais de recours pour les contentieux faisant suite à une rupture du contrat de travail à douze mois<sup>13</sup>. Ce délai de recours est également abrégé et porté à deux ans pour toutes les actions relatives à l'exécution du contrat de travail.

Raccourcir les délais de prescription ne peut que permettre aux entreprises de gagner en sécurité juridique et leur éviter de conserver, pendant plusieurs années, une épée de Damoclès qui peut se révéler parfois très préjudiciable pour elles, notamment dans le cadre d'un contexte économique difficile.

Au-delà de la réduction des délais de recours, les entreprises calédoniennes pourraient également trouver un intérêt à s'enrichir des nouvelles dispositions relatives au plafonnement des

10 Art. L. 1242-13 du Code du travail. Cette mesure est également prévue pour les contrats de travail temporaire à l'article L. 1251-17 du Code du travail.

11 Tel est le cas par exemple pour les salariés travaillant sur mine.

12 Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, *JORF*, n° 141 du 18 juin 2008, p. 9856.

13 Le point de départ du délai de prescription peut différer d'une procédure à l'autre selon le motif personnel ou économique du licenciement. Voir articles L. 1235-7 et L. 1471-1 du Code du travail.

indemnités de licenciement que peuvent octroyer les juges. À cet égard, même s'il apparaît que le tribunal du travail et la chambre sociale de la cour d'appel de Nouméa accordent des montants plus faibles que beaucoup de juridictions métropolitaines quant aux dommages et intérêts alloués aux salariés contestant leur licenciement, il n'en demeure pas moins que ces condamnations peuvent représenter un coût non négligeable pour les entreprises calédoniennes.

Si d'aucuns estiment que le plafond des indemnités prévu dans le cadre de la réforme métropolitaine s'avère trop faible, l'idée de fixer un plafond n'est pas à exclure afin, d'une part, de dissuader des recours fondés sur des considérations purement opportunistes de la part des salariés et, d'autre part, d'indiquer à l'ensemble des parties prenantes le montant maximum mais aussi minimum auquel ils peuvent prétendre ou être condamnés selon le cas. Cette prévisibilité en cas de condamnation judiciaire présente également l'avantage de préserver tant les intérêts des entreprises que l'intérêt à agir du salarié.

En contrepartie de cette sécurisation juridique des contentieux non seulement sur les aspects procéduraux mais aussi de fond, les indemnités légales de licenciement ont été augmentées et l'ancienneté requise dans l'entreprise pour y prétendre abaissée. L'adoption du plafonnement des indemnités judiciaires de licenciement, en corrélation avec l'augmentation de l'indemnité légale de licenciement permettant ainsi de préserver un équilibre entre l'intérêt des employeurs et celui des salariés, pourrait être reprise en Nouvelle-Calédonie. Il semble préférable pour les entreprises de maîtriser l'étendue des risques encourus en cas de contentieux en allouant en contrepartie au salarié une indemnité légale de licenciement plus importante. Le droit positif n'est par ailleurs pas si éloigné de ces solutions au vu des montants moins conséquents alloués par les juridictions calédoniennes, de l'accord interprofessionnel territorial<sup>14</sup> et d'un certain nombre de conventions collectives de branche<sup>15</sup> quant au montant de l'indemnité de licenciement. Il s'agirait finalement de légaliser tant la pratique conventionnelle que judiciaire ayant cours en Nouvelle-Calédonie. Il resterait éventuellement au législateur calédonien à adopter les plafonds qui semblent les plus cohérents au vu du contexte et des spécificités calédoniennes. Dans la suite logique, il serait également opportun de maintenir une différence selon l'effectif de l'entreprise pour fixer le plafond des indemnités.

La dernière disposition en matière d'encadrement des conséquences judiciaires liées aux ruptures du contrat de travail susceptible d'intéresser le législateur calédonien concerne la réduction du périmètre de la cause économique du licenciement. À l'instar des précisions apportées pour les cas de requalification des contrats de travail à durée déterminée en contrat à durée indéterminée, la réforme métropolitaine définit et encadre précisément les obligations patronales en matière d'appréciation de la cause économique permettant de justifier une rupture du contrat de travail. L'ordonnance précitée vient ainsi réduire le périmètre retenu par la jurisprudence constante de la Cour de cassation en matière d'appréciation de la cause économique. Désormais, lorsque l'entreprise appartient à un groupe, l'appréciation de la cause économique du licenciement doit se faire au niveau du secteur d'activité de ce groupe, pour les seules entreprises établies sur le territoire national. Le périmètre d'appréciation de la cause

<sup>14</sup> Article 88 de l'accord interprofessionnel territorial (AIT) révisé du 13 juil. 1984.

<sup>15</sup> À titre d'illustration, voir notamment article 27 de la convention collective des personnels des banques ; article 66 de la convention collective de la boulangerie et pâtisserie ; article 68 de la convention collective de branche de la coiffure.

économique se limite désormais au territoire de la République française. Ce n'est finalement pas tant le périmètre retenu par la réforme qui importe que le fait de l'avoir déterminé avec précision. Nombre de condamnations résultaient certes d'une absence d'appréciation quant à l'étendue du périmètre, mais aussi d'une méconnaissance de la jurisprudence qui s'est forgée au fil des années.

L'ensemble des modifications législatives présentées dans cette première partie ayant toutes pour objet de renforcer la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail devraient produire des effets perceptibles assez rapidement, dans la mesure où leur effectivité est immédiate et ne nécessite pas d'autre intervention pour être mises en œuvre.

Les mesures de fond susceptibles d'intéresser la Nouvelle-Calédonie visent à réformer le dialogue social. Leur effectivité sera très certainement plus difficile à percevoir sur le court terme car elle nécessite que les négociations aboutissent pour que le fond du droit du travail évolue. Leur intérêt n'est toutefois pas à négliger et réside dans l'ouverture du champ des possibles. Reste aux organisations patronales et syndicales représentatives de s'en saisir. Il n'en demeure pas moins que ces nouvelles dispositions bouleversent totalement le paradigme sur lequel reposait le droit du travail métropolitain et repose encore le droit calédonien (II).

## II. RÉFORMER POUR REFONDER LE DIALOGUE SOCIAL

Deux ordonnances du 22 septembre 2017 relatives respectivement au renforcement de la négociation collective<sup>16</sup> et à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise [...] <sup>17</sup> sont venues considérablement modifier le droit positif métropolitain en matière de relations collectives du travail. La volonté politique affichée dans le cadre de la loi Travail II consistait à poursuivre l'évolution majeure du droit du travail, engagée par la loi Travail I du 8 août 2016<sup>18</sup>, plus connue sous le nom de loi « El Khomri ». La volonté première de ces ordonnances consiste à renforcer la négociation collective afin d'accroître la part des règles négociées par rapport aux lois d'ordre public et d'ordre public social (B). La seconde ordonnance Macron sus-évoquée<sup>19</sup> est venue servir ce premier objectif non seulement en facilitant, mais aussi en promouvant le dialogue social (A). C'est à la lueur de ces deux bouleversements du droit du travail métropolitain que la Nouvelle-Calédonie doit s'interroger. Doit-elle s'engager dans la même voie que la métropole en matière de dialogue social ?

### A. La recherche d'un dialogue social facilité

Cette recherche de développement du dialogue social s'est construite dans la réforme de 2017 autour de la volonté d'une part de simplifier les institutions représentatives du personnel et par conséquent leur fonctionnement (1) et d'autre part, de multiplier les acteurs de la

16 Ordonnance n° 2017-1385 du 22 sept. 2017, *JORF*, n° 223 du 23 sept. 2017.

17 Ordonnance n° 2017-1386 du 22 sept. 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, *JORF*, n° 223 du 23 sept. 2017.

18 La loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, *JORF*, n° 184, du 9 août 2016.

19 Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, préc.

négociation collective afin de favoriser la négociation et la conclusion des accords collectifs dans les entreprises (2).

### 1. La fusion des instances représentatives du personnel

Le fonctionnement des institutions représentatives du personnel a toujours été considéré et vécu pour nombre d'employeurs comme une contrainte. Pour illustrer ce propos, il suffit de rappeler la consécration prétorienne de l'unité économique et sociale ayant précisément eu pour objet de mettre un terme aux fraudes consistant à diviser de manière artificielle une entreprise afin qu'elle ne dépasse pas les seuils d'effectif de mise en place de ces instances. La lourdeur de la gestion de ces différentes instances pour l'employeur n'est pas non plus étrangère à cette réticence. Dès que l'entreprise franchissait le seuil de cinquante salariés, outre la présence des délégués du personnel, elle avait l'obligation d'organiser des élections du comité d'entreprise et de mettre en place obligatoirement un comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail. À ces instances élues, s'ajoutait la possibilité pour chaque organisation syndicale représentative de salariés dans l'entreprise de désigner un délégué syndical.

Chacune des instances élues était en outre régie par des dispositions spécifiques qui imposaient des réunions périodiques, mensuelles pour la plupart, accompagnées d'une impossibilité légale de regrouper les réunions et les instances, sauf cas de délégation unique du personnel.

Une des ordonnances du 22 septembre 2017 a précisément eu pour objet de fusionner l'ensemble de ces instances élues au sein d'une instance unique : le comité social et économique (CSE). Les missions des anciennes institutions représentatives du personnel sont reprises, mais exercées au sein de cette seule nouvelle instance. La périodicité des réunions de ce conseil est plus espacée<sup>20</sup>. Une commission santé, sécurité et conditions de travail au sein du conseil est aussi obligatoire à compter de trois cents salariés. Un accord collectif majoritaire peut également prévoir que dans les entreprises d'au moins cinquante salariés, le délégué syndical soit intégré au conseil social et économique. Dans ce cas, le conseil social et économique change de nom et devient le conseil d'entreprise. Celui-ci bénéficie alors d'un périmètre d'action complet tant au niveau de l'information et de la consultation qu'au sujet de la négociation collective. Pour les membres de cette instance, l'intérêt réside dans l'accroissement de l'information à laquelle ils ont droit. Ils sont en effet destinataires de l'ensemble des informations relatives à la situation économique, sociale et professionnelle de l'entreprise. Ils deviennent en outre l'organe de négociation collective et la négociation collective relève de la compétence exclusive du conseil d'entreprise.

Le lien entre la réforme métropolitaine et la Nouvelle-Calédonie est facile à faire à l'aune de la nouvelle instance représentative du personnel que constitue le conseil d'entreprise. En effet, en 2011, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a organisé une session du dialogue social dont l'objectif était de « réformer les institutions représentatives du personnel »<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> Voir art. L. 2315-21 et suivants et article L. 2315-28 du Code du travail.

<sup>21</sup> Voir déclaration commune issue de la troisième session du dialogue social « Pour une réforme des institutions représentatives du personnel », 8 novembre 2012, V<sup>e</sup> forum sur le dialogue social, [https://dtenc.gouv.nc/sites/default/files/documents/dialogue\\_social/5eme\\_forum\\_sur\\_le\\_dialogue\\_social.pdf](https://dtenc.gouv.nc/sites/default/files/documents/dialogue_social/5eme_forum_sur_le_dialogue_social.pdf)

Les auditeurs se sont entendus sur une déclaration commune<sup>22</sup> qui a été signée le 27 juillet 2012 par la majeure partie des organisations syndicales représentatives de salariés<sup>23</sup> et toutes les organisations d'employeurs représentatives en Nouvelle-Calédonie<sup>24</sup>. Les négociations se sont poursuivies ensuite en 2013, puis ont été arrêtées la même année<sup>25</sup> pour n'être reprises qu'à partir de la fin de l'année 2017, sans qu'elles aient réussi à aboutir à ce jour<sup>26</sup>.

La déclaration commune prévoyait précisément la fusion de l'ensemble des institutions représentatives du personnel au sein d'une instance unique : le conseil d'entreprise. Celui-ci avait vocation à être mis en place dans les entreprises d'au moins onze salariés et devait être à la fois une instance d'information, de dialogue, de résolution des problèmes individuels et collectifs, mais aussi de négociation collective.

Le projet novateur de conseil d'entreprise calédonien ressemblait fortement au conseil d'entreprise adopté dans le cadre de la réforme métropolitaine de 2017. La seule différence notable entre les deux systèmes tient au fait qu'en métropole, le conseil d'entreprise ne peut être mis en place qu'en présence d'un accord collectif majoritaire en ce sens. En Nouvelle-Calédonie, le conseil d'entreprise était l'unique instance prévue par le législateur. Elle venait remplacer l'ensemble des institutions représentatives élues du personnel et intégrait les délégués syndicaux en tant que membres de droit de ce conseil.

Même si la réforme calédonienne n'a pas (encore) abouti, la majorité des organisations syndicales et patronales pensaient à l'époque (en 2012) qu'ils seraient précurseurs en adoptant une réforme similaire à celle adoptée au plan national en 2017.

La réforme souhaitée par les partenaires sociaux calédoniens s'était donné quatre missions majeures. Il s'agissait tout d'abord de construire une vision partagée de l'entreprise par la connaissance des objectifs et de la stratégie de celle-ci, d'élaborer ensuite un agenda social interne à l'entreprise et d'en assurer le suivi pour convenir des projets à mettre en œuvre et des négociations à engager. Elle tendait encore à élaborer un contrat social collectif de

22 Préc.

23 Sont signataires de la déclaration commune : l'USOENG et l'USTKE, c'est-à-dire les syndicats ayant la meilleure audience électorale au niveau de la Nouvelle-Calédonie, l'UT CF-CGC. Ont au contraire refusé de signer la déclaration commune les organisations syndicales représentatives suivantes : COGETRA, CSTNC et la Fédération des fonctionnaires. Le syndicat FO avait refusé de participer à cette session du dialogue social et ne figure donc pas parmi les signataires.

24 Les organisations patronales représentatives sont définies par un arrêté annuel du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Le dernier en date est l'arrêté n° 2018-1065/GNC du 15 mai 2018 portant reconnaissance de la représentativité des organisations professionnelles d'employeurs, *JONC* du 24 mai 2018, p. 6750.

25 L'arrêt des négociations résulte de la volonté des organisations syndicales de salariés représentatives qui souhaitaient qu'au préalable un accord interprofessionnel territorial sur les moyens du dialogue social soit adopté. Le seul point d'achoppement de la négociation sur la réforme des institutions représentatives du personnel qui restait à résoudre tenait dans le nombre d'élus et d'heures de délégation accordé aux membres du conseil d'entreprise.

26 Une des raisons qui empêche l'aboutissement de cette réforme tient au fait que les personnes qui négociaient en 2011-2012 ont changé et de nouvelles ont été désignées par les organisations syndicales représentatives. De fait, elles ne connaissent pas l'historique des négociations et affichent des positions très arrêtées sur des éléments ayant fait l'objet de longues discussions, de découverte des institutions d'autres pays... À ceci s'ajoute le fait que la CSTC-FO avait refusé de participer à cette session du dialogue social alors qu'elle fait désormais partie des organisations syndicales négociant la réforme. Sa participation remet en cause la déclaration commune conclue en 2012 à laquelle elle n'avait pas pris part.

l'entreprise par la présence du conseil d'entreprise en tant qu'espace de la négociation collective et recherchait enfin le règlement amiable des différends individuels ou collectifs afin de s'assurer que les missions des délégués du personnel étaient bien reprises dans le cadre de la réforme. Le rôle du conseil d'entreprise calédonien allait même au-delà puisqu'il englobait totalement les problématiques environnementales des entreprises dans le champ de compétence du conseil.

À la lueur de la réforme d'envergure envisagée dès 2012 en Nouvelle-Calédonie, les employeurs calédoniens et la plupart des organisations syndicales représentatives à l'époque considéraient qu'il s'agissait d'une réforme nécessaire qui nourrissait quatre ambitions : sociale, économique, démocratique et « pays »<sup>27</sup>. L'ambition économique affirmée par les partenaires sociaux dans la déclaration commune de 2012 précisait que « la construction de relations sociales de qualité contribue au développement de l'entreprise et à sa compétitivité consolidant ainsi sa pérennité ». Au vu de la conviction partagée quant à l'utilité d'adopter cette réforme des institutions représentatives du personnel, la reprise ou plus précisément la conclusion d'un accord sur ce sujet par les partenaires sociaux permettrait de finaliser les éléments fondamentaux de la réforme, sur laquelle la volonté politique de reprendre, sinon la lettre, au moins l'esprit de l'accord conclu est toujours présente.

## 2. La multiplication des acteurs de la négociation collective

Le changement de paradigme souhaité par les ordonnances de 2017 attribuant désormais le premier rôle à la négociation collective, en particulier au niveau de l'entreprise, a amené le législateur métropolitain à procéder par étapes. L'une d'entre elles a consisté à s'occuper des acteurs de la négociation collective. Ainsi, même s'il existe un monopole de la négociation collective reconnu aux organisations syndicales représentatives, représentées par leurs délégués syndicaux au niveau de l'entreprise, la réforme a fait le choix de multiplier les acteurs de la négociation, notamment lorsque les délégués syndicaux sont absents des entreprises. Tel est le cas de la possibilité de conclure des accords collectifs dans les entreprises entre 11 et 49 salariés en l'absence de délégué syndical, par le recours au mandatement d'un salarié par une organisation syndicale représentative dans la branche, ou à défaut, au niveau national et interprofessionnel alors même que ce salarié n'est pas par ailleurs membre du comité social et économique<sup>28</sup>. La même faculté est ouverte aux membres de la délégation du personnel du comité social et économique et ce, y compris dans les entreprises d'au moins cinquante salariés si elles sont dépourvues de délégué syndical<sup>29</sup>. Si ces dispositions ne remettent pas en cause le monopole de la négociation collective, il n'en demeure pas moins qu'elles le font vaciller dans la mesure où la faculté de négocier avec les élus est mise sur un pied d'égalité avec la négociation par mandatement.

27 « La mise en œuvre, dans les entreprises, d'un dialogue social de qualité, s'appuyant sur des institutions représentatives du personnel renouvelées, contribue, aux yeux des auditeurs, à la cohésion sociale du territoire et au développement économique de toute la Nouvelle-Calédonie. Il participe ainsi à faire de ce territoire une terre où se conjugue progrès économique et progrès social ».

28 Art. L. 2232-23-1 et s. du Code du travail.

29 Art. L. 2232-24 du Code du travail.

S'agissant de la Nouvelle-Calédonie, le projet de réforme des institutions représentatives du personnel sus-évoqué comprenait des dispositions similaires en permettant aux membres du conseil d'entreprise de participer à la négociation collective. Les organisations syndicales représentatives conservaient néanmoins le monopole quant à la conclusion de l'accord collectif négocié.

Les ordonnances de 2017 vont au-delà en permettant désormais, d'une part, la conclusion d'un accord collectif avec un salarié mandaté qui sera soumis à référendum et, d'autre part, aux employeurs, dans les entreprises employant moins de onze salariés, de proposer un projet d'accord aux salariés et d'organiser une consultation du personnel en communiquant ce projet à chaque salarié. Si ce dernier est ratifié à la majorité des deux tiers du personnel, il est alors considéré comme valide. Dans un tel cas, les organisations syndicales perdent soit le monopole de la négociation collective, soit celui de la conclusion des accords collectifs, voire dans certains cas les deux. Ceci étant dit, quel monopole perdent-elles si elles ne sont pas présentes dans l'entreprise ou si celle-ci emploie moins de onze salariés, seuil légal à partir duquel leur mise en place est obligatoire pour l'employeur ?

Si la possibilité de conclure des accords collectifs en l'absence de délégués syndicaux est extrêmement intéressante pour les entreprises calédoniennes, car elle leur permet de négocier les conditions de travail et d'emploi au plus près des réalités de l'entreprise, il convient néanmoins d'encadrer et de fixer les limites de la liberté contractuelle de cette négociation collective. À titre d'exemple, il convient *a minima* d'organiser une formation préalable à la négociation collective, d'assurer aux salariés négociateurs un statut protecteur et, éventuellement, de permettre aux juges ou à l'administration du travail d'avoir un droit de regard afin de s'assurer que l'accord conclu n'est pas totalement déséquilibré.

En raison du tissu économique calédonien, constitué d'un nombre important de petites entreprises, la reprise dans le droit positif calédonien de ces dispositifs permettant de négocier des accords collectifs en l'absence d'organisation syndicale représentative dans l'entreprise représente une réelle opportunité au bénéfice tant de l'entreprise que des salariés qu'elle emploie. Il conviendrait en revanche d'assortir cette négociation collective d'un cadre consistant sinon en un contrôle *a priori*, par un contrôle *a posteriori*.

Ces contrôles peuvent prendre des formes innovantes, tel le recours à la négociation assistée par un médiateur ou des conseillers juridiques, ou plus classiques, comme l'exercice du droit d'opposition majoritaire.

Ainsi, s'il apparaît évident que la réforme nationale a cherché à dynamiser le dialogue social dans les entreprises, celle-ci a aussi eu pour objectif de poursuivre le mouvement de contractualisation du droit du travail entamé depuis des années et renforcé depuis la loi du 8 août 2016.

## **B. La place prépondérante accordée à l'accord collectif**

L'accroissement de la place de la négociation collective passe par deux éléments caractéristiques que sont, d'une part, le mouvement de contractualisation du droit en multipliant les cas dans lesquels l'accord collectif prime le contrat individuel de travail (1) et, d'autre part, l'élargissement des champs ouverts à la négociation collective au détriment de la loi, qui devient supplétive lorsqu'elle ne détermine pas des dispositions d'ordre public absolu (2).

### 1. La suprématie de l'accord collectif sur le contrat individuel de travail

Le dernier bastion de résistance à l'accord collectif se situe au niveau du contrat de travail, lorsque le salarié peut opposer à l'employeur la modification d'un élément essentiel de son contrat qui nécessite son accord préalable. Si les réformes nationales antérieures avaient déjà organisé de manière assez marginale la supériorité de l'accord collectif sur le contrat de travail, la réforme de 2017 est venue les compléter et supprimer toute équivoque quant au risque de contentieux.

Ainsi, le nouvel article L. 2254-2 du Code du travail dispose qu'afin « de répondre aux nécessités liées au fonctionnement de l'entreprise ou en vue de préserver, ou de développer l'emploi, un accord d'entreprise » majoritaire « peut : aménager la durée du travail, ses modalités d'organisation et de répartition; aménager la rémunération [...] dans le respect du SMIC et des salaires minimaux conventionnels [...]; déterminer les conditions de la mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise ». « Les stipulations de l'accord se substituent de plein droit aux clauses contraires et incompatibles du contrat de travail, y compris en matière de rémunération, de durée du travail et de mobilité professionnelle ou géographique interne à l'entreprise. Le salarié peut refuser la modification de son contrat de travail résultant de l'application de l'accord ». Si, à la suite de ce refus, l'employeur engage une procédure de licenciement à l'encontre du salarié, « ce licenciement repose sur un motif spécifique qui constitue une cause réelle et sérieuse ».

Ce dispositif ne retire en rien le droit du salarié de se prévaloir des clauses négociées de son contrat de travail, conformément au droit commun des contrats. Il n'en demeure pas moins qu'il légitime désormais le licenciement prononcé par l'employeur en cas de refus par le salarié de la modification de son contrat et lui retire toute possibilité d'obtenir une quelconque indemnisation fondée sur la justification de la rupture. Cette disposition légale, à rebours des principes sur lesquels repose le droit du travail français, constitue au contraire une règle classique dans d'autres pays. Tel est le cas au Canada où le contrat de travail ne peut avoir de prise sur la convention collective. Celle-ci prévaut obligatoirement en ce qu'elle représente la norme de référence qui régit l'ensemble des situations lorsqu'elle est présente, de telle sorte que le contrat de travail (même plus favorable que la convention) empreint d'individualisme est « suspendu » pendant toute la durée d'application de la convention collective.

La question de la reprise du dispositif existant en métropole et en Nouvelle-Calédonie ne concerne pas tant la question spécifique du licenciement économique. La véritable interrogation se situe dans la prise en considération ou non en droit calédonien de la suprématie de l'accord collectif sur les clauses d'un contrat individuel de travail.

S'il apparaît que cette prépondérance de l'accord collectif d'entreprise peut venir en aide à l'entreprise dans des situations parfois délicates, notamment en période de crise économique, l'intérêt de cette mesure réside aussi dans la possibilité de faire évoluer la hiérarchie des normes calédoniennes. Cette dernière reste soumise au respect du bloc de constitutionnalité, mais, pour le reste, une évolution est totalement envisageable eu égard, d'une part, au transfert de la compétence normative du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie et, d'autre part, de la valeur législative des lois du pays adoptées par le congrès de la Nouvelle-Calédonie. Ainsi, le droit calédonien pourrait parfaitement favoriser la prévalence des normes collectives sur les normes individuelles de travail. Pour justifier cette réforme, le législateur calédonien pourrait s'appuyer sur l'une des valeurs communes qui anime une grande partie de la population

présente en Nouvelle-Calédonie, notamment kanak, qui repose précisément sur « l'intérêt collectif ». Ainsi, « à l'instar de la conscience élevée de l'intérêt collectif qu'ont les personnes relevant de la coutume, le droit conventionnel et légiféré du travail devrait tendre à promouvoir davantage l'intérêt de la collectivité des salariés et l'intérêt de l'entreprise en termes de compétitivité, notamment dans la perspective d'améliorer les conditions de travail, ou de préserver les emplois, voire d'en créer d'autres »<sup>30</sup>. C'est à ce titre qu'il faut voir éventuellement l'opportunité de s'inscrire dans une reprise du dispositif national.

## 2. La poursuite du mouvement de « conventionnalisation » du droit du travail

Le mouvement de « conventionnalisation » du droit tend à définir les règles de droit applicables à l'entreprise au plus près de ses réalités. Il s'agit par conséquent de donner la primauté et l'hégémonie aux accords collectifs au détriment de la loi et en particulier d'accorder la prévalence à l'accord d'entreprise.

Cette évolution du droit du travail a été amorcée par la loi du 8 août 2016 réformant le code du travail sur la durée du travail en répartissant les dispositions en trois catégories : les dispositions d'ordre public absolu, le champ ouvert à la négociation collective et les dispositions supplétives. Les lois supplétives faisaient donc leur entrée dans le code et le droit du travail national. C'est précisément le domaine des lois supplétives qu'a voulu étendre la réforme de 2017.

Parmi les champs ouverts à la négociation collective, la loi de 2016 a reconnu une suprématie de l'accord d'entreprise par rapport à l'accord de branche. Et ce n'est qu'à défaut de l'un ou de l'autre que les lois supplétives destinées à éviter un vide juridique trouvent à s'appliquer. C'est précisément cette logique qu'ont poursuivie les ordonnances de 2017 au-delà de la durée du travail. Ainsi, sauf dans quelques domaines expressément réservés, l'accord de branche ne constitue plus un verrou pour la négociation d'entreprise.

Avant d'accorder une quelconque suprématie, même encadrée, aux accords collectifs, en leur permettant également de revenir sur le principe historique du droit du travail, de l'ordre public social, il était nécessaire de garantir la légitimité des acteurs de la négociation. Tel a été l'un des objectifs de la réforme de la représentativité syndicale. La seconde étape a ensuite consisté à renforcer les conditions de conclusion des accords collectifs pour qu'ils soient non seulement conclus par des acteurs légitimes, mais aussi représentants une majorité des salariés de l'entreprise.

Au-delà de ce changement de paradigme qui, bien évidemment, réduit à une peau de chagrin l'application du principe de faveur, les ordonnances de 2017 ont élargi le champ de la négociation collective. Il est ainsi désormais possible de négocier au niveau de l'entreprise sur le contenu des consultations ou de conclure un accord collectif portant rupture convention-

<sup>30</sup> N. Meyer, « Droit du travail et coutume kanak : vers une imprégnation réciproque », in P. Deumier et É. Cornut (dir.), 2016, *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, Rapport de recherche, GIP Mission de recherche Droit et Justice, convention n° 2014.02.18 .14, p. 243 (<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01592950/document>) ; *La coutume kanake dans le pluralisme juridique calédonien*, P. Deumier et É. Cornut (dir.), Nouméa, Presses Universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), 2018, p. 245.

nelle collective<sup>31</sup>. Au niveau de la branche, les règles encadrant les contrats de travail à durée déterminée, notamment la durée de ceux-ci, peuvent être négociées, la loi devenant alors supplétive de l'accord collectif<sup>32</sup>.

L'élargissement du champ de la négociation collective amène à n'en point douter de la souplesse dans les entreprises. Dans la perspective de reprendre un dispositif de cet ordre, il ne faut pas perdre de vue que beaucoup d'entreprises calédoniennes sont dépourvues d'organisations syndicales représentatives, voire de toute représentation du personnel. Ainsi, adopter des dispositions légales supplétives nécessite ensuite que la négociation collective puisse avoir lieu. Le risque est également à cet égard de créer des entreprises à deux vitesses, celles qui pourront négocier et celles qui ne le pourront pas. Il faut avoir aussi à l'esprit que la suprématie de l'accord d'entreprise sur l'accord de branche crée le risque d'ôter à l'accord de branche non seulement son rôle de gardien d'une saine et loyale concurrence, mais aussi celui de garantir à tous les salariés d'un même secteur d'activité des conditions de travail similaires. Le bénéfice que peut générer l'adoption de dispositions de cette nature risquerait de ne profiter qu'à quelques entreprises au détriment des autres.

Par conséquent, certaines des dispositions de la réforme de 2017 peuvent trouver un intérêt si, et seulement si, les partenaires sociaux investissent les nouvelles potentialités offertes par le législateur, c'est-à-dire qu'ils s'emparent des nouveaux champs ouverts à la négociation collective. Pour ce faire, il convient assurément de poursuivre la voie dans laquelle s'est d'ores et déjà engagée la Nouvelle-Calédonie en subventionnant la formation des négociateurs par le développement et le perfectionnement des formations à la négociation collective, en allant même au-delà.

En conclusion, faut-il s'inspirer des ordonnances Macron pour « libérer l'entreprise » ? La réponse est clairement affirmative lorsqu'il s'agit de libérer l'entreprise des risques de contentieux liés notamment à la méconnaissance de la technicité des lois du travail.

En revanche, notre point de vue est plus nuancé lorsqu'il est question de libérer dans le sens de « libéraliser ». En effet, une évolution du droit du travail calédonien sur ce point nécessite au préalable de développer la culture de la négociation collective, même si l'on peut augurer dès aujourd'hui de la volonté des organisations patronales et syndicales présentes en Nouvelle-Calédonie d'aller dans ce sens.

S'inscrire dans le changement de paradigme du droit du travail opéré par le législateur métropolitain, nécessite aussi et avant tout une volonté politique affirmée en ce sens. À la lueur de l'histoire récente de l'état des relations sociales, du dialogue social et de la négociation collective en Nouvelle-Calédonie, il n'est pas certain que le législateur calédonien estime opportune, à ce jour, une telle orientation du droit du travail.

31 Art. L. 1237-19 et s. du Code du travail.

32 Art. L. 1242-8 du Code du travail.

### Cécile Duval

Cabinet douanier et fiscal (CDF)

136

L'entreprise calédonienne est aujourd'hui confrontée à un ralentissement de l'économie, dans un contexte où les marges de manœuvre sont faibles, en raison notamment de l'étroitesse du marché.

L'entreprise doit donc chercher à gagner en compétitivité et à diversifier ses investissements en se tournant quand cela est possible vers l'extérieur.

Si certaines dispositions fiscales constituent des opportunités pour l'entreprise (I), celles-ci sont en réalité des mesures d'opportunité pour le territoire.

En pratique, l'entreprise calédonienne doit faire face à des obstacles infranchissables (consistant dans l'absence de mesure fiscale d'accompagnement) qui entravent tout développement à l'international (II).

### I. LES OPPORTUNITÉS

Dans le monde actuel, la fiscalité des entreprises est devenue un enjeu majeur incontournable.

Afin d'inciter les entreprises à tolérer la charge fiscale et à payer de l'impôt, le législateur a créé des opportunités à travers diverses incitations fiscales.

Parmi les systèmes incitatifs, plusieurs exemples peuvent être cités, tels que les aides à l'investissement (A), l'augmentation de la rémunération du compte courant d'associé (B) et le soutien à la production locale (C).

#### A. Les aides fiscales à l'investissement

La Nouvelle-Calédonie bénéficie d'aides fiscales octroyées par la métropole pour réaliser certains investissements productifs. Le maintien de ces aides n'a d'ailleurs pas été sans difficulté et incertitude.

L'entrepreneur calédonien bénéficie d'un partage de l'aide fiscale accordée, qui permet en pratique de bénéficier d'un avantage qui s'élève environ à 30% du montant de l'investissement réalisé. Cette aide est accordée sur agrément quand les investissements dépassent 36 millions de francs Pacifique (XPF). Dans le cas contraire, l'aide est accordée de plein droit. Cette aide est très demandée par les opérateurs calédoniens.

De son côté, la Nouvelle-Calédonie participe en accordant quelques exonérations, telle que l'exonération de Taxe Générale sur la Consommation (TGC) sur les flux classiques.

De plus, le législateur calédonien a prévu des aides à l'investissement accordées uniquement sur agrément : notamment en fonction des capacités budgétaires. Ces aides sont donc rares actuellement. Elles consistent principalement en un avantage lors de la mise en place ou la construction de l'investissement. L'aide peut varier entre 15 et 40 % du montant de l'investissement.

Ainsi, en théorie, un investissement qui bénéficierait de l'aide métropolitaine et calédonienne pourrait bénéficier de 70 % d'aides fiscales cumulées.

Il s'agit donc d'une aide significative pour l'entreprise, qui lui est favorable. Mais l'aide fiscale cible l'investissement structurant et a toujours pour finalité indirecte d'inciter à payer de l'impôt. Elle fonctionne par crédit d'impôt (à la différence de la subvention qui n'a pas d'effet incitatif sur le paiement de l'impôt).

### **B. L'augmentation de la rémunération du compte courant d'associé**

Il convient de rappeler que l'augmentation du taux de rémunération du compte courant d'associé avait pour objectif de corriger une nouvelle taxation (augmentation du taux de l'impôt de distribution).

De fait, si l'impôt de distribution était de 13,25 % sur les distributions de dividendes, il varie désormais entre 18 et 24 %.

L'annonce de cette augmentation a eu pour effet d'inciter les entreprises à distribuer massivement les bénéfices, ce qui a eu pour conséquence de vider les entreprises de leur trésorerie et de réduire leur capacité de réinvestissement.

Afin de contrecarrer ce phénomène et d'inciter les associés (les entrepreneurs) à laisser dans l'entreprise l'argent qu'ils s'étaient distribué, le législateur a adopté des dispositions consistant à augmenter la rémunération des comptes courants d'associés : le taux de rémunération a été majoré de 3 points par rapport au taux légal, et une exonération à l'impôt sur le revenu des bénéfices de ces revenus financiers a été instaurée.

### **C. Le soutien à la production locale**

D'autres exemples peuvent être cités. Il s'agit notamment du soutien à la production locale. La production locale bénéficie d'un taux réduit de TGC à 3 %, faveur qui s'ajoute à l'existence éventuelle de protections douanières.

Enfin, peuvent être citées à titre illustratif des réductions d'impôt de distribution quand le montant distribué est réinvesti.

Ces opportunités, très utilisées par les entreprises, sont en réalité des mesures d'opportunité prises par le législateur pour atténuer l'impact d'une autre mesure de taxation.

Rares sont les mesures fiscales incitatives qui ne découlent pas d'une taxation.

Ces mesures incitatives cachent un véritable problème de fond : en Nouvelle-Calédonie, la fiscalité est relativement récente et elle n'est pas allée au bout de certaines réformes qui

apparaissent pourtant nécessaires. En particulier, le législateur n'a notamment pas pris en compte le fait que l'entreprise calédonienne doit s'insérer dans un contexte international, tout en évoluant dans un marché très étroit.

De plus, l'entreprise calédonienne est très sensible à la fluctuation économique. La Nouvelle-Calédonie vit aujourd'hui une crise économique, qui provient certes de la crise qui existe en métropole, mais qui est accentuée par la crise minière et par un contexte politique sensible.

Ce contexte oblige à trouver une meilleure rentabilité pour l'entreprise. L'entreprise doit assurer sa trésorerie pendant des périodes difficiles. C'est ce que souhaitent les entrepreneurs calédoniens en cherchant à se développer à l'international. Mais leur audace est contrecarrée par la fiscalité actuelle, qui ne permet pas à l'entreprise de se développer à l'international.

## **II. LES OBSTACLES**

Les obstacles fiscaux qui se dressent face aux entreprises sont de deux ordres. Les uns résultent de l'absence en Nouvelle-Calédonie de certaines réglementations fiscales, favorables à l'entrepreneuriat, qui existent dans les autres pays du monde et, notamment, en métropole (A). Les autres sont au contraire le fruit de règles propres à la Nouvelle-Calédonie et qui s'avèrent nuisibles aux entreprises (B).

### **A. L'absence de certaines réglementations favorables aux entreprises**

Deux mécanismes favorables aux entreprises étaient absents en Nouvelle-Calédonie au jour de la tenue du colloque : le régime mère-fille (1) et le régime de consolidation fiscale (2).

#### **1. L'absence de régime mère-fille en Nouvelle-Calédonie**

Le régime mère-fille favorise l'investissement à l'international et le retour de l'argent sur le territoire. En effet, il permet aux entreprises françaises qui ont des développements à l'étranger de pouvoir rapatrier des fonds sans être taxés à 100 % sur les bénéfices qu'elles rapatrient de leurs activités réalisées à l'étranger.

À l'inverse, en Nouvelle-Calédonie, tout bénéfice réalisé à l'étranger est taxé à 100 %. Pourtant, en application des règles de territorialité, ce bénéfice a logiquement déjà été taxé à l'étranger et, quand il rentre en Nouvelle-Calédonie, il est de nouveau taxé à 100 %.

Un tel système engendre des niveaux de taxation prohibitifs pour l'entrepreneur.

Une société mère ne peut donc pas s'installer en Nouvelle-Calédonie. La société mère est obligée d'aller s'installer à l'étranger pour pouvoir se développer à l'international. L'argent ne revient donc jamais en Nouvelle-Calédonie.

Il est par conséquent indispensable d'instaurer en Nouvelle-Calédonie un régime mère-fille, qui inciterait les entrepreneurs calédoniens à mettre en place leurs sociétés mères en Nouvelle-Calédonie, afin de rapatrier les fonds en Nouvelle-Calédonie.

Les richesses créées à l'étranger pourraient ainsi revenir en Nouvelle-Calédonie dans des conditions fiscalement acceptables.

## **2. L'absence de régime de consolidation fiscale**

Nous pouvons également déplorer en Nouvelle-Calédonie l'absence du régime de consolidation fiscale, qui permet de consolider au niveau de la société mère les résultats de l'ensemble des sociétés d'un groupe, et d'ainsi compenser les bénéfices réalisés par certaines avec les pertes réalisées par d'autres.

L'absence d'un tel régime interdit aux entrepreneurs d'être audacieux. En effet, dans le cas d'une activité rentable ou non rentable, il n'est pas possible de consolider le bénéfice et la perte réalisés. Il s'avère ainsi extrêmement compliqué d'investir dans des opérations non rentables.

Il est donc urgent et nécessaire d'instaurer une fiscalité de groupe qui permettrait aux entreprises de mutualiser leurs résultats.

## **B. Les réglementations contraires aux intérêts des entreprises**

Parfois le contenu de la réglementation porte directement atteinte aux intérêts des entreprises, comme le montre l'exemple du plafonnement de déduction des frais généraux (1). D'autres fois, c'est la façon dont cette réglementation est adoptée qui porte préjudice aux entreprises, car il en résulte une absence de sécurité juridique et fiscale (2). Enfin, l'interprétation qui est faite par l'administration de la convention fiscale liant la métropole à la Nouvelle-Calédonie se révèle également défavorable pour les entreprises (3).

### **1. Les réglementations au contenu défavorable pour les entreprises : l'exemple du plafonnement de déduction des frais généraux**

La Nouvelle-Calédonie a décidé de manière surprenante d'instaurer un plafond de déductibilité des frais généraux, sans que ce plafond ne puisse être dépassé sur justificatifs.

Cette limitation n'est évidemment pas comprise par les entreprises, car elle ne correspond pas à la réalité des frais engagés.

Cette réglementation entraîne une dégradation certaine des modalités de fonctionnement des entreprises, et certaines entreprises décident de quitter la Nouvelle-Calédonie.

### **2. L'absence de sécurité juridique et fiscale**

La Nouvelle-Calédonie est marquée par une insécurité juridique et fiscale qui s'explique probablement par la recherche d'argent par les administrations et sans doute par le fait que le gouvernement redoute les effets d'annonces. Plusieurs réformes ont en effet été adoptées au dernier moment.

À titre d'exemple, est présent dans les esprits le cas de la TGC et des demandes de remboursement sur les taxes à l'importation sur les stocks. Les taux de remboursement ont été publiés 10 jours après que les entreprises aient dû opter pour un remboursement forfaitaire des taxes payées à l'importation sur leurs stocks, sans avoir aucune visibilité.

La sécurité juridique n'est donc pas satisfaisante.

### **3. La question de la convention fiscale**

L'administration fiscale, à l'occasion de certains dossiers contentieux, remet en question la portée de la convention fiscale franco-calédonienne.

La convention fiscale franco-calédonienne n'a évidemment pas une portée de convention internationale en raison de la spécificité juridique de la Nouvelle-Calédonie. Mais l'administration fiscale va plus loin, en considérant que la convention franco-calédonienne ne serait qu'une simple loi. Par conséquent, dans les relations entre la France et la Nouvelle-Calédonie, il conviendrait d'appliquer la loi lorsque celle-ci est plus favorable à l'administration calédonienne et moins favorable à l'entreprise.

## **CONCLUSION**

Il résulte de ce qui précède que la marge d'évolution du cadre juridique et fiscal reste encore importante pour que soient davantage pris en compte les intérêts des entreprises. On ne peut qu'espérer que le législateur calédonien s'en empare pour envoyer un signe clair à destination des entreprises.

## LE DROIT ET LES ENTREPRISES : L'EXEMPLE DE LA TGC

### Lionel Bauvalet

Direction des services fiscaux

141

La Taxe Générale sur la Consommation (TGC), dont la mise en œuvre à taux pleins est sur le point de se réaliser<sup>1</sup>, fournit une bonne illustration de l'ambivalence que le droit peut présenter vis-à-vis des entreprises.

En effet, si la volonté des pouvoirs publics de moderniser la fiscalité indirecte calédonienne a trouvé un large écho dans les entreprises qui y ont vu une opportunité pour améliorer leur compétitivité, les pouvoirs publics poursuivent avec cette réforme d'autres objectifs qui ne vont pas tous dans le sens souhaité par les entreprises (I). Nous verrons par ailleurs que cette réforme a créé un ensemble juridique complexe qui génère des risques nouveaux pour les entreprises chargées de collecter la taxe. Pour limiter ces risques, les pouvoirs publics ne peuvent faire l'économie d'une réflexion sur la simplification du dispositif et ont une obligation d'autant plus importante d'assurer la sécurité juridique des entreprises (II).

## I. LA TAXE GÉNÉRALE SUR LA CONSOMMATION OU « TVA CALÉDONIENNE »

### A. Une fiscalité qui sert les intérêts des entreprises...

#### 1. Retour rapide sur les difficultés associées au système de fiscalité indirecte auquel la TGC se substitue

Le système de taxation indirecte en place avant la mise en œuvre de la TGC repose notamment sur un empilement de taxes à l'importation dont le cumul avec celles qui restent en vigueur conduit à pas moins de 700 000 combinaisons de taxations à l'importation.

De plus, ces taxes connaissent un grand mitage de leur base d'imposition conduisant à une exonération de l'ordre de 50 % de l'assiette à l'importation.

Mais au-delà de cette complexité, la fiscalité indirecte constitue une charge pour les entreprises qu'elles répercutent vers le consommateur final.

De fait, les taxes supprimées au profit de la TGC, qu'il s'agisse des taxes à l'importation ou de la taxe de solidarité sur les services, entretiennent une grande opacité dans la formation des prix, empêchant le consommateur d'identifier la part que représente la fiscalité indirecte dans les prix.

---

1 Au jour de la tenue du présent colloque.

Enfin, les entreprises qui vendent des produits importés supportent l'avance de la taxe acquittée lors de l'importation jusqu'à ce que les biens soient revendus, ce qui peut représenter des sommes conséquentes et grever leur trésorerie de manière significative.

## **2. La neutralité de l'impôt, gage d'une meilleure compétitivité pour les entreprises**

La neutralité de l'impôt signifie notamment que la taxe n'a pas d'incidence dans la formation du prix, qui est exprimé hors taxe à chacun des stades du processus économique et supportée en définitive par le seul consommateur final.

Comptablement, cela implique que les entreprises tiennent un compte de résultat hors taxe et que la TGC est suivie dans des comptes de tiers.

Ainsi, la taxe supportée sur les intrants est déductible de celle qui est collectée, et seule la différence est reversée au Trésor public selon le mécanisme des paiements fractionnés.

Dès lors, cette fiscalité ne constitue pas une charge pour les entreprises et permet notamment :

- de détaxer complètement les investissements utilisés pour les besoins de la réalisation des opérations soumises à la taxe<sup>2</sup>;
- d'éviter le portage de taxe à l'importation. En effet, à la différence des taxes à l'importation supprimées, la TGC acquittée à l'importation est immédiatement déductible et ne grève pas la trésorerie des entreprises importatrices qui n'ont pas à attendre la revente des biens qui les ont supportées pour en récupérer le montant sur leurs clients;
- d'assurer que les exportations sont totalement déchargées de taxes, car soumises à un taux zéro, là où le prix des biens exportés était jusqu'alors composé en partie d'une « fiscalité cachée », comprise dans les coûts de production de l'entreprise qui n'était pas en mesure de la déduire.

Ce sont donc autant de facteurs qui jouent très favorablement sur la compétitivité des entreprises.

Mais si ces avantages valent principalement pour les entreprises faisant le commerce des biens importés, la donne est un peu différente pour les producteurs locaux que la réforme a entendu prendre en compte s'assignant de l'objectif de maintenir la compétitivité relative de leurs produits par rapport aux produits importés.

## **3. Le cas particulier de la production locale**

Les matières premières mises en œuvre dans la production de biens locaux bénéficiaient d'une exonération de la TGI et, n'étant soumis à aucune taxation au moment de leur vente, ceux-ci étaient très peu taxés dans l'ancien dispositif.

La soumission des biens produits ou transformés localement à la TGC au moment de la vente conduit mécaniquement à une perte de compétitivité relative par rapport aux biens importés.

<sup>2</sup> Pour mémoire, les biens d'investissement étaient exonérés de taxe générale sur les importations (TGI) perçue selon 7 taux différents de 3 à 31 %, mais supportaient des taxes résiduelles telles que la taxe de base à l'importation (TBI) au taux de 5 % et la taxe de péage (TP) au taux de 1 %.

La prise en compte de ces contraintes par des aménagements du dispositif, tels que l'application d'un taux réduit de TGC à tous les produits locaux, quelle que soit leur nature, ou encore l'exclusion du droit à déduction pour les biens importés concurrents, permet de maintenir, par des mesures ciblées, un écart de compétitivité relative au profit des produits locaux<sup>3</sup>.

Là encore, le souci est celui d'adapter le droit aux entreprises locales de manière à préserver au mieux leurs intérêts.

Si cette réforme a donc bénéficié, pour toutes ces raisons, d'un large soutien des entreprises, elle poursuit également d'autres objectifs qui ne vont pas dans le sens des intérêts immédiats des entreprises.

## **B. ... mais une fiscalité au service d'intérêts qui dépassent ceux des entreprises**

### **1. Délégation de la collecte de l'impôt et sécurisation de son rendement**

La TGC, comme toute TVA, a ceci de particulier qu'elle fait peser sur les entreprises la responsabilité de la collecte de l'impôt.

En effet, alors que le consommateur final en est le redevable réel, c'est aux entreprises, qui en sont les redevables légales, qu'il appartient de le collecter.

Les obligations ou « coûts de conformité » qui en résultent pour elles poursuivent un objectif de sécurisation de la recette fiscale.

C'est notamment le cas avec les obligations de comptabilisation et de facturation, qui permettent de documenter les opérations et de donner à l'administration la possibilité d'exercer son pouvoir de contrôle.

Par ailleurs, le suivi des opérations de déclarations fait peser des charges administratives qui ne sont pas négligeables, car elles nécessitent souvent le recours à des prestataires extérieurs à l'entreprise.

Au demeurant, ces obligations s'appliquent sur un périmètre plus large que les taxes ayant vocation à être remplacées par la TGC puisque le mécanisme des paiements fractionnés, caractéristique de la TVA, implique l'ensemble des entreprises, quel que soit leur positionnement dans le circuit économique.

Ainsi, au-delà des importateurs et des prestataires de services qui étaient redevables de la taxe à l'importation des biens et de la taxe de solidarité sur les services, c'est l'ensemble des entreprises qui doit désormais collecter cette nouvelle fiscalité indirecte.

Ces obligations font peser sur les entreprises des risques nouveaux puisque, en cas de mauvaise application du droit fiscal, ce sont elles qui seront inquiétées en leur qualité de redevables légales de la taxe.

---

<sup>3</sup> Sans préjudice des mesures de protection quantitative ou qualitative existant par ailleurs.

## 2. Des objectifs divergents de ceux des entreprises

La réforme poursuit aussi d'autres objectifs que la compétitivité des entreprises.

Tout d'abord, la réforme affiche un objectif de rendement budgétaire comparable à celui des taxes supprimées et remplacées par la TGC. Il n'y a donc pas au niveau macro-économique d'allègement du prélèvement lié à la fiscalité indirecte<sup>4</sup>. On peut même imaginer que l'outil de la TVA soit à terme utilisé pour augmenter le rendement de la fiscalité, ce qui a été constaté partout où la TVA a été mise en place puisqu'elle constitue une voie privilégiée pour générer des recettes fiscales<sup>5</sup>.

Ensuite, et surtout, la réforme affiche un objectif de lutte contre la vie chère.

Or, si la TVA crée un contexte favorable à la baisse des prix en améliorant mécaniquement la compétitivité des entreprises et en permettant une plus grande transparence dans la formation des prix, elle crée également un risque d'effet d'aubaine pour les entreprises, que les pouvoirs publics ne peuvent se permettre de courir.

En effet, à l'occasion du passage d'un système à l'autre, les entreprises pourraient capter une partie de la fiscalité supprimée pour augmenter leurs marges. L'effet qui en résulterait serait une inflation mécanique dans la mesure où la TGC viendrait à s'appliquer sur une base incluant les taxes supprimées qui n'auraient pas été restituées par les entreprises.

Aussi, pour prévenir ce phénomène deux obligations pèsent sur les entreprises, qui viennent limiter, de manière transitoire, leur liberté d'entreprendre.

En premier lieu, les entreprises ont une obligation générale de n'appliquer la TGC que sur une base totalement déchargée des taxes supprimées ou taxes dites « cachées » qui constituaient jusqu'alors des charges.

En second lieu, et pour une période de 12 mois, une réglementation des prix a été mise en œuvre pour éviter tous dérapages dans des postes stratégiques de consommation. Cette dernière réglementation, on l'a vu, a soulevé une vive opposition des entreprises.

Ces deux mesures doivent permettre de générer, partout où cela est possible, et de manière mécanique par l'application de la fiscalité, des baisses de prix, voire à amplifier ces baisses de prix dans certains secteurs jugés importants en matière de lutte contre la vie chère.

On voit donc que cette réforme, pourtant plébiscitée par les entreprises, va à certains égards, à rebours de leurs intérêts immédiats.

Par ailleurs, le rôle nouveau assigné aux entreprises dans la collecte de l'impôt et la complexité de cette nouvelle fiscalité, créent de nouveaux risques pour les entreprises.

---

<sup>4</sup> Même si au niveau micro-économique la répartition de cette charge a vocation à être modifiée entre les différents postes de consommation.

<sup>5</sup> Voir débats dans le cadre du colloque sur la crise des finances publiques tenu à l'UNC en juillet 2017.

## II. LES CRAINTES LIÉES À LA COMPLEXITÉ DU DISPOSITIF, UN BESOIN LÉGITIME DE SÉCURITÉ JURIDIQUE

### A. Un droit complexe dont l'évolution est souhaitable

#### 1. Retour sur les raisons de cette complexité originelle

Nous avons déjà eu l'occasion de l'évoquer ici même l'an dernier, lors du colloque tenu sur la crise des finances publiques<sup>6</sup>, il y a, parmi les plus de 160 États ayant adopté un système de TVA, deux modèles :

- l'un, géographiquement proche, illustré par la Nouvelle-Zélande et l'Australie, repose sur une assiette large et un taux unique. Les études ont démontré qu'il procure la meilleure efficacité. En effet, la simplicité du dispositif limite le risque d'erreur de la part des opérateurs et assure une rentabilité budgétaire optimale;
- l'autre, d'inspiration européenne, repose sur une assiette plus réduite en raison du nombre important d'exonérations et sur des taux différents permettant de traiter de manière spécifique certains secteurs d'activité.

Or, en Nouvelle-Calédonie, et notamment en raison de l'immense diversité des situations de départ (des centaines de milliers de combinaisons de taxation possibles à l'importation), il était impossible d'accéder directement à cet optimal fiscal sans trop bouleverser les équilibres.

Il y avait donc une préoccupation légitime de respecter, *a minima*, les équilibres antérieurs pour éviter de trop importants transferts de charges fiscales entre les différents postes de consommation et opérateurs économiques.

La complexité qui en résulte constitue sans doute la contrepartie nécessaire à la mise en œuvre d'une TVA sur le territoire.

Pour autant, ce dispositif fait peser des risques sur les entreprises car la complexité est une source d'erreurs potentielles.

#### 2. Des marges d'évolution et de simplification

Une première piste pour limiter les risques serait de simplifier le dispositif en tant que tel. C'est une piste que devront sans doute explorer les décideurs dans les années à venir pour amener la TGC plus près de l'optimal fiscal.

Trois axes de réflexion paraissent, à cet égard, intéressants à travailler dans cette perspective :

- une convergence des taux et une réduction de leur nombre. En effet, l'existence de nombreux taux pose la question de leur périmètre respectif et du risque de mauvaise qualification par l'assujetti;

---

6 L. Bauvalet, « Taxe générale sur la consommation (TGC) : une nouvelle taxe au service de la lutte contre la crise des finances publiques ? », in M. Tirard (dir.), 2019, *La Nouvelle-Calédonie face à la crise des finances publiques*, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), p. 69.

- un élargissement de la base imposable en y incorporant, de manière progressive, les entreprises qui en sont exclues, à commencer par celles dont le chiffre d'affaires est inférieur au seuil de la franchise en base, qui est aujourd'hui élevé au regard des standards internationaux;
- cela pourrait également passer par la « banalisation » de la production locale dont le traitement spécifique est source d'une grande complexité. Bien évidemment, une telle évolution ne peut se concevoir qu'avec des mesures d'accompagnement de l'industrie de transformation locale prenant le relais des mesures ciblées de TGC pour maintenir sa compétitivité relative.

## **B. Une complexité qui crée une obligation de sécurité juridique**

La deuxième piste pour limiter les risques est de créer les conditions d'une plus grande sécurité juridique pour les entreprises.

Selon la définition qu'en donne la cour de justice de l'Union européenne, reprise par le rapport Fouquet<sup>7</sup> de 2008 : « Le principe de sécurité juridique impose la clarté et la précision des règles de droit et des actes individuels qui constituent à un certain moment le cadre juridique dans lequel les autorités exercent leurs compétences et les particuliers leurs activités ».

Cela passe par une plus grande accessibilité de la norme et par la possibilité d'obtenir, en amont de son application, la position de l'administration sur l'interprétation de celle-ci.

Aussi, il y a lieu d'orienter l'action de l'administration dans deux directions :

- la publication la plus large possible d'interprétations générales sur la portée des textes fiscaux afin que chacun puisse évaluer, *a priori*, la manière dont la réglementation fiscale s'applique à sa situation particulière;
- des réponses par l'administration à des demandes individuelles qui lui sont ensuite opposables (ou « rescrits »), par lesquelles l'administration se prononce sur l'application de la règle de droit à des situations particulières.

En contrepartie de cet effort, l'administration aura davantage de légitimité à mener une action plus déterminée contre les opérateurs qui ne pourront invoquer l'ambiguïté de la réglementation fiscale pour justifier de sa mauvaise application.

## **CONCLUSION**

La fiscalité poursuit au premier chef des intérêts qui sont des intérêts publics (budgétaires notamment), mais elle constitue également un outil important de régulation de l'économie qui doit nécessairement prendre en compte les préoccupations des entreprises.

---

<sup>7</sup> « Améliorer la sécurité juridique des relations entre l'administration fiscale et les contribuables : une nouvelle approche », Rapport au ministre du Budget des Comptes publics et de la Fonction publique, La documentation française, juin 2008.

Et c'est sans doute plus vrai encore à une époque où la liberté de circulation des facteurs de production crée les conditions d'une concurrence fiscale entre États et les oblige à assurer que la fiscalité obère le moins possible la compétitivité des entreprises.

Mais au-delà de ce constat, le droit fiscal, parce qu'il s'applique à un monde en perpétuelle mutation, doit en permanence s'adapter à la complexité de l'économie et tenir compte d'une multitude de cas particuliers.

Pour toutes ces raisons, il ne peut s'agir d'un droit simple.

Dès lors, il se doit d'être aussi peu complexe que possible et les pouvoirs publics ont l'obligation de réduire au maximum les risques des entreprises auxquelles il s'applique, pour ainsi assurer leur sécurité juridique.

Cette préoccupation a été présente dès l'origine de cette réforme avec, notamment, sa mise en œuvre graduelle pour permettre aux entreprises de se familiariser avec la mécanique de l'impôt au cours de la période dite de la « marche à blanc » qui s'achève dans quelques jours<sup>8</sup>. Elle devra trouver un prolongement par l'élaboration d'une « doctrine fiscale » fournie et opposable permettant aux entreprises de déployer leur activité dans un environnement juridique sécurisé.

C'est le défi qu'il reste à relever pour l'administration à la veille de la mise en œuvre de cette grande réforme fiscale.

---

<sup>8</sup> Pour permettre aux entreprises calédoniennes de s'habituer au mécanisme de la TGC, des taux très réduits ont été appliqués pendant une période transitoire (du 1<sup>er</sup> avril 2017 au 30 septembre 2018), durant laquelle les anciennes taxes ont été maintenues.

## **II. LES NOUVEAUX DÉFIS**

**BÉNÉFICIAIRES EFFECTIFS ET DEVOIR DE VIGILANCE<sup>1</sup>****Olympe de Bailliencourt**

Université Bourgogne Franche-Comté, CRJFC-EA3225

149

Les multiples obligations auxquelles sont soumises les entreprises ne sont pas toujours bien accueillies par les acteurs économiques. Ces derniers les perçoivent bien souvent comme de nouvelles contraintes non justifiées. Ce sentiment est aggravé lorsque les obligations légales soulèvent des difficultés d'interprétation et donc d'application. Tel est le cas de l'obligation de déclaration du bénéficiaire effectif issue de l'ordonnance n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Si l'objectif de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme justifie que l'on identifie la personne qui se situe en amont de la société, c'est-à-dire la personne physique à qui *in fine* l'activité de la société bénéficie, le nouveau dispositif est radical puisqu'il s'applique à toutes les sociétés. Cette transparence totale apparaît excessive sous certains aspects puisqu'elle fait naître un sentiment de suspicion à l'égard de l'ensemble des sociétés, dont la très grande majorité n'exerce aucune activité en lien avec le blanchiment ou le financement du terrorisme.

Pourtant, au nom de la lutte contre ces deux fléaux, le législateur impose la révélation de la personne physique se situant en amont de toutes les sociétés, perçant ainsi le fameux voile de la personnalité morale de la société. Une loi récente, la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, est également venue percer le voile de la personnalité morale de la société, en s'intéressant cette fois à ce qui se situe en aval de la société. Afin de renforcer la responsabilité des plus grandes sociétés en matière sociétale et environnementale, le législateur les oblige à mettre en place un plan de vigilance qui concerne leur activité, mais aussi l'activité de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs. Ces deux nouvelles obligations – la déclaration du bénéficiaire effectif et le devoir de vigilance – retiendront notre attention, mais de manière déséquilibrée. Les obligations relatives au bénéficiaire effectif seront davantage analysées, dans la mesure où elles s'appliquent à toutes les sociétés ayant leur siège social en Nouvelle-Calédonie, ce qui n'est pas le cas du devoir de vigilance. En effet, celui-ci ne s'impose qu'aux plus grosses entreprises ayant leur siège social en métropole, ce qui entraîne par ricochet des obligations pour certaines sociétés situées en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, les nouvelles obligations relatives au bénéficiaire effectif s'appliqueront directement aux sociétés situées en Nouvelle-Calédonie (I), alors que le devoir de vigilance ne s'appliquera que par ricochet à certaines de ces sociétés (II).

---

1 Le style oral de l'intervention a été conservé. L'intervention a été actualisée au 24 juillet 2019.

## I. APPLICATION DIRECTE DES OBLIGATIONS RELATIVES AU BÉNÉFICIAIRE EFFECTIF

Transposant l'article 30 de la directive 2015/849/UE du 20 mai 2015<sup>2</sup>, l'ordonnance n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme a institué un registre national des bénéficiaires effectifs de l'ensemble des personnes morales (à l'exception des sociétés cotées). À cette fin, les nouveaux articles L. 561-46 à L. 561-50 ont été insérés dans le code monétaire et financier<sup>3</sup>. Ce dispositif a été complété par un décret du 12 juin 2017<sup>4</sup> qui a introduit dans le code monétaire et financier les nouveaux articles R. 561-55 à R. 561-63<sup>5</sup>, ainsi qu'un décret du 18 avril 2018<sup>6</sup> qui précise notamment la définition des bénéficiaires effectifs. L'ensemble du dispositif est applicable en Nouvelle-Calédonie<sup>7</sup> – de la même manière qu'en métropole – depuis le 1<sup>er</sup> avril 2018<sup>8</sup>. Depuis cette date, les sociétés ont été confrontées à des difficultés d'identification de leur bénéficiaire effectif, en raison de l'imprécision de la notion de bénéficiaire effectif. Après avoir présenté le nouveau dispositif (A), certaines difficultés liées à l'identification du bénéficiaire effectif seront évoquées (B).

### A. Le nouveau dispositif

#### 1. Le champ d'application

La nouvelle obligation concerne les sociétés et les groupements d'intérêt économique jouissant de la personnalité morale et ayant leur siège dans un département français ou en Nouvelle-Calédonie, les sociétés commerciales étrangères (dont le siège est situé hors d'un département français), mais qui ont un établissement (succursale, agence, représentation) dans l'un de ces départements ou en Nouvelle-Calédonie, ainsi que les autres personnes

2 L'article 30 prévoit que « les États membres veillent à ce que les sociétés et autres entités juridiques constituées sur leur territoire aient l'obligation d'obtenir et de conserver des informations adéquates, exactes et actuelles sur leurs bénéficiaires effectifs, y compris des précisions sur les intérêts effectifs détenus », et que ces informations doivent être « conservées dans un registre central dans chaque État membre, par exemple un registre du commerce, un registre des sociétés, ou un registre public ».

3 Ces articles forment une nouvelle section 9, intitulée « Le registre des bénéficiaires effectifs », du chapitre 1<sup>er</sup> du titre VI du livre V de ce code, c'est-à-dire du chapitre relatif à la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme.

4 Décret n° 2017-1094 du 12 juin 2017 relatif au registre des bénéficiaires effectifs définis à l'article L. 561-2-2 du code monétaire et financier.

5 La publication du décret du 12 juin 2017, pris expressément en application de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> décembre 2016, a permis de conclure à la caducité du registre des bénéficiaires effectifs, tel que prévu par l'article 139 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique (dite la loi « Sapin II »), pour lequel aucun décret d'application n'a été pris, et donc à la primauté du dispositif issu de l'ordonnance. En effet, le législateur (au travers de la loi « Sapin II ») et le gouvernement (au travers de l'ordonnance n° 2016-1635 du 1<sup>er</sup> décembre 2016) s'étaient tous les deux saisis de la question du registre des bénéficiaires effectifs, et ce à quelques jours d'intervalle et *a priori* sans en avoir conscience. Le dispositif de l'ordonnance était cependant plus complet que celui de la loi et prévoyait notamment une exception pour les sociétés cotées et des sanctions pénales en cas de non-respect.

6 Décret no 2018-284 du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme.

7 Le dispositif est rendu applicable à la Nouvelle-Calédonie par l'article L. 745-13, I du code monétaire et financier.

8 L'obligation était déjà applicable aux nouvelles sociétés constituées depuis le 1<sup>er</sup> août 2017.

morales immatriculées et qui sont établies en France (associations, trust, fiducie...)<sup>9</sup>. Par exception, sont exclues du champ d'application de la nouvelle obligation les « sociétés dont les titres sont admis à la négociation sur un marché réglementé en France ou dans un autre État partie à l'accord sur l'espace économique européen ou dans un autre pays tiers imposant des obligations reconnues comme équivalentes par la Commission européenne au sens de la directive 2013/50/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2013 »<sup>10</sup>. Cette exclusion ne concerne que la société soumise à l'obligation, et non ses filiales ou ses actionnaires personnes morales.

## 2. Les nouvelles obligations

L'article L. 561-46 du code monétaire et financier soumet les personnes morales concernées par le nouveau dispositif à deux obligations. Elles devront, d'une part, obtenir et conserver des informations exactes et actualisées sur leurs bénéficiaires effectifs et, d'autre part, déposer au greffe du tribunal, pour être annexé au registre du commerce et des sociétés (RCS), un document relatif au bénéficiaire effectif. S'agissant de la première obligation, il est précisé que lorsqu'aucune personne physique n'a pu être identifiée<sup>11</sup> selon ces critères et en l'absence de soupçons de blanchiment<sup>12</sup>, le bénéficiaire effectif est le ou les représentants légaux de la société déclarante (le gérant des sociétés en nom collectif, sociétés en commandite, sociétés à responsabilité limitée et sociétés civiles ; le directeur général des sociétés anonymes à conseil d'administration ou le président du directeur des sociétés anonymes à conseil de surveillance ; le président ou, le cas échéant, le directeur général des sociétés par actions simplifiées) ou, si la société n'est pas immatriculée en France, leur équivalent en droit étranger. Si les représentants légaux sont des personnes morales, le bénéficiaire effectif est la ou les personnes physiques qui représentent légalement ces personnes. S'agissant de la seconde obligation, en cas de création d'entreprise, le document relatif au bénéficiaire effectif sera déposé au centre de formalités des entreprises de la chambre de commerce et d'industrie, lors de la demande d'immatriculation ou au plus tard quinze jours à compter de la délivrance du récépissé de dépôt du dossier de création d'entreprise. Lorsque la société était déjà constituée lors de l'entrée en vigueur du nouveau dispositif, la société doit avoir déposé sa déclaration au plus tard le 1<sup>er</sup> avril 2018, soit au registre du commerce et des sociétés si ce dépôt est réalisé en dehors de toute autre formalité, soit au centre de formalités des entreprises lorsque le dépôt est réalisé à l'occasion d'une autre formalité. En outre, en cas de modification des informations liées au bénéficiaire effectif, un document actualisé doit être déposé dans les trente jours de la modification.

9 Sont ainsi visées les personnes tenues à l'immatriculation au registre du commerce et des sociétés mentionnées aux 2<sup>o</sup>, 3<sup>o</sup> et 5<sup>o</sup> du I de l'article L. 123-1 du code de commerce.

10 Voir art. L. 561-46 du code monétaire et financier.

11 La directive permet également de désigner les représentants légaux en tant que bénéficiaire effectif « s'il n'est pas certain que la ou les personnes identifiées soient les bénéficiaires effectifs » ce qui n'est pas transposé en droit français.

12 L'article R. 561-1 du code monétaire et financier précise que cette faculté est ouverte lorsque la personne mentionnée à l'article L. 561-2 du code monétaire et financier n'a pas de soupçons de blanchiment de capitaux ou de financement du terrorisme à l'encontre du client. La « relation client » n'ayant pas de sens pour les sociétés, on pourrait penser que l'exigence d'une absence de soupçon ne s'applique pas aux sociétés. Cependant, une telle interprétation serait contraire à la directive (art. 3, (6)(a)(ii)).

### 3. Les informations à transmettre

L'article L. 561-46 du code monétaire et financier prévoit que le document relatif au bénéficiaire effectif contient les éléments d'identification et le domicile personnel de ce dernier ainsi que les modalités du contrôle qu'il exerce. L'article R. 561-56 du même code précise que le document contient des informations relatives à la société déclarante (sa dénomination sociale, sa forme juridique, l'adresse de son siège social et, le cas échéant, son numéro RCS), au bénéficiaire effectif (nom, nom d'usage, pseudonyme, prénoms, date et lieu de naissance, nationalité, adresse personnelle), aux modalités du contrôle exercé sur la société<sup>13</sup> et à la date à laquelle la personne physique est devenue le bénéficiaire effectif de la société. En pratique, la société déclarante remplit un formulaire type qui a été établi par le conseil national des greffiers des tribunaux de commerce. Ce formulaire est très détaillé; il prévoit notamment que soit précisé le pourcentage du capital de la société et des droits de vote détenu par le bénéficiaire effectif, alors même que les dispositions légales et réglementaires ne semblent pas aussi exigeantes. Afin d'éviter d'avoir à révéler tant d'informations dans la déclaration de bénéficiaire effectif, certaines sociétés ont souhaité ne pas utiliser le formulaire type et ne pas préciser, dans leur déclaration sur papier libre, le pourcentage de détention du bénéficiaire effectif. Le tribunal de commerce de Bobigny a eu l'occasion de se prononcer sur la validité d'une telle déclaration. Dans une ordonnance rendue le 18 mai 2018<sup>14</sup>, le tribunal a décidé que la déclaration peut être établie sur papier libre, dès lors qu'y figurent les informations prescrites par l'article R. 561-56 du code monétaire et financier, et notamment la définition précise des modalités du contrôle par le bénéficiaire effectif. S'agissant de la précision du pourcentage de détention du capital et/ou des droits de vote, il a été jugé qu'elle était impérative dans la mesure où « l'obligation d'identifier le bénéficiaire effectif ne peut être réputée satisfaite au regard de l'objectif de transparence en l'absence de l'indication du pourcentage exact de détention du capital et/ou des droits de vote par le bénéficiaire effectif dans la société déclarante ». Dans cette affaire, le secret des affaires n'a donc pas permis de mettre en échec le principe de transparence. Dès lors que les informations relatives au bénéficiaire effectif seront déposées, la loi prévoit que le greffier du tribunal de commerce est chargé de vérifier que ces informations sont complètes et conformes aux dispositions législatives et réglementaires, correspondent aux pièces justificatives et pièces déposées en annexe et sont compatibles, dans le cas d'une demande de modification, avec l'état du dossier<sup>15</sup>.

### 4. Les injonctions et sanctions en l'absence de dépôt du document relatif au bénéficiaire effectif

Le nouvel article L. 561-48 prévoit que le président du tribunal, d'office ou sur requête du procureur de la République ou de toute personne justifiant y avoir intérêt, peut enjoindre, au besoin sous astreinte, à toute société de procéder ou faire procéder aux dépôts de pièces relatifs au bénéficiaire effectif auxquels elle est tenue. Lorsque la personne ne défère pas à l'injonction délivrée par le président, le greffier en avise le procureur de la République et lui adresse une expédition de la décision. La procédure d'injonction est décrite aux articles

13 Déterminées conformément aux articles R. 561-1, R. 561-2 ou R. 561-3 du code monétaire et financier.

14 Sur cette ordonnance, voir D. Da, « Une première décision sur le contrôle des bénéficiaires effectifs faisant œuvre de clarification », *B/S*, juillet 2018, n° 118t9, p. 397.

15 Voir art. L. 561-47 du Code monétaire et financier.

R. 561-60 à R. 561-63. Dans les mêmes conditions, le président peut désigner un mandataire chargé d'accomplir ces formalités. Si la société a désigné un commissaire aux comptes, le mandataire peut obtenir que ce dernier lui communique tous les renseignements nécessaires. Le manquement à l'obligation de déposer le document relatif au bénéficiaire effectif ou le dépôt d'un document inexact ou incomplet est sanctionné pénalement par l'article L. 561-49 du code monétaire et financier. Les personnes physiques encourent six mois d'emprisonnement, 7 500 € d'amende et les peines d'interdiction de gérer prévue à l'article 131-27 du code pénal et de privation partielle des droits civils et civiques prévue au 2° de l'article 131-26 du même code. Quant aux personnes morales, outre l'amende de 37 500 €<sup>16</sup>, elles encourent les peines prévues aux 1°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7° et 9° de l'article 131-39 du Code pénal<sup>17</sup>. Les sanctions encourues seront les mêmes que la société ait négligé de déposer sa déclaration de bénéficiaire effectif ou qu'elle se soit volontairement soustraite à ses obligations, notamment afin que ces informations restent confidentielles.

### 5. Le droit d'accès aux informations

Les informations relatives au bénéficiaire effectif qui sont déposées au greffe sont accessibles aux personnes et autorités énumérées aux articles L. 561-46, alinéa 3, et R. 561-57 à R. 561-59 du Code monétaire et financier. Sont visées, sans restriction, la société ou l'entité juridique déclarante, certaines autorités compétentes dans le cadre de leur mission (les autorités judiciaires, la cellule de renseignement financier nationale mentionnée à l'article L. 521-23 du Code monétaire et financier, les agents de l'administration des douanes agissant sur le fondement des prérogatives conférées par le code des douanes, les agents habilités de l'administration des finances publiques chargés du contrôle et du recouvrement en matière fiscale et les autorités de contrôle mentionnées à l'article L. 561-36 du Code monétaire et financier). Sont également visées les personnes assujetties à la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme mentionnées à l'article L. 561-2 du Code monétaire et financier dans le cadre d'une au moins des mesures de vigilance des articles L. 561-4-1 à L. 561-14-2 du Code monétaire et financier, ainsi que toute autre personne justifiant d'un intérêt légitime et autorisée par le juge commis à la surveillance du registre du commerce et de sociétés auprès duquel est immatriculée la société ou l'entité juridique. À l'avenir, les informations relatives aux bénéficiaires effectifs devraient même devenir accessibles à tous. En effet, la cinquième directive

16 C'est-à-dire le quintuple de l'amende encourue par les personnes physiques (art. 131-38 Code pénal).

17 Selon l'article 131-39 du Code pénal, « Lorsque la loi le prévoit à l'encontre d'une personne morale, un crime ou un délit peut être sanctionné d'une ou de plusieurs des peines suivantes :

- 1° la dissolution, lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés [...];
- 3° le placement, pour une durée de cinq ans au plus, sous surveillance judiciaire ;
- 4° la fermeture définitive ou pour une durée de cinq ans au plus des établissements ou de l'un ou de plusieurs des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés ;
- 5° l'exclusion des marchés publics à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus ;
- 6° l'interdiction, à titre définitif ou pour une durée de cinq ans au plus, de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ;
- 7° l'interdiction, pour une durée de cinq ans au plus, d'émettre des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés ou d'utiliser des cartes de paiement [...];
- 9° l'affichage de la décision prononcée ou la diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ».

anti-blanchiment du 30 mai 2018<sup>18</sup> – qui doit être transposée avant le 10 janvier 2020 – prévoit que « tout membre du grand public » aura accès, au moins, au nom, au mois et année de naissance, au pays de résidence et à la nationalité du bénéficiaire effectif, ainsi qu'à la nature et à l'étendue des intérêts effectifs détenus. Les États membres pourront donner accès à des informations supplémentaires, dont la date de naissance et les coordonnées du bénéficiaire effectif, conformément aux règles relatives à la protection des données<sup>19</sup>. Cette extension au grand public du droit d'accès aux informations liées au bénéficiaire effectif est-elle justifiée, ou du moins proportionnée à l'objectif de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme ? Quoiqu'il en soit, cette transparence – légitime ou non – ne sera efficace qu'à la condition que les sociétés puissent identifier leurs bénéficiaires effectifs, ce qui suppose que la notion de bénéficiaire effectif ne pose pas de difficultés d'interprétation et donc d'application.

## B. Les difficultés liées à la notion de bénéficiaire effectif

### 1. Une définition légale insuffisante

Selon l'article R. 561-1 du Code monétaire et financier, le bénéficiaire effectif est la personne physique (ou les personnes physiques lorsqu'elles sont plusieurs à remplir les critères) qui soit détient, directement ou indirectement, plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société, soit exerce, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce<sup>20</sup>. Selon cette définition, la notion de bénéficiaire semble *a priori* simple à appréhender. C'est effectivement le cas quand l'associé qui détient directement en pleine propriété plus de 25 % capital ou des droits de vote est une personne physique. En revanche, certaines situations – fréquentes en pratique sont plus complexes. Il s'agit notamment des sociétés dont les droits sociaux sont détenus indirectement par des personnes physiques ou dont les droits sociaux sont démembrés. Afin de faciliter l'identification des bénéficiaires effectifs, le conseil national des greffiers des tribunaux de commerce a publié plusieurs documents à destination des greffes et du public, dont une notice explicative du formulaire type à remplir et une fiche pratique comprenant des schémas<sup>21</sup>. En dépit de ces divers documents, de nombreuses difficultés subsistent, et ce, notamment, parce que le conseil national des greffes a parfois une vision assez simpliste des structurations de sociétés, de telle sorte que de nombreuses hypothèses ne sont pas envisagées dans

18 Directive (UE) 2018/843 du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE (JOURN 19 juin 2018).

19 Voir art. 1. (15) (c) de la directive.

20 Il s'agirait alors de toute personne physique qui déterminerait en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de cette société (3°) ou de celle, qui est associée ou actionnaire de cette société et dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société (4°).

21 Ces documents sont notamment publiés sur le site internet de la direction des Affaires économiques de Nouvelle-Calédonie ([https://dae.gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/rbe\\_fiche\\_pratique\\_schemas.pdf](https://dae.gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/rbe_fiche_pratique_schemas.pdf)). Cependant, la fiche pratique (comprenant les schémas) accessible sur le site de la DAE (dernière vérification faite en juillet 2019) n'est pas la dernière version. En mars 2018, le conseil national des greffes des tribunaux de commerce a en effet actualisé et reformulé la première version du document (datée de novembre 2017). La nouvelle version est accessible à l'adresse suivante : <https://www.cngtc.fr/myfiles/files/registre-beneficiaires-effectifs/Fiche-pratique-17-schemas-pour-identifier-les-beneficiaires-effectifs-societes.pdf>

ces documents. En outre, et c'est le plus grave, certaines réponses apportées par le conseil national des greffes vont à l'encontre de la loi. Bien qu'étant dépourvus de valeur normative, les schémas présentés par le conseil national des greffes vont nécessairement guider l'interprétation des greffes des tribunaux de commerce, de telle sorte qu'ils ne peuvent pas être ignorés par les praticiens. Trois sources de difficultés retiendront alors notre attention, celles relatives au démembrement de propriété des droits sociaux, au calcul du seuil de détention indirecte et à l'appréciation individuelle ou collective de la qualité de bénéficiaire effectif.

## 2. Les difficultés en cas de démembrement de propriété

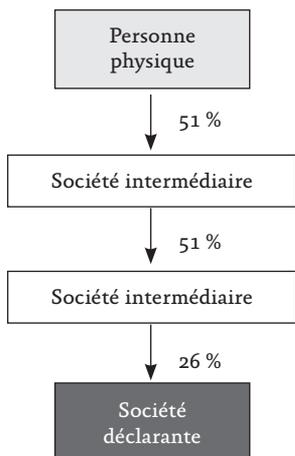
Lorsqu'une participation de plus de 25 % du capital ou des droits de vote d'une société fait l'objet d'un démembrement de propriété, quelle personne doit être déclarée en qualité de bénéficiaire effectif ? S'agit-il du nu-proprétaire, de l'usufruitier ou des deux ? L'article 576 du Code civil définissant l'usufruit comme le « droit de jouir des choses dont un autre a la propriété », le nu-proprétaire est considéré comme le propriétaire de la participation et doit donc nécessairement être reconnu comme le bénéficiaire effectif. S'agissant de l'usufruitier, on sait qu'il peut exercer certains droits de vote attachés à la participation dont il détient l'usufruit, au moins s'agissant des décisions relatives à l'affectation des bénéfices<sup>22</sup>. En sa qualité de détenteur du *fructus*, les dividendes lui seront versés. L'usufruitier est donc systématiquement la personne qui bénéficiera de la remontée des bénéfices. Dès lors, ne faudrait-il pas considérer que l'usufruitier a également la qualité de bénéficiaire effectif ?

## 3. Les difficultés en cas de détention indirecte

Le législateur définit le bénéficiaire effectif comme celui qui détient plus de 25 % du capital ou des droits de vote, et ce, peu importe que cette détention soit directe ou indirecte. Lorsque la détention est indirecte, les textes ne précisent pas la méthode de calcul de la participation indirecte. Faut-il alors privilégier la méthode dite du produit ou celle dite de la cascade ? Selon la méthode du produit, le seuil de détention par une personne physique correspond au produit des participations de la chaîne de détention. Quant à la méthode de la cascade – à laquelle renvoie l'article L. 233-4 du Code de commerce<sup>23</sup> pour certaines règles de droit des sociétés, elle consiste à comptabiliser entièrement toute participation détenue dans la société déclarante par une société contrôlée directement ou au travers d'une chaîne ininterrompue de sociétés contrôlées. La difficulté tient au fait que ni l'ordonnance ni les décrets d'application n'ont tranché entre ces deux méthodes de calcul, lesquelles n'aboutissent pas forcément au même résultat. Prenons un premier exemple : une personne physique détient 51 % du capital d'une société, détenant elle-même 51 % du capital d'une autre société, laquelle détiendrait 26 % du capital de la société déclarante. Selon la méthode du produit, la personne physique détiendrait indirectement 6,76 % du capital de la société déclarante. Elle ne serait donc pas qualifiée de bénéficiaire effectif. En revanche, selon la méthode de la cascade, la personne physique détiendrait indirectement 26 % du capital de la société déclarante et serait considérée comme son bénéficiaire effectif.

<sup>22</sup> Cass. com. 31 mars 2004, n° 03-16.694.

<sup>23</sup> Voir art. L. 233-4 C. com. : « Toute participation au capital même inférieure à 10 % détenue par une société contrôlée est considérée comme détenue indirectement par la société qui contrôle cette société ».

**Schéma 1 : Méthode de calcul de la détention indirecte. Exemple 1**

**La personne physique est-elle bénéficiaire effectif de la société déclarante ?**

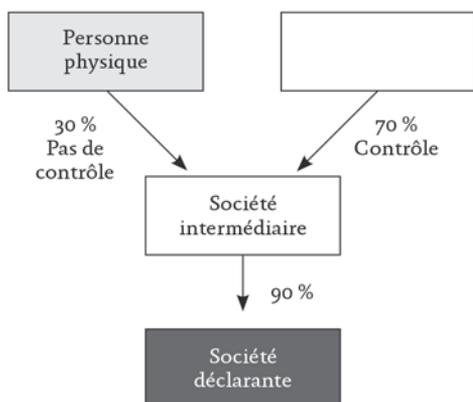
**Selon la méthode du produit : NON**

La personne physique détient indirectement 6,76 % de la société déclarante ( $51 \% \times 51 \% \times 26 \% = 6,76 \%$ ).

**Selon la méthode de la cascade : OUI**

La personne physique détient indirectement 26 % de la société déclarante.

Si, dans ce premier exemple, seule la méthode de la cascade permet de qualifier la personne physique de bénéficiaire effectif, dans d'autres hypothèses, une personne physique pourrait être qualifiée de bénéficiaire effectif en application de la seule méthode du produit. Prenons un second exemple pour le comprendre : une personne physique détient 30 % du capital d'une société (qui est contrôlée à 70 % par un tiers), laquelle détient 90 % du capital de la société déclarante. Selon la méthode du produit, cette personne physique détiendrait indirectement 27 % du capital de la société déclarante et serait identifiée comme son bénéficiaire effectif. En revanche, cette personne ne serait pas considérée comme bénéficiaire effectif en application de la méthode de la cascade, car elle ne contrôlerait pas la société interposée.

**Schéma 2 : Méthode de calcul de la détention indirecte. Exemple 2**

**La personne physique est-elle bénéficiaire effectif de la société déclarante ?**

**Selon la méthode du produit : OUI**

La personne physique détient indirectement 27 % de la société déclarante ( $30 \% \times 90 \% = 27 \%$ ).

**Selon la méthode de la cascade : NON**

La personne physique détient indirectement 0 % de la société déclarante.

La méthode de la cascade et celle du produit ne permettant pas de calculer le même seuil de détention indirecte, il est impossible d'appliquer indifféremment l'une ou l'autre de ces méthodes. Quelle(s) méthode(s) les sociétés déclarantes doivent-elles alors privilégier ? Si l'Association nationale des sociétés par actions (ANSA) avait préconisé la méthode de la cas-

cade<sup>24</sup>, le Conseil National des Greffiers des Tribunaux de Commerce (CNGTC) applique sans ambiguïté la méthode du produit des participations<sup>25</sup>. Le Greffe étant chargé de vérifier les informations relatives au bénéficiaire effectif, il semble difficile de ne pas appliquer la méthode du produit retenue par le CNGTC. Pour autant, peut-on ignorer la méthode de la cascade ? Dès lors que le CNGTC ainsi que les greffes sont dépourvus de pouvoir normatif en la matière, ne serait-il pas plus prudent d'appliquer également la méthode de la cascade<sup>26</sup> ? Tant que le législateur n'aura pas tranché la question, le seuil de détention indirecte devrait ainsi être calculé en appliquant la méthode du produit et celle de la cascade. Quoiqu'il en soit, si – en application de ces méthodes – aucune personne physique ne détient plus de 25 % du capital ou des droits de vote de la société déclarante, celle-ci devra vérifier si une personne physique ne pourrait pas être qualifiée de bénéficiaire effectif au titre des autres moyens de contrôle, c'est-à-dire si elle n'exerce pas, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens du 3° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce<sup>27</sup> en déterminant en fait, par les droits de vote dont elle dispose, les décisions dans les assemblées générales de la société déclarante.

#### **4. Les difficultés liées à l'appréciation individuelle ou collective de la qualité de bénéficiaire effectif**

En pratique, une autre question peut se poser lorsqu'il s'agit d'identifier les bénéficiaires effectifs d'une société. La qualité de bénéficiaire effectif s'apprécie-t-elle seulement de manière individuelle ou peut-elle aussi être appréciée de manière collective ? Autrement dit, les critères doivent-ils être remplis par une personne physique prise individuellement – quitte à ce que plusieurs personnes physiques remplissent individuellement ces critères – ou ces critères peuvent-ils également être remplis collectivement par plusieurs personnes physiques ? Cette interrogation résulte notamment des textes qui évoquent « le » ou « les » bénéficiaire(s) effectif(s). S'agissant du critère de la détention de plus de 25 % du capital ou des droits de vote, il ne serait pas raisonnable de considérer que cette détention puisse être collective (en-dehors de l'hypothèse d'une indivision), et ce d'autant plus que les textes ne délivrent aucun indice quant à la nature de l'accord qui permettrait d'agréger des participations individuelles. S'agissant du critère de l'exercice par tout autre moyen d'un pouvoir de contrôle, la question pourrait davantage se poser. Le CNGTC semble considérer que le contrôle n'est pas nécessairement exercé individuellement, mais qu'il pourrait également

24 ANSA, « Registre des bénéficiaires effectifs : saisine de la direction générale du Trésor sur les difficultés d'interprétation », com. n° 17-043, p. 3.

25 Notice du document relatif au(x) bénéficiaire(s) effectif(s) d'une société, II 2) a) ; cas n° 2 et 6 publiés par le CNGTC.

26 La méthode de la cascade n'est d'ailleurs pas ignorée par le CNGTC dans la mesure où celle-ci est utilisée non pas pour identifier une participation indirecte, mais pour identifier l'exercice d'un pouvoir de contrôle par tout autre moyen. *In fine*, l'interprétation du CNGTC et celle de l'ANSA – bien que différentes – pourraient permettre d'identifier le même bénéficiaire effectif, mais en cochant des cases différentes du document relatif au bénéficiaire effectif d'une société s'agissant des modalités du contrôle (détention indirecte ou exercice par tout autre moyen d'un pouvoir de contrôle).

27 En cas de détention indirecte, une personne physique ne pourrait pas en effet exercer, par tout autre moyen, un pouvoir de contrôle sur la société au sens du 4° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce, qui vise l'hypothèse dans laquelle l'associé d'une société dispose du pouvoir de nommer ou de révoquer la majorité des membres des organes d'administration, de direction ou de surveillance de cette société.

être exercé conjointement au travers d'une action de concert entre plusieurs associés<sup>28</sup>. Cette interprétation du CNGTC va cependant à l'encontre des dispositions réglementaires. L'article R. 561-1 alinéa 1 du Code monétaire et financier précise en effet que c'est « au sens des 3° et 4° du I de l'article L. 233-3 du Code de commerce » que doit être entendu l'exercice, par tout autre moyen, d'un pouvoir de contrôle sur la société. Le I de l'article L. 233-3 du Code de commerce définissant le contrôle exercé individuellement (le contrôle conjoint étant défini au III), la qualité de bénéficiaire effectif au regard de ce critère ne peut être appréciée qu'individuellement. En l'état de la législation, l'existence d'une action de concert entre plusieurs associés (notamment en raison de liens familiaux) ne permet donc pas d'apprécier collectivement la qualité de bénéficiaire effectif. Cette qualité doit en toute hypothèse être appréciée individuellement, ce qui devrait être confirmé par la jurisprudence lorsqu'elle aura à se prononcer sur la question.

## II. APPLICATION PAR RICOCHET DU DEVOIR DE VIGILANCE

La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a inséré dans le Code de commerce les articles L. 225-102-4 et L. 225-102-5. Ces nouvelles dispositions obligent les plus grandes sociétés ayant leur siège social en France à établir un plan de vigilance, à le mettre en œuvre et à le publier. Si ces dispositions ne sont pas applicables directement aux sociétés dont le siège social se situe en Nouvelle-Calédonie, elles s'appliquent par ricochet à certaines sociétés situées en Nouvelle-Calédonie. Avant d'évoquer certaines conséquences du devoir de vigilance pour les sociétés implantées en Nouvelle-Calédonie (B), il convient de présenter le nouveau dispositif (A).

### A. Le nouveau dispositif

#### 1. Champ d'application

Selon l'article L. 225-102-4 du Code de commerce, les sociétés tenues par la nouvelle obligation sont les sociétés par actions qui emploient, en leur sein ou dans leurs filiales, au moins 5 000 salariés en France ou 10 000 salariés dans le monde. À supposer qu'une société dont le siège social se situe en Nouvelle-Calédonie remplisse ces critères, elle ne serait pas soumise à la nouvelle obligation, dès lors que celle-ci a été insérée dans le code de commerce après le 1<sup>er</sup> juillet 2013<sup>29</sup>. Pourtant, certaines sociétés implantées en Nouvelle-Calédonie sont nécessairement impactées par cette nouvelle obligation, qui leur sera applicable par ricochet. Il s'agit des sociétés qui sont des filiales, sous-traitants ou fournisseurs de sociétés mères ou donneuses d'ordre dont le siège social se situe en métropole et qui seraient soumises à la nouvelle obligation. À titre d'exemple, la société Le Nickel dont le siège social est situé en Nouvelle-Calédonie devrait être concernée indirectement par la nouvelle obligation, en sa qualité de filiale de la société Eramet, dont le siège social est situé en métropole, et qui est soumise au nouveau dispositif. Pour comprendre cette application par ricochet du devoir de vigilance, il est intéressant d'évoquer le contenu du

<sup>28</sup> Voir les fiches pratiques du CNGTC, spéc. les cas n° 7 et 8 sur le groupe familial et le cas n° 9 sur l'action de concert entre différentes personnes.

<sup>29</sup> Depuis cette date, la compétence pour édicter les règles de droit commercial (notamment celles insérées dans le code de commerce) a été transférée à la Nouvelle-Calédonie. Toutes les modifications du code de commerce effectuées depuis le 1<sup>er</sup> juillet 2013 sont donc inapplicables en Nouvelle-Calédonie.

plan de vigilance qui devra être établi, mis en œuvre de manière effective et publié par la société directement soumise au nouveau dispositif.

## 2. Contenu du plan de vigilance

Le législateur précise à l'article L. 225-102-4 du code de commerce que le plan de vigilance doit comporter les « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes, ainsi que l'environnement ». Ce plan doit concerner l'activité de la société, celle de l'ensemble de ses filiales ou sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16 du code de commerce, directement ou indirectement, et également celle de ses sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels la société entretient une relation commerciale établie. Aucune condition n'étant prévue quant au lieu du siège social de la filiale, du sous-traitant ou du fournisseur, celui-ci pourra être situé n'importe où dans le monde, y compris en Nouvelle-Calédonie. S'agissant de l'activité de l'ensemble de ces sociétés, la loi précise que le plan doit comprendre notamment une cartographie des risques destinée à leur identification, leur analyse et leur hiérarchisation, des procédures d'évaluation régulière de la situation des filiales, des sous-traitants ou fournisseurs, des actions adaptées d'atténuation des risques ou de prévention des atteintes graves, et encore un mécanisme de recueil des signalements relatifs à l'existence ou à la réalisation des risques. Le plan devra d'ailleurs être élaboré, précise l'article L. 225-102-4, « en association avec les parties prenantes de la société ». Les sociétés calédoniennes concernées devraient donc être associées à la préparation du plan de vigilance, puisque les mesures prévues dans le plan auront un impact pour elles.

### **B. Quelques conséquences pour les sociétés implantées en Nouvelle-Calédonie**

Après avoir mis en place le plan de vigilance, la société mère ou donneuse d'ordre devra le mettre en œuvre de manière effective. Pour cela, elle devra nécessairement imposer des obligations à ses filiales, sous-traitants ou fournisseurs dont l'activité est visée dans le plan. Les entreprises calédoniennes concernées devront donc mettre en place les procédures d'évaluation des risques et les mesures visant à atténuer et prévenir les risques qui auront été définies dans le plan de vigilance. Le nouveau devoir de vigilance institue ainsi un système d'obligations en cascade : la loi oblige la société mère ou donneuse d'ordre implantée en métropole, laquelle société oblige ses filiales, sous-traitants et fournisseurs implantés partout dans le monde. S'agissant des filiales, leurs dirigeants – nommés par la société mère – devront veiller à la mise en place des mesures prévues par le plan, sous peine d'être révoqués. Quant aux fournisseurs et sous-traitants, les entreprises donneuses d'ordre les contraindront vraisemblablement à insérer dans les contrats les liant à eux des clauses les obligeant à respecter les mesures prévues par le plan de vigilance. En cas de refus d'acceptation de ces clauses, ou de non-respect des obligations stipulées dans ces clauses, les entreprises donneuses d'ordres pourraient certainement rompre la relation commerciale. Le devoir de vigilance s'appliquera donc bien par ricochet à toutes les sociétés implantées en Nouvelle-Calédonie qui seront filiales, fournisseurs ou sous-traitantes d'une société dont le siège social est situé en métropole et qui serait soumise au devoir de vigilance. Si cette application par ricochet peut faire craindre une augmentation des contraintes pour les entreprises calédoniennes, cette crainte doit être relativisée. Lorsqu'il s'agit de prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, peut-on vraiment parler de contrainte pour les entreprises ? Surtout, les mesures prévues dans les plans de vigilance ne devraient pas entraîner un bouleversement de l'activité des entreprises calédoniennes qui sont déjà soumises à des standards élevés en matière sociétale et environnementale.

**Marie Caffin-Moi**

Université de Cergy-Pontoise

À en croire le plan retenu pour l'élaboration de ce beau colloque, la simplification du droit serait un « nouveau défi » ici en Nouvelle-Calédonie. Il faut dire que l'idée même de simplification du droit prend une saveur particulière dans un système fondé sur le pluralisme des sources. Philippe Pétel, dans son rapport<sup>1</sup>, disait, en évoquant le droit local, que les investisseurs ne prendraient des risques qu'à condition que le droit soit fiable, lisible et adapté au monde des affaires. Voilà qui rappelle des discours tenus de l'autre côté de la planète. Et puisque le droit métropolitain est, depuis le transfert de compétence, un laboratoire d'expérimentation pour le droit calédonien, il peut être intéressant d'observer le mouvement de simplification du droit des entreprises en métropole, qui n'en est plus au commencement. Pour autant, la sagesse en ce domaine est-elle fille de l'expérience ? C'est ce qu'il faut vérifier.

À l'évocation de la simplification du droit des entreprises en métropole, viennent immédiatement à l'esprit quelques poncifs. Il est tout d'abord classique de dire que le droit commercial se doit d'être un droit rapide et simple, pour faciliter les échanges. C'est dans cet esprit que s'est constitué le droit commercial français. La fluidité des rapports commerciaux justifie l'existence de règles fondamentales, d'institutions et d'outils propres au droit commercial. Que l'on songe aux tribunaux consulaires, à l'arbitrage, à la négociabilité des titres, à la liberté de la preuve ou à la lettre de change. Le droit commercial est donc un droit simple de naissance, qui doit le rester à mesure qu'il se développe, pour attirer les entrepreneurs et les investisseurs, dont la versatilité grandit avec la globalisation. Nul n'ignore que la facilité à faire des affaires est devenue un instrument de mesure d'attractivité dans le sulfureux rapport *Doing business* de la Banque mondiale. Il est ensuite tout aussi classique de dire que cette simplicité attendue n'est pas toujours au rendez-vous, tant formellement (développement du droit commercial hors le code de commerce, méthodes hasardeuses de recodification, enchevêtrement des codes), que substantiellement (lourdeurs administratives de la création d'entreprise, complexité du fonctionnement des sociétés, entraves à la mobilité par la complexité du transfert de siège, contraintes de la protection des données, du droit de la concurrence ou du droit de l'environnement...). Sont donc dénoncées de longue date les fortes contraintes réglementaires qui entravent les entreprises dans leur constitution, leur fonctionnement, leur financement, leur possibilité de rebond. Et, dans un élan sans doute un peu « simpliste », est attribué à ce défaut de simplicité un effet négatif sur l'initiative et l'entrepreneuriat, sur les investissements et, en bout de course, sur l'emploi et l'économie dans son entier. Dès lors, relancer l'économie devient la préoccupation et l'une des manières de le faire serait la simplification du droit, à en croire les multiples efforts en ce sens depuis le milieu du siècle dernier,

---

1 P. Pétel, *Le transfert de compétence en droit commercial*, Rapport rédigé à la demande du Gouvernement de Nouvelle-Calédonie, Oct. 2008.

avec une accélération ces vingt dernières années. C'est ce qu'affichent les pouvoirs publics, tous bords politiques confondus, depuis des années.

L'idée de simplification du droit n'est pourtant pas née en droit des affaires. Elle était au départ un programme d'action de l'administration : la simplification ne visait alors qu'à lutter contre la lourdeur des procédures administratives, donc contre la bureaucratie. Elle était modestement envisagée comme un moyen d'alléger les relations des particuliers et des entreprises avec l'administration. Puis progressivement, elle s'est invitée en droit des affaires où elle s'est érigée en un véritable « objectif normatif »<sup>2</sup>. Des milliers de dispositions légales ont été réformées ces vingt dernières années au prétexte de l'idéal de simplification, véritable *leitmotiv* disputant la vedette avec celui de « modernisation ». La simplification du droit a donné lieu au rapport Warsmann, en 2009, à la création d'un conseil de la simplification pour les entreprises, en 2014, à la nomination d'un secrétaire d'État chargé de la réforme de l'État et de la simplification. Elle est même devenue un argument électoral, un slogan politique. Rappelons-nous, en mars 2013 – au moment même où la Nouvelle-Calédonie se voyait transférer compétence en droit commercial –, le Président Hollande annonçait, comme priorité de son quinquennat, le « choc de simplification » destiné à faciliter la vie des particuliers et des entreprises. À bien y regarder, ce sont deux conceptions de la simplification du droit qui se sont progressivement entremêlées et entrechoquées : une simplification entendue comme une clarification du droit lui-même et une simplification au sens de facilitation de la vie des entreprises, l'une formelle, l'autre substantielle<sup>3</sup>.

Qu'en est-il avec le recul de quelques années ? La double simplification a-t-elle porté ses fruits en métropole ? Évidemment, il n'est pas question de traiter le sujet de manière exhaustive. Écumer les lois de simplification dans tous les domaines du droit des affaires serait une bien vaine et fastidieuse entreprise. Il s'agit, plus modestement, de s'interroger sur le mouvement dans sa globalité, ainsi que sur ses résultats.

La sémantique du terme « simplification » est originale et, parce qu'il fait partie de ces mots qui évoquent à la fois l'action et le résultat qui en découle, il offre une structure à l'étude du sujet confié. Si l'action de simplification est omniprésente en droit des entreprises (I), son résultat, lui, est moins évident, au point que la simplification, à l'heure actuelle, est encore une belle illusion (II).

## I. L'EFFORT DE SIMPLIFICATION

La simplification est un objectif, voire un idéal à atteindre (A), au service duquel des mesures sont fréquemment prises, dont il est intéressant de livrer quelques exemples (B).

### A. L'objectif de simplification

La simplification est devenue, particulièrement depuis le début du XXI<sup>e</sup> siècle, un objectif récurrent du législateur et du Gouvernement. Cet objectif est affiché de diverses manières.

2 N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTDCiv.*, 2004, p. 155.

3 Voir, articulant son propos sur cette opposition, dans un bel article sur le sujet, B. Lecourt, « Réflexions sur la simplification du droit des affaires », *RTDCom.*, 2015, p. 1.

D'abord, il apparaît parfois dans l'exposé des motifs ou dans la structure de la loi ou du texte à valeur législative. Évoquons, par exemple, la loi pour l'initiative économique du 1<sup>er</sup> août 2003, dont le titre 1 est « Simplification de la création d'entreprise », la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, dont l'exposé des motifs énonce, dès les premières lignes, que la loi « simplifie le statut de ceux qui se lancent dans la création d'entreprise », ou encore l'exposé des motifs de la loi Macron du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, lequel décrit la loi comme visant « à simplifier les règles qui entravent l'activité économique ». Citons encore l'exposé des motifs du projet de loi PACTE, qui énonce qu'il s'agit de « faciliter la création d'entreprises, en limitant au strict nécessaire les barrières à l'entrée, en limitant le coût de création des entreprises et en simplifiant au maximum les formalités administratives »<sup>4</sup>.

Ensuite, l'objectif de simplification apparaît parfois dans le titre de la loi. Tel est le cas de la loi Warsmann II, relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives, promulguée le 22 mars 2012<sup>5</sup>. Cette loi a, en effet, pour objectif affiché de « supprimer les obstacles juridiques ou administratifs à l'initiative économique des PME en simplifiant la vie statutaire et sociale des entreprises ». Mais on peut également citer la proposition de loi de simplification, de clarification et d'actualisation du droit des sociétés, du sénateur Soilhi, le 4 août 2014<sup>6</sup>.

Enfin, l'objectif de simplification apparaît parfois dans des articles de loi habilitant le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance. Il en est ainsi de la loi du 2 janvier 2014<sup>7</sup> habilitant ce dernier à « simplifier et sécuriser la vie des entreprises » et de la loi du 9 septembre 2016 (loi Sapin 2)<sup>8</sup>, qui a, d'une part, simplifié elle-même le régime de l'EIRL<sup>9</sup> et, d'autre part, « habilité le gouvernement à simplifier les obligations d'information à la charge des sociétés, à simplifier les obligations de dépôt des documents sociaux », ou encore à « faciliter la prise de décision et la participation des actionnaires ». Pas moins de trois ordonnances et deux décrets de simplification ont découlé de cette dernière habilitation. Ou comment une loi habilitant le gouvernement à simplifier engendre... des ordonnances de simplification !

L'objectif de simplification est donc omniprésent dans les textes de réforme du droit des affaires. Il en résulte des mesures concrètes, destinées à atteindre l'objectif affiché.

## B. Les mesures de simplification

Les mesures de simplification, à regarder les illustrations récentes, consistent en des assouplissements, des allègements, des suppressions de règles contraignantes en faveur des entrepreneurs. Sans faire un inventaire à la Prévert, il est possible de donner quelques exemples.

4 Proj. loi n° 1008, 19 juin 2018, relative à la croissance et à la transformation des entreprises, sur lequel voir « Mesures de droit des sociétés du projet de loi PACTE », BJS 2018, p. 395 ; Act. JCP E 2018, 517.

5 Loi no 2012-387 du 22 mars 2012 relative à la simplification du droit et à l'allègement des démarches administratives.

6 Sur laquelle voir *Rev. des sociétés*, 2018, p. 209.

7 Loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

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

9 Art. 128, loi préc.

Le régime de la cession de fonds de commerce a bénéficié d'assouplissements avec la loi Warsmann<sup>20</sup> puis avec la loi Macron<sup>21</sup>. La première a unifié les délais de publication dans le JAL et au BODACC ; la seconde a permis aux créanciers du vendeur de fonds, qui veulent faire opposition, de le faire par lettre recommandée, ce qui les dispense du recours à un huissier. La loi Macron a également simplifié la protection du patrimoine de l'entrepreneur individuel, en le dispensant de la déclaration d'insaisissabilité de sa résidence principale grâce à une insaisissabilité de droit. Elle a enfin supprimé cette fameuse surenchère du 6<sup>e</sup> qu'il était tellement difficile d'expliquer, ne serait-ce qu'aux étudiants ! L'EIRL a également bénéficié de quelques mesures de simplification, même si nous sommes encore certainement très loin du compte. L'EIRL est désormais dispensé, lorsqu'il procède à la ventilation de son patrimoine entre la sphère personnelle et la sphère affectée, de recourir à un tiers évaluateur pour les biens dont la valeur est supérieure à 30 000 euros, s'il exerçait son activité professionnelle antérieurement au dépôt de sa déclaration d'affectation : son bilan suffit, en effet, à constituer un état descriptif. Il y a là, à n'en point douter, suppression d'une tâche inutile. Les micro-entreprises ont, elles aussi, bénéficié d'assouplissements, dès lors que l'ordonnance du 30 janvier 2014 leur a donné la possibilité d'établir une présentation simplifiée des comptes annuels et de se dispenser d'annexe<sup>22</sup>.

En droit des sociétés, les mesures de simplification sont également légion. L'une de ces mesures concerne les formalités à effectuer pour rendre les cessions de parts sociales opposables aux tiers. L'ordonnance du 31 juillet 2014<sup>23</sup> a, en effet, prévu que le dépôt des statuts modifiés rend à lui seul la cession de parts sociales opposables aux tiers. Il fallait, avant cela, effectuer un double dépôt au RCS : l'acte de cession, et, ensuite, les statuts modifiés. La simplification est incontestable, d'autant que la même ordonnance a permis la dématérialisation du dépôt. Cette ordonnance a également supprimé du dispositif des conventions réglementées les conventions conclues avec une filiale détenue intégralement<sup>24</sup>. Ici, ce n'est pas une simple formalité qui est supprimée, mais une règle sans objet, car, dans cette hypothèse précise, il n'y a pas réellement de conflit d'intérêts. La même ordonnance a supprimé l'article L. 223-5 du Code de commerce qui posait le principe d'interdiction des chaînes d'EUURL. Cette mesure facilite l'organisation des sociétés en leur permettant de se structurer sous forme de groupes et de filialiser certaines de leurs activités.

Les décrets et ordonnances post-loi Sapin 2 ne sont pas en reste. On pense particulièrement à ce que l'une de ces ordonnances – celle du 4 mai 2017<sup>25</sup> – a prévu concernant la SAS : la suppression de l'obligation légale d'une décision unanime pour adopter ou modifier une clause d'agrément : cette mesure facilite la maîtrise de la composition du capital de la SAS pour l'entrepreneur. La même ordonnance a également permis aux associés de SARL détenant

10 Préc.

11 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

12 Voir art. L. 123-16 du Code de commerce.

13 Ord. n° 2014-863 du 31 juillet 2014 relative au droit des sociétés, prise en application de l'article 3 de la loi n° 2014-1 du 2 janvier 2014 habilitant le gouvernement à simplifier et sécuriser la vie des entreprises.

14 L'ordonnance a entraîné une réécriture des articles L. 225-39 et L. 225-87, en allant d'ailleurs bien au-delà de ce que la loi d'habilitation avait prévu, puisqu'il était envisagé de modifier ce point seulement pour les sociétés cotées.

15 Ord. n° 2017-747 du 4 mai 2017 portant diverses mesures facilitant la prise de décision et la participation des actionnaires au sein des sociétés, sur laquelle voir B. Saintourens, « Simplification du fonctionnement des sociétés : le complément réglementaire pour 2017 », *Rev. des sociétés*, 2017, p. 467.

5 % des parts de demander de faire inscrire une question à l'ordre du jour d'une assemblée générale. La mesure simplifie les choses en harmonisant les régimes des SARL et celui des SA. Elle a également autorisé dans les sociétés non admises sur un marché réglementé le principe des assemblées générales dématérialisées. À une époque d'internationalisation des affaires, cette simplification est certainement bienvenue.

On pourrait encore citer l'ordonnance du 12 juillet 2017<sup>16</sup>, qui rationalise le dispositif de *reporting* auquel les sociétés sont soumises. Le rapport du président (du conseil d'administration ou du conseil de surveillance) a disparu dans les SA au profit de l'avènement du rapport de gouvernement d'entreprise, lequel a sans doute un contenu moins ambigu. Sur le même sujet, une récente loi du 10 août 2018<sup>17</sup> « pour un État au service d'une société de confiance », qui n'avait pourtant pas apparemment de rapport avec le droit des sociétés, a dispensé les petites entreprises commerciales d'établir un rapport de gestion<sup>18</sup>. Environ 1 300 000 petites entreprises vont désormais bénéficier de cet allègement et faire une économie annuelle d'environ 200 euros. L'étude d'impact évoque une volonté de supprimer « une charge administrative superflue »<sup>19</sup>.

Pour terminer ce panorama rapide, la tentaculaire loi PACTE pourrait charrier un lot important de dispositifs de simplification. On peut citer la suppression pour les artisans et micro-entrepreneurs du stage de préparation à l'installation de trente heures, la création à horizon 2021 d'un guichet unique et dématérialisé pour accompagner les entreprises dans leur phase de création, ce qui va encore plus loin dans la simplification que la création par le passé du CFE et de ses fameuses liasses<sup>20</sup>. La liquidation judiciaire simplifiée devrait également être généralisée pour les entreprises de moins de cinq salariés (et non plus un seul) et de moins de 750 000 euros de CA (et non plus 300 000)<sup>21</sup>. Ce à quoi on peut ajouter un important travail de rationalisation des effets de seuils dans l'entreprise qui sont, à en croire l'étude d'impact, très anxiogènes pour les chefs d'entreprise, car ils existent actuellement à 49 niveaux (on va les regrouper sur 11, 50 et 250). Certains seuils vont donc être supprimés, d'autres relevés comme ceux de la certification des comptes par un commissaire aux comptes, mais surtout les entreprises auront un délai de cinq ans en cas de dépassement d'un seuil pour être réellement tenues par ce dépassement. « Elles pourront donc continuer à investir et embaucher avec souplesse en cas de retournement de conjoncture », indique Bruno Le Maire dans un entretien au *Figaro*<sup>22</sup>.

Finalement, en dressant ce panorama, on voit que les textes de simplification ont eu quelques effets sur la facilité à faire des affaires en France. C'est bien un objectif de compétitivité

16 Ord. n° 2017-1162 du 12 juillet 2017 portant diverses mesures de simplification et de clarification des obligations d'information à la charge des sociétés, sur laquelle voir A. Couret, *Rev. des sociétés*, 2017, p. 535.

17 Loi n° 2018-727 du 10 août 2018 pour un État au service d'une société de confiance.

18 Les petites entreprises sont celles qui, à la clôture du dernier exercice, ne dépassent pas deux des trois seuils suivants : total du bilan de quatre millions d'euros, chiffre d'affaires net de huit millions d'euros et effectif moyen de cinquante salariés (C. com., art. L. 123-16 et D. 123-200, 2°).

19 *Étude d'impact Projet de loi pour un État au service d'une société de confiance*, 27 novembre 2018.

20 Voir l'étude d'impact qui explique qu'il y a actuellement plusieurs réseaux de CFE et une difficulté pour les entrepreneurs à trouver le bon destinataire. Le CFE devrait continuer à exercer une mission de conseil, mais ne s'occupera plus de ce guichet-entreprises.

21 Permet une clôture plus rapide, dans les six mois, une vente simplifiée de gré à gré des biens sans autorisation du juge commissaire, etc.

22 B. Le Maire, « Nous voulons bâtir la prospérité française », Entretien au *Figaro*, 4 septembre 2018.

qui est recherché, d'autant plus pressant que la jurisprudence de l'Union européenne défend une conception très « entière » du principe de liberté d'établissement. Pourtant, il n'est pas évident d'affirmer que les entrepreneurs ressentent réellement une amélioration dans la gestion quotidienne de leur entreprise. D'ailleurs, et c'est un comble vu le nombre de lois de simplification de la vie des affaires, le rapport *Doing business* 2018 rétrograde encore la France de deux places (même si – il faut le dire par souci d'honnêteté – il ne prend pas en compte les effets des réformes récentes, comme la loi Macron et les lois postérieures). La France est donc au 31<sup>e</sup> rang mondial. La simplification serait-elle une illusion ? C'est ce à quoi nous pouvons désormais tenter de répondre.

## II. L'ILLUSION DE LA SIMPLIFICATION

Le mouvement bouillonnant de simplification produit à ce jour une forme de désillusion, et, ce, pour deux raisons. La première, de nature formelle, est qu'à trop vouloir simplifier la vie des entreprises, c'est le droit que l'on a inévitablement compliqué. La seconde, plus substantielle, tient davantage dans une remise en cause de l'idéal même de simplification. L'illusion est formelle d'une part (A) ; elle est substantielle d'autre part (B).

### A. L'illusion formelle

Le plus grand paradoxe de ce mouvement de simplification est sans doute – et l'idée est loin d'être neuve – l'incroyable complexité qui en résulte, en la forme. Autrement dit, à vouloir simplifier la vie des affaires, c'est le droit des affaires lui-même que l'on a rendu plus complexe. Il faut dire que nous partions déjà de loin. Le droit commercial, on le sait, a toujours souffert d'imperfections formelles majeures. Et ce, dès son origine. En effet, il a commencé par se développer hors le code de commerce de 1807, dans des lois éparses, ce qui a conduit à une nécessaire recodification en 2000. Était annoncée une recodification « à droit constant », mais il n'en fut rien. On se souvient des débats et critiques acerbes qui ont accompagné cette recodification<sup>23</sup>. Aussi a-t-on déploré à l'époque des abrogations malheureuses, comme celle, emblématique, de l'article 631 du Code de commerce qui fondait la compétence des tribunaux de commerce. Sans compter que les dispositions réglementaires n'ont été codifiées, quant à elles, que sept ans plus tard ! On sait aussi que le droit des sociétés souffre d'être enchevêtré entre plusieurs codes – code civil, code de commerce et code monétaire et financier – ce qui rend sa lecture difficile.

Le mouvement de simplification de la vie des affaires, qui pourrait être une réponse, a paradoxalement contribué à rendre le droit des affaires encore plus difficile à lire. La raison en est simple : il n'y a aucune logique d'ensemble dans le processus formel de simplification. Les mesures de simplification résultent toutes de textes épars, contenus dans des lois fourre-tout, des lois multi-objet, qui « réforment » par des mesures de détail. Ces dernières sont noyées dans le reste, comme si l'idéal de simplification pouvait justifier le désordre normatif. Ces lois sont souvent obèses et difficiles à ingérer, même pour les professionnels du droit. Elles sont comme l'a dit un auteur, une « ode à l'inintelligibilité »<sup>24</sup>. C'est d'ailleurs sur ce motif

23 Voir not. D. Bureau et N. Molfessis, « Le nouveau code de commerce : une mystification ? », D., 2001, p. 361.

24 G. Éveillard, « Intelligibilité et simplification du droit », RFDA 2013, p. 713.

d'intelligibilité que plusieurs d'entre elles ont été déferées au Conseil constitutionnel. Ce dernier semble plutôt bienveillant à l'égard du mouvement d'ensemble, puisque, à part des hypothèses criantes de lois contenant de véritables cavaliers législatifs, le Conseil reste de marbre. Il a même pu affirmer que « la complexité de la loi et l'hétérogénéité de ses dispositions ne sauraient, à elles seules, porter atteinte à l'objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi »<sup>25</sup>. Tout est dit.

Ces lois de simplification se succèdent, en outre, à un rythme effréné. Comme l'a déclaré la Confédération des petites et moyennes entreprises, « si la baignoire s'est vidée doucement d'un côté, elle a continué à se remplir à robinet ouvert de l'autre côté »<sup>26</sup>. Il faut ajouter à l'abondance des lois de simplification les grandes difficultés causées par les décrets tardifs, et les problèmes d'interprétation qui sont tels que les réponses ministérielles pullulent, et que des associations comme l'ANSA doivent mener des travaux d'interprétation. Sans compter que lorsque les lobbies s'en mêlent, l'instabilité législative s'accroît. Citons, pour illustrer, l'incroyable histoire de l'article L. 141-12 du Code de commerce sur la publication de la cession de fonds de commerce, dont on dénombre six versions depuis 2003. La loi Macron a, dans un premier temps, supprimé la publication dans le journal d'annonces légales<sup>27</sup>. Mais celle-ci réapparaît un an plus tard, par une loi du 14 novembre 2016<sup>28</sup>, sur le pluralisme des médias, certainement en raison du lobby des propriétaires des journaux d'annonces légales.

Si l'on observe l'ensemble des textes récents de simplification, il est permis de dire avec Nicolas Molfessis, que « la complexité s'autogénère, même en période affichée de simplification du droit »<sup>29</sup>. Il ne s'agit pas d'une énième théorie décliniste, mais bien d'une réalité, vécue au quotidien par les entrepreneurs, qui se voient contraints de consulter encore plus d'avocats pour se faire expliquer le droit positif et connaître leurs droits et obligations. Même les juristes éprouvent des difficultés à suivre l'évolution du droit. Là où, il y a vingt ans, ils pouvaient consulter leur code de commerce pour déterminer si la règle était applicable à une situation, il est désormais prudent de vérifier chaque fois sur le site *Legifrance* si la règle que l'on tend à appliquer est toujours en vigueur. Comment considérer que le droit des affaires est accessible à ses destinataires lorsque, pour ne prendre qu'un seul exemple, l'article L. 225-102-1 du Code de commerce sur la déclaration de performance extra-financière, a connu entre 2001 et le 5 septembre 2018, pas moins de seize versions différentes ? Et inutile d'ajouter les innombrables problèmes de droit transitoire posés par ces réformes successives pour prendre la mesure du problème d'accessibilité du droit des affaires.

En outre, et c'est plus pernicieux, de nombreuses lois de simplification ne font qu'habiliter le gouvernement à légiférer par voie d'ordonnances, de sorte qu'on voit fleurir dans tous les domaines du droit des affaires des ordonnances de simplification. Nul besoin, là encore, d'insister sur la dérive de cette « législation déléguée », selon les termes d'Yves Gaudemet<sup>30</sup>. Nul

25 Conseil Constitutionnel, DC n° 12 mai 2011.

26 CPME, « Du choc de simplification au choc de complexité ».

27 Art. 107, loi n°2015-990, du 6 août 2015, préc.

28 Art. 21, loi n° 2016-1524, du 16 novembre 2016, visant à renforcer la liberté, l'indépendance et le pluralisme des médias.

29 N. Molfessis, « Simplification du droit et déclin de la loi », *RTDCiv.* 2004, p. 155.

30 Y. Gaudemet, « Sur l'abus ou sur quelques abus de la législation déléguée », *Mélanges en l'honneur de P. Pactet*, Dalloz, 2003, p. 617 et s.

besoin de rappeler non plus que la justification donnée à cette législation gouvernementale est la complexité des matières concernées. Le parlement ne serait plus apte à remplir son office dans des disciplines trop complexes, comme le droit des entreprises en difficulté, le droit des sûretés ou encore le droit des sociétés. La simplification devient donc de manière sourde une justification du bouleversement des rôles dévolus au Parlement et à l'exécutif par la Constitution. La prolifération des ordonnances serait-elle une transition vers un droit plus simple sur lequel le législateur naturel aurait vocation un jour à recouvrer son empire ? L'objectif de la simplification serait-il *in fine* de lutter contre les dérèglements normatifs ? L'espoir fait vivre...

Si les choses sont si complexes, c'est sans doute qu'il n'existe à ce jour aucune méthodologie de simplification, alors que pourtant Jean-Luc Warsmann avait été chargé de mettre au point une telle méthodologie. Il est piquant de constater que la loi Warsmann II<sup>31</sup> est un anti-modèle : son embonpoint et la diversité des questions traitées sont aux antipodes de ce que l'on peut attendre d'une simplification méthodique.

Ceci étant, peut-être peut-on voir les prémises de quelques évolutions sur cet aspect formel de la simplification. En effet, certaines propositions récentes vont dans le sens d'une mise en cohérence par domaine, dans des textes *ad hoc*. Il est possible, à ce titre, d'évoquer une proposition doctrinale de Mesdames France Drummond et Julie Klein, visant à améliorer la lisibilité du droit des sociétés par le regroupement des dispositions propres aux sociétés cotées au sein d'un chapitre dédié du code de commerce<sup>32</sup>. Voilà une proposition intéressante, qui pourrait permettre une plus grande clarté, donc une plus grande accessibilité du droit. Elle permettrait, en effet, de débarrasser le droit des SA des dispositions applicables aux sociétés cotées. Le droit commun des SA serait donc plus stable à la faveur d'une telle transformation et serait à l'abri des réformes induites par les multiples directives européennes applicables aux sociétés cotées. Cela permettrait en outre une ventilation plus logique entre le code de commerce et le code monétaire et financier ce qui, ici en Nouvelle-Calédonie, ne manquera sans doute pas de poser quelques difficultés, dès lors que le CMF et le code de commerce n'ont pas le même statut. Cette proposition doctrinale a été entendue, car elle a été reprise dans le projet de loi PACTE qui habilite le gouvernement à réaliser cette simplification.

Il existe donc, on le voit, des pistes d'amélioration formelle, destinées à simplifier les textes dans leur forme, donc dans leur accessibilité. C'est cette voie que devrait prendre la simplification du droit, dans un premier temps, afin d'éviter que le mouvement de simplification des règles de fond ne vienne produire une complexification des règles sur la forme. On ne peut que préconiser de mettre fin aux lois de simplification aux objets multiples et aux ordonnances qui en découlent, sauf à partager le constat fait par Antoine Garapon, selon lequel « le droit, dans un nombre grandissant de situations, joue à contre-emploi, c'est-à-dire comme un repoussoir »<sup>33</sup>. Formellement, la simplification en métropole est donc réellement discutable. Qu'en est-il à présent substantiellement ?

31 Loi préc.

32 Rapport du HCJP (Haut Comité Juridique de la Place financière de Paris), « Proposition en vue de la création d'un chapitre du Code de commerce dédié aux sociétés cotées », 26 mars 2018.

33 A. Garapon, « Le devenir systémique du droit », *JCP G*, 2018, p. 1014, spéc. n° 30.

## B. L'illusion substantielle

Même si certains soubresauts font espérer que la simplification soit un jour un résultat plus qu'un objectif, il est relativement évident qu'à ce jour, la simplification des règles de fond pour les entreprises est très largement illusoire. Mais ceci s'explique peut-être.

L'une des raisons est la relativité de la simplification : ce qui est plus simple pour certains ne l'est, en effet, pas forcément pour d'autres. En simplifiant, on nuit parfois aux intérêts de certaines parties prenantes du droit des affaires. L'exemple très récent de la suppression du rapport de gestion est parlant<sup>34</sup>. Le rapport de gestion est un document rédigé par le dirigeant social, qui a vocation à renseigner les associés sur la situation de la société et ses perspectives, en dressant un bilan des choix stratégiques de la direction. Le supprimer dans les petites sociétés commerciales simplifie certes la vie du dirigeant social. Mais qu'en est-il de celle des associés ? Privés du confort de la communication annuelle du rapport, ces derniers devront désormais exercer plus activement leur droit à l'information.

La loi PACTE peut également alimenter cette idée de relativité. Ce qui est proposé sur les effets de seuils est emblématique. Certes, les seuils sont vécus comme des couperets par les dirigeants d'entreprise. Mais ces seuils ont aussi vocation à protéger les salariés ou les actionnaires. Par exemple, le projet prévoit de relever de 200 à 250 salariés le seuil à partir duquel un local syndical est obligatoire. Idem pour le seuil à partir duquel la communication aux actionnaires des rémunérations les plus élevées est obligatoire. Ce qui simplifie pour certains complique sans doute pour d'autres. C'est d'ailleurs ce qui explique que les syndicats patronaux n'ont pas été entendus pour supprimer le seuil fatidique de la représentation salariale.

Ce souci d'équilibre des intérêts des parties prenantes en droit des affaires empêche en réalité de trop simplifier. C'est ainsi qu'au sein d'une même loi – la loi PACTE – sont présentés deux volets presque inconciliables : le premier volet s'intitule « des entreprises libérées » et le troisième « des entreprises plus justes ». Or les nouvelles contraintes posées au service de cette « justice » annoncée risquent fort d'être vécues par les entrepreneurs comme d'inextricables facteurs de complexité. À ce titre, ce qui a le plus retenu l'attention de la doctrine commerciale dans ce projet est bel et bien ce troisième volet. Il est la suite du rapport Notat Senard sur « l'entreprise, objet d'intérêt collectif » qui avait pour ambition de donner corps à la RSE en droit des sociétés<sup>35</sup>. Ce troisième volet comprend diverses mesures d'incitation à l'actionariat salarié et à l'épargne salariale, et propose une nouvelle rédaction de l'article 1833 du Code civil, qui serait complété d'un alinéa disposant que « la société est gérée dans son intérêt social et en prenant en considération les enjeux sociétaux et environnementaux de son activité »<sup>36</sup>. Ce projet de loi inquiète beaucoup dans le milieu des affaires et surtout du patronat. On craint que cette nouvelle rédaction des textes ne vienne faire peser des contraintes inédites sur les sociétés et les membres de la direction, d'autant que les notions utilisées ne sont pas vraiment définies. Il faut dire que cette désappropriation de l'entreprise est un

34 Voir C. Barillon, « Les petites entreprises commerciales désormais dispensées d'établir un rapport de gestion », *Lettre du CREDA*, n° 2018-13, du 11 septembre 2018.

35 « L'entreprise, objet d'intérêt collectif », Rapport aux ministres de la Transition écologique et solidaire, de la justice, de l'économie et des finances du travail, 9 mars 2018.

36 Voir sur ce point le colloque « La réécriture des articles 1833 et 1835 du Code civil : révolution ou constat ? », sous la direction de I. Urbain-Parléani, Paris Descartes, 28 juin 2018.

changement de paradigme important en droit des sociétés<sup>37</sup>, au point qu'il aurait sans doute mieux valu mesurer les conséquences probables de cette modification d'un texte fondateur en droit des sociétés. Ce troisième volet est donc finalement contradictoire avec l'idée de simplification du premier volet. D'ailleurs, la sanction de cette nouvelle disposition fait débat. Un amendement a récemment été déposé devant la commission spéciale de l'Assemblée nationale, précisant que la violation de l'intérêt social ainsi défini ne devrait pas être à même d'entraîner la nullité des actes ou délibérations pris en contravention à cet intérêt redéfini. On voit que la sécurité juridique n'est pas pleinement garantie dès lors que la sanction même en est incertaine dans le projet de loi. Quoiqu'il en soit, cet exemple tiré du projet de loi PACTE montre que la simplification est incompatible avec la prise en compte de l'ensemble des intérêts en présence. La complexité du fond du droit serait donc finalement inhérente au droit des affaires, toujours tiraillé entre la volonté de simplifier la vie des entreprises, et celle de protéger l'écosystème dans lequel elles interviennent.

On peut alors déplorer que la notion de simplification ait été très largement instrumentalisée et confondue avec celle de libéralisation. Si bien qu'elle ne produit pas l'effet escompté, parce que la libéralisation ne saurait être débridée dans le système juridique et politique français. Aussi serait-il temps de remettre la simplification à la place qu'elle n'aurait jamais dû perdre : celle d'un procédé destiné à rendre les choses plus simples pour les entreprises, autrement dit à diminuer les contraintes légales inutiles, dans le cadre d'un mouvement méthodique et ordonné et non au gré de textes, quels qu'ils soient. Aussi peut-on conclure avec Michel Vivant qu'en métropole, « Rien n'est simple, même la simplification »<sup>38</sup>. Et si en Nouvelle-Calédonie, les choses sont sans doute plus compliquées encore en raison du pluralisme juridique, l'occasion peut être saisie de réfléchir à une véritable méthode de simplification au profit des entreprises<sup>39</sup>.

---

37 Voir J. Paillusseau, « Entreprise et société, quels rapports ? Quelle réforme ? », *D.*, 2018, p. 1395.

38 M. Vivant, « Simplifier ce qui doit l'être », *D.*, 2018, éditorial, p. 13.

39 Voir sur ce point M. Buchberger, « Pour une simplification des structures juridiques des entreprises en Nouvelle-Calédonie », in *L'Océanie dans tous ses États, Mélanges en l'honneur de Guy Agniel*, RJPENC, 2020, p. 214 <https://rjpenc.nc/index.php/fr/>

**Céline Castets-Renard**

Professeur de droit privé, Université Toulouse Capitole

170

La notion de données personnelles peut paraître étrangère à un territoire comme celui de la Nouvelle-Calédonie, en particulier si l'on adopte le point de vue du peuple autochtone kanak qui se définit en tant que groupe au sein d'un clan ou d'une tribu, et où l'individualité a peu de place. La notion d'information se rapportant à une personne peut même paraître incongrue pour les kanak, tant un individu en soi n'a pas de sens, simple trait d'union entre ses ancêtres et ses descendants. De même, la vie privée n'est pas nécessairement une valeur à défendre, tant la vie collective peut primer sur la vie individuelle. Pourtant, cette conception de la place de l'individu dans le monde n'est pas antinomique avec le développement d'une activité économique et dès lors qu'une entreprise est créée en Nouvelle-Calédonie, elle doit se conformer à un certain nombre de règles légales, quel que soit le statut de la personne qui la gère. La réglementation des données personnelles est l'une d'elles et la question de son respect dépasse la conception anthropologique de l'individualité en Nouvelle-Calédonie.

La protection des données personnelles est un sujet renouvelé aujourd'hui, à la fois par les évolutions technologiques et par la richesse de l'actualité législative, les deux étant naturellement liés. On assiste en effet à l'avènement de technologies de plus en plus intrusives et consommatrices de données. Le développement de l'économie numérique et des réseaux sociaux, ainsi que l'émergence de l'internet des objets en sont autant d'exemples, auxquels le territoire de la Nouvelle-Calédonie n'échappe pas. Bien au contraire, l'isolement et l'insularité conduisent à vouloir utiliser, ici plus qu'ailleurs, des technologies numériques favorisant le rapprochement entre les hommes. L'activité économique est ainsi facilitée par le commerce électronique, qui permet de proposer toutes sortes de biens et services en ligne, de même que les réseaux sociaux aident à maintenir le lien entre les populations. L'enseignement en ligne paraît être également une opportunité particulièrement bénéfique. Mais ce faisant, la collecte des données personnelles est démultipliée et il devient de plus en plus difficile pour les individus d'en contrôler l'usage. Dans le souci de tenir compte de ces évolutions, le législateur de l'Union européenne a décidé de réviser la directive 95/46/CE adoptée le 24 octobre 1995 et relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à leur libre. La réforme est mise en œuvre par le règlement 2016/679/UE, dit règlement général de protection des données personnelles ou RGPD, adopté le 27 avril 2016 et entré en application le 25 mai 2018<sup>2</sup>. Notons que la protection des données personnelles en Europe est garantie depuis la fin des années 1970 au sein des États membres<sup>3</sup>.

1 Pour l'essentiel, la forme orale a été préservée, communication d'octobre 2018.

2 C. Castets-Renard, « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », Dalloz IP/IT 2016, p. 331.

3 Par exemple en France, la loi n° 78-17 dite informatique et libertés a été adoptée le 6 janvier 1978.

Ce nouveau texte, particulièrement long<sup>4</sup> et complexe<sup>5</sup>, change totalement la culture de protection des données personnelles. Assorti de lourdes sanctions, il incite les organisations à prendre désormais au sérieux ce sujet dont elles faisaient peu cas jusqu'alors. En effet, si la directive 95/46 consacrait la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, en particulier la vie privée (art. 1<sup>er</sup>), le nouveau règlement va plus loin en fondant la protection des données personnelles sur l'article 8 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, ainsi que sur l'article 16 § 1 du TFUE (Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne) (considérant 1). L'article 1 § 2 précise ainsi que le règlement « protège les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques et, en particulier, leur droit à la protection des données à caractère personnel ». Mais dans ce nouveau texte, comme dans la directive, il s'agit aussi de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur, et de faciliter le libre flux des données (considéranants 13 et 123). L'article 1 § 3 prévoit ainsi que « la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union n'est ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel ». Ce double objectif apparaît clairement dans l'intitulé même du texte, ainsi qu'à l'article 1 § 1 qui précise que l'objet du RGPD est d'établir « des règles relatives à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et des règles relatives à la libre circulation de ces données ». Néanmoins, contrairement à la directive 95/46/CE qui reposait sur l'article 100A TCEE (marché intérieur, devenu art. 114 TFUE), le RGPD abandonne le fondement du marché intérieur. L'article 16 § 1 du TFUE sur la protection des données personnelles est désormais le fondement retenu.

Comme tous les acteurs privés mais aussi publics, les entreprises de Nouvelle-Calédonie doivent se préoccuper de la protection des données personnelles<sup>6</sup>. En effet, dès lors qu'une entreprise a des salariés et des clients personnes physiques, la protection de leurs informations personnelles s'impose. Et ce, d'autant que la définition des données personnelles prévue en droit français et européen est particulièrement large. En effet, une donnée personnelle est définie par l'article 4 § 1 du règlement européen de protection des données, dit RGPD, comme « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ». Est réputée être une « personne physique identifiable :

*Une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale.*

4 Le règlement 2016/679/UE comporte 99 articles et 173 considérants, en comparaison des 34 articles de la directive 95/46/CE qu'il abroge.

5 Voir G. Desgans-Pasanau, *La protection des données personnelles : Le RGPD et la nouvelle loi française*, LexisNexis, 3<sup>e</sup> éd., Collection Carré droit, juin 2018; B. Fauvarque-Cosson et W. Maxwell, « Protection des données personnelles », *D*, 2018, Ouvrage ou revue ? p. 1033; E. Geffray, A. Guérin-François, *Code de la protection des données personnelles 2018-2019, annoté et commenté*, Dalloz, 1<sup>ère</sup> éd., sept. 2018; Ch. Maubernard, « La protection des données à caractère personnel en droit européen », *Rev. UE*, 2016 p. 406.

6 Pour des conseils pratiques, voir : Th. Beaugrand, P. Blum, M. Brogli C. Castets-Renard, Y. Marcellin, B. Rasle, S. Staub, V. Younes Fellous, *Protection des données personnelles : Se mettre en conformité pour le 25 mai 2018*, Éditions Législatives, nov. 2017.

Cette énumération n'est, au demeurant, pas limitative. Au sein de ces données, certaines d'entre elles sont dites sensibles et méritent une protection renforcée. Leur régime de protection est prévu à l'article 9 qui énonce que :

*Le traitement des données à caractère personnel qui révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sont interdits.*

On comprend alors aisément que non seulement les entreprises de Nouvelle-Calédonie traitent des données personnelles et tombent sous le coup de la réglementation, mais, plus encore, des données sensibles. Ajoutons que les obligations de protection des données personnelles incombent au responsable de traitement, qui est « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement » (RGPD, art. 4 § 7).

Précisons par ailleurs que l'Union européenne et ses États membres ont choisi de consacrer une protection dite « omnibus » de la protection des données personnelles, dans la mesure où elle s'applique largement, à tous les acteurs publics et privés, indifféremment. À l'inverse, les États-Unis ont fait le choix d'une réglementation sectorielle, selon laquelle le principe est la libre utilisation des données personnelles, sauf dans les cas où une règle précise prévoit son encadrement. Bien avant l'adoption de la directive, la France avait privilégié une protection large dans la loi du 6 janvier 1978, dite informatique et libertés, qui a d'ailleurs servi de modèle à la directive. Jusqu'à l'adoption du règlement, la loi du 6 janvier 1978 s'appliquait au territoire de Nouvelle-Calédonie, aussi la problématique de la protection des données personnelles n'est-elle pas limitée aux seules entreprises, mais concerne aussi les administrations. Au demeurant, les échanges de données entre le territoire français et la Nouvelle-Calédonie sont particulièrement nombreux et la question du niveau de protection et de la norme applicable à l'ensemble de ces flux se pose avec une acuité particulière. En effet, s'il ne fait aucun doute que le nouveau règlement dit RGPD s'applique en France, la solution est moins claire pour le territoire de Nouvelle-Calédonie. La détermination des normes applicables y est difficile, mais augure d'une obligation indirecte de respecter le RGPD (I). Dès lors, de grands changements sont à attendre concernant le régime de protection des données personnelles en Nouvelle-Calédonie (II).

## **I. LA RÉGLEMENTATION DES DONNÉES PERSONNELLES APPLICABLE À LA NOUVELLE-CALÉDONIE : UNE DIFFICILE ARTICULATION DES NORMES**

L'adoption du RGPD vient perturber l'ordonnancement des normes en matière de données personnelles applicables à la Nouvelle-Calédonie. N'étant pas membre de l'Union européenne, le RGPD ne peut s'appliquer directement à la Nouvelle-Calédonie (A). Cependant, l'adoption de l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 étend à l'outre-mer l'application de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 (B).

### **A. L'exclusion d'une application directe du RGPD à la Nouvelle-Calédonie**

La première réglementation en matière de protection des données personnelles issue de l'Union européenne fut la directive 95/46/CE, qui nécessita logiquement une transposition

dans les lois nationales. En droit français, la transposition a été réalisée par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, directement intégrée dans la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dite modifiée. Cette dernière a été réformée une deuxième fois par la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. La Nouvelle-Calédonie est régie par le principe de spécialité législative, selon lequel l'applicabilité des textes législatifs est subordonnée à l'adoption d'une disposition expresse d'extension, en vertu de l'article 74 de la Constitution. Dans ce contexte, il faut alors vérifier si la loi vise expressément le territoire de la Nouvelle-Calédonie pour qu'elle s'y applique. La réponse est donnée à l'article 72 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, qui prévoit son applicabilité à la Nouvelle-Calédonie, dans sa rédaction résultant de la loi n° 2016-1321 pour une République numérique. Également, l'article 110 de la loi n° 2016-1321 prévoit aussi que les dispositions des I et III de l'article 1<sup>er</sup>, le II de l'article 12, les articles 15, 17 et 18, le III de l'article 64 et les articles 67 et 94 sont applicables en Nouvelle-Calédonie.

Mais si on en revient aux effets de l'adoption du RGPD sur la protection des données personnelles en Nouvelle-Calédonie, la situation est plus délicate s'agissant d'un règlement européen. Ce règlement vient abroger la directive (UE) 95/46 et ce changement d'instrument législatif en droit de l'Union n'est pas neutre à l'égard de la Nouvelle-Calédonie, qui n'est pas membre de l'Union européenne<sup>7</sup>. La Nouvelle-Calédonie est en effet un simple membre associé, régi par la partie IV du traité de fonctionnement de l'Union européenne<sup>8</sup>. En outre, le RGPD ne fait lui-même aucune mention des membres associés en général ni de la Nouvelle-Calédonie en particulier. Le règlement ne peut donc s'appliquer directement et, conformément au principe de spécialité législative, il faut alors rechercher dans la loi de mise en œuvre du RGPD son application à la Nouvelle-Calédonie. La loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 est venue modifier une troisième fois la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 pour intégrer et compléter les dispositions du RGPD. Bien qu'un règlement soit d'application directe et ne nécessite en principe pas de loi de transposition, le RGPD a laissé plus d'une cinquantaine de marges de manœuvre aux États membres qui doivent alors préciser les règles applicables dans leurs lois nationales. Dans ce contexte, il faut donc aussi vérifier si la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 mentionne la Nouvelle-Calédonie ou pose des règles de nature à étendre indirectement l'application du RGPD à ce territoire.

### **B. L'application indirecte du RGPD à la Nouvelle-Calédonie à la faveur de la loi nationale et de l'ordonnance**

L'application directe du droit de l'Union étant exclu pour les territoires non-membres, il convient alors de s'en remettre à la loi nationale. Or, la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 ne prévoit pas de dispositions déterminant ses modalités d'application dans les collectivités d'outre-mer. Cependant, deux dispositions de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 doivent retenir l'attention.

<sup>7</sup> À l'inverse, le règlement du 27 avril 2016 est directement applicable à la Guadeloupe, la Guyane française, la Martinique, Mayotte, La Réunion, Saint-Martin. Ces régions ultrapériphériques (RUP) sont membres de l'Union européenne et les dispositions des traités de l'UE leur sont applicables, conformément à l'article 349 du traité de fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui leur reconnaît toutefois un statut spécifique leur accordant certaines dérogations.

<sup>8</sup> Les pays et territoires d'outre-mer dont la liste figure à l'annexe II du TFUE sont associés. Il s'agit de la Nouvelle-Calédonie et ses dépendances, la Polynésie française, les Terres australes et antarctiques françaises, les îles Wallis-et-Futuna, Saint-Barthélemy et Saint-Pierre-et-Miquelon.

D'abord, l'article 10 modifie l'article 5-1 de la loi n° 78-17 pour préciser que :

*Les règles nationales prises sur le fondement des dispositions du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE renvoyant au droit national le soin d'adapter ou de compléter les droits et obligations prévus par ce règlement s'appliquent dès lors que la personne concernée réside en France, y compris lorsque le responsable de traitement n'est pas établi en France.*

Dès lors, le territoire de la France intégrant la Nouvelle-Calédonie, les personnes y résidant devraient se voir appliquer les dispositions d'adaptation du RGPD et, en particulier, bénéficier des droits accordés. Mais se pose alors la question de la cohérence du droit et celle de savoir jusqu'où attirer les situations dans le périmètre du RGPD. Faut-il seulement considérer les dispositions nationales d'adaptation au RGPD à l'exclusion du RGPD lui-même ? Une telle interprétation n'aurait aucun sens et on risquerait l'incohérence et le vide législatif à chaque application. Faut-il découper l'application de ce texte et considérer uniquement les dispositions concernant directement les personnes concernées ? Cela serait très hasardeux, car le texte a naturellement une cohérence globale. Ainsi, les obligations des responsables de traitement répondent aux droits des personnes concernées, de même que le renforcement des pouvoirs et missions des autorités de contrôle doit permettre de mieux les protéger. On ne voit pas bien comment tracer une frontière claire entre les dispositions qui s'appliqueraient aux personnes concernées et celles qui ne les viseraient pas du tout. Finalement, la meilleure solution serait de considérer la loi nationale d'adaptation et l'intégralité du RGPD, le tout formant un corpus normatif complet et indissociable.

Cette interprétation peut être corroborée par une seconde disposition de la loi n° 2018-493 plus convaincante encore sur l'extension de la protection nouvelle à la Nouvelle-Calédonie. Cette loi fit l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel et l'un des griefs porta sur la méconnaissance de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi à l'égard des territoires d'outre-mer. Selon les requérants, la loi du 6 janvier 1978 ne serait désormais compréhensible que combinée avec les dispositions du règlement du 27 avril 2016, lequel n'est pas applicable à ces territoires. Dans sa décision n° 2018-765 DC du 12 juin 2018, le Conseil constitutionnel relève que la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 ne prévoit effectivement pas ses modalités d'application aux collectivités d'outre-mer. Cependant, le 3° du paragraphe I de son article 32 habilite le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures relevant du domaine de la loi nécessaires à :

*L'adaptation et à l'extension à l'outre-mer des dispositions prévues aux 1° et 2° ainsi qu'à l'application à Saint-Barthélemy, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, à Wallis-et-Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises de l'ensemble des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 précitée relevant de la compétence de l'État.*  
(pt 8, décision n° 2018-765 DC).

L'article 32.I.3° renvoie donc à l'article 38 de la Constitution pour habiliter le gouvernement à prendre par voie d'ordonnance les mesures, relevant du domaine de la loi, nécessaires à l'adaptation et à l'extension à l'outre-mer des dispositions nouvelles, ainsi qu'à l'application en Nouvelle-Calédonie de l'ensemble des dispositions de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relevant de la compétence de l'État. En résumé, l'article 32.I. prévoit la réécriture de l'ensemble de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, afin d'apporter les corrections formelles et les adaptations

nécessaires à la simplification et à la cohérence. Il s'agit de procéder aux modifications rendues nécessaires pour assurer le respect de la hiérarchie des normes et la cohérence rédactionnelle des textes, harmoniser l'état du droit, remédier aux éventuelles erreurs et omissions résultant de la loi et abroger les dispositions devenues sans objet. Il s'agit aussi d'appliquer la loi à l'ensemble des territoires d'outre-mer, en particulier à ceux simplement associés à l'Union européenne, comme la Nouvelle-Calédonie.

L'ordonnance n° 2018-1125, prise en application de l'article 32 de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 portant modification de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, a finalement été adoptée le 12 décembre 2018. Elle est venue mieux articuler l'ensemble des normes prises après l'adoption du RGPD et étendre à l'outre-mer l'application de la loi n° 2018-493. La Nouvelle-Calédonie est donc aujourd'hui soumise au respect du RGPD, ce qui augure de grands changements dans le régime de protection des données personnelles.

## **II. LE RÉGIME DE PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES APPLICABLE À LA NOUVELLE-CALÉDONIE : DE GRANDS CHANGEMENTS EN PERSPECTIVE**

Les entreprises de Nouvelle-Calédonie vont donc devoir se mettre en conformité avec le RGPD mais encore faut-il comprendre ce que signifie une telle obligation. Le RGPD est un long texte complexe de 99 articles qui modifie non seulement les règles applicables, mais aussi l'esprit de la loi. Désormais, le principe est de ne plus contrôler *a priori* mais *a posteriori* le respect de la réglementation des données personnelles. Concrètement, cela se traduit notamment par la suppression des déclarations préalables de traitement des données personnelles, auparavant à la charge des responsables de traitement, au profit d'un système de responsabilisation, suivant un calcul des risques et une obligation de rendre compte qui oblige à documenter les décisions prises pour protéger les données personnelles. Sans prétendre à l'exhaustivité, on peut dire de façon générale que si le RGPD précise et renforce les mesures prévues antérieurement par la directive et en respecte les grands principes (A), il consacre aussi des règles nouvelles de nature à assurer une meilleure efficacité de la protection des données personnelles (B). Enfin, l'ordonnance n° 2018-1125 a posé des règles spécifiques à la Nouvelle-Calédonie (C).

### **A. La précision et le renforcement des règles antérieures**

S'agissant des règles préexistantes, on peut d'abord citer le renforcement du consentement de la personne concernée. Si le principe selon lequel la personne doit donner son consentement au traitement de ses données personnelles n'est pas nouveau, l'article 4 § 11 en donne une définition plus exigeante. Le consentement de la personne concernée, comme toute manifestation de volonté, doit être une expression « libre, spécifique, éclairée et univoque », par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. En comparaison, la directive 95/46/CE exigeait que le consentement soit « libre, spécifique et informé ». Les conditions de son obtention étaient donc moins exigeantes, d'autant qu'il n'était pas nécessaire de demander une déclaration ou un acte positif clair. Plus encore, l'article 8 prévoit désormais des règles spécifiques au consentement donné par des enfants en ce qui concerne les services de la société de l'information. L'article 7 énumère également des règles générales du consentement. L'article 7 § 1 pose le principe selon lequel le traitement repose sur le consentement. En outre, le responsable du traitement assume la charge de la

preuve de ce consentement et doit être en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant. Le paragraphe 2 détaille les modalités matérielles de ce consentement en prévoyant que si :

*Le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples.*

Autrement dit, le consentement au traitement des données personnelles doit être donné à part et doit être, par exemple, bien distingué du consentement donné pour l'acceptation d'un contrat. En cas de violation de cette disposition, aucune partie de cette déclaration ne sera contraignante. Le paragraphe 3 protège le consentement dans le temps puisque la personne concernée peut retirer son consentement à tout moment, sans que son retrait ne compromette la licéité du traitement consenti avant le retrait. Avant de donner son consentement, la personne concernée doit être informée de cette possibilité de retrait. Enfin, il faut que le consentement soit aussi facile à retirer qu'à donner, suivant un parallélisme des formes. Conformément au paragraphe 4, au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat. En d'autres termes, si le consentement donné pour le traitement des données personnelles est différencié du consentement lors de la conclusion du contrat, encore faut-il que les deux consentements ne soient pas liés au-delà de ce qui est nécessaire pour son exécution, auquel cas le consentement serait forcé. Ces nouvelles dispositions sur le consentement doivent être prises au sérieux par les entreprises calédoniennes qui vont très certainement devoir réviser leurs formulaires de collecte du consentement.

On peut relever par ailleurs le renforcement des principes directeurs qui régissent les traitements des données personnelles aux articles 5 et 6 du RGPD. Selon l'article 5 § 1, les données à caractère personnel doivent être : a) traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence); b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités; c) adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (minimisation des données); d) exactes et, si nécessaire, tenues à jour (exactitude); e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées; f) traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité). Outre le fait que le principe de transparence fait son apparition, on peut noter que la formulation retenue par le RGPD est plus claire, car les principes correspondants sont explicitement énoncés. Il ne fait plus aucun doute que tout traitement de données à caractère personnel doit respecter ces principes. L'article 6 § 1 prévoit que :

*Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie : a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques; b) le traitement est nécessaire à l'exécution d'un*

*contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci; c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis; d) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique; e) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement; f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant.*

En dehors de ces cas, le traitement des données à caractère personnel n'est pas licite et ne peut donc avoir lieu. La dernière hypothèse visée est toutefois vague et favorable au responsable de traitement, ce qui risque de réduire l'efficacité de la protection des données.

On peut noter également un renforcement des droits des personnes concernées (droit à l'information, droit d'accès, de rectification, d'effacement, d'opposition et droit de ne pas faire l'objet d'une décision automatique de type décision algorithmique), ainsi que des pouvoirs et missions des autorités nationales de contrôle (art. 51 à 59). En France, la CNIL (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) voit ainsi ses pouvoirs accrus, à la faveur du RGPD et de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018. Notons aussi la volonté d'améliorer la coopération entre ces autorités de contrôle (art. 60 à 67) et l'institutionnalisation du Comité européen de protection des données en remplacement du groupe informel de l'article 29 (« G29 ») (art. 68).

## **B. La consécration de règles nouvelles**

Quant aux règles nouvelles, nous nous contenterons des plus emblématiques.

Il est d'abord important de relever l'extension du champ d'application territoriale de la protection des données. L'article 3 confère un effet extraterritorial au RGPD, en prévoyant son application, non seulement lorsque le responsable de traitement a son principal établissement sur le territoire de l'Union (critère de l'établissement principal), mais aussi, désormais, lorsque des personnes concernées se trouvent sur le territoire de l'Union, alors que le responsable du traitement ou son sous-traitant n'est pas établi dans l'Union, si les activités de traitement sont liées : a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non; b) au suivi du comportement de ces personnes (profilage), dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union (critère du lieu de résidence habituelle des personnes concernées). L'ajout de ce deuxième critère entraîne un changement de perspective pour mieux prendre en compte la situation des personnes concernées, en particulier lorsqu'elles sont visées par les entreprises du numérique situées hors Europe, aux États-Unis pour les plus importantes d'entre elles. Les fameux GAFAM (Google, Amazon, Facebook, Apple, Microsoft) ne sont pas européens. La précision de la gratuité est essentielle puisque dans un modèle économique dit biface, les services proposés, tels les réseaux sociaux, sont gratuits pour les usagers, le financement émanant d'un second marché entre ces opérateurs et les publicitaires. Le modèle économique de ces acteurs repose en effet principalement sur la vente de profils de leurs clients aux annonceurs publicitaires. La plus-value de ces géants de l'internet tient précisément à la quantité d'informations personnelles qu'ils détiennent sur leurs clients et leur capacité et les profiler finement, afin que le ciblage publicitaire soit le plus fin et pertinent possible. Les caractéristiques de ce

modèle expliquent la volonté du législateur européen de viser aussi les activités de profilage du comportement des personnes. Ce faisant, le RGPD devient applicable à des entreprises, non établies en Europe, ce qui lui confère un effet extraterritorial très contesté à l'étranger, en particulier aux États-Unis. Les personnes concernées ayant leur résidence habituelle en Nouvelle-Calédonie bénéficient aussi de cette extra-territorialité. Comme vu précédemment, ils se verront appliquer les dispositions de la loi nationale même si les responsables de traitement ne sont pas établis sur le territoire.

Sont créés de nouveaux droits au profit des personnes concernées, que sont le droit à l'effacement (« droit à l'oubli ») (art. 17) et le droit à la portabilité des données (art. 20). Parallèlement, le responsable de traitement voit son rôle totalement changer puisqu'il n'est plus responsable *a priori* mais *a posteriori*. Une logique d'*accountability* (de « responsabilité ») et de calcul de risque s'applique désormais ainsi qu'un renforcement de ses obligations. L'article 24 § 1 pose le principe de la responsabilité du responsable du traitement en ces termes nouveaux :

*Compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement met en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au présent règlement. Ces mesures sont réexaminées et actualisées si nécessaire.*

Notons tout d'abord que l'on attend du responsable de traitement des mesures techniques et organisationnelles qu'il va devoir définir par lui-même. Si le RGPD renvoie à des instruments, tel le registre des activités de traitement (art. 30), qu'il oblige le responsable de traitement à constituer, ce responsable doit répondre à ses obligations en définissant lui-même les moyens de le faire, ce qui n'est pas aisé en pratique. Les entreprises calédoniennes doivent donc rechercher les solutions les plus appropriées à leur situation. Notons que les mesures à prendre s'entendent au sens large puisqu'il s'agit de mesures non seulement techniques, mais aussi organisationnelles, comme, par exemple, le fait de désigner un délégué à la protection des données personnelles (art. 37), qui doit être correctement positionné dans l'organigramme de l'entreprise pour pouvoir reporter directement au directeur général. La désignation d'un délégué à la protection des données est d'ailleurs le moyen le plus efficace pour l'entreprise de se faire aider par un spécialiste indépendant qui peut être externe ou interne à l'entreprise. Par ailleurs, il faut ajouter que le responsable de traitement est tenu pour l'essentiel d'une obligation de moyens, car il doit tout mettre en œuvre pour respecter ses obligations à l'égard de la personne concernée, sous réserve toutefois de considérer la nature, la portée, le contexte et les finalités du traitement, ainsi que les risques pour les droits et libertés des personnes physiques. En revanche, la loi met la preuve à la charge du responsable de traitement. Il faut noter que le RGPD encourage l'instauration de codes de conduite approuvés (art. 40) et de mécanismes de certification approuvés (article 42). Cette *soft law* devrait aider les entreprises calédoniennes à se mettre en conformité.

Remarquons également que le sous-traitant assume désormais une responsabilité dans la conformité au RGPD (art. 28), alors qu'il était auparavant irresponsable. Les entreprises calédoniennes qui sous-traitent des données personnelles sont donc également soumises au RGPD. Tant les responsables de traitement que les sous-traitants devront respecter une obligation de sécurité des données (art. 32) et notifier les failles de sécurité à l'autorité nationale de contrôle (art. 33), voire aux personnes dont les données sont concernées par la faille (art. 34).

L'augmentation des sanctions est enfin l'une des avancées majeures du RGPD. Alors que la directive laissait les États membres en décider librement, l'article 83 du RGPD prévoit désormais le montant des sanctions administratives, pouvant s'élever jusqu'à 20 000 000 € ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu. Ces sanctions semblent dissuasives, car la plupart des entreprises établies sur le territoire de l'Union européenne ou collectant les données des personnes s'y trouvant, par exemple les entreprises du numérique situées aux États-Unis, font aujourd'hui des efforts de mise en conformité avec le RGPD. Les entreprises calédoniennes vont devoir se préparer aussi, pour échapper à de fortes sanctions.

### C. Des règles spécifiques à la Nouvelle-Calédonie

Le titre V de l'ordonnance prévoit des dispositions relatives à l'outre-mer. L'article 125 de l'ordonnance rend applicable la loi nouvelle à tous les territoires d'outre-mer. L'article 126 précise que pour l'application de la loi aux territoires non-membres de l'UE, c'est-à-dire à Saint-Barthélemy, à Saint-Pierre-et-Miquelon, en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française, dans les îles Wallis-et-Futuna et dans les Terres australes et antarctiques françaises, la référence au règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 est remplacée par la référence aux règles en vigueur en métropole en vertu du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016. L'article 128 prévoit des dispositions de concordance, s'agissant des références au code du travail et au code de la santé publique, puisque certains territoires, comme la Nouvelle-Calédonie, sont dotés de leurs propres codes locaux ou font l'objet de dispositions dédiées dans les codes nationaux. Il en est de même pour l'application de l'article 67 de la loi n° 2018-493 en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française, la référence au code de la santé publique doit être remplacée par les dispositions ayant le même objet, applicables localement.

Notons surtout que l'article 127 de l'ordonnance exclut l'application en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française de l'article 37 de la loi n° 2018-493, en ce qu'il intéresse l'action de groupe devant les tribunaux de l'ordre judiciaire. Cette exclusion est regrettable, car elle a pour effet de réduire la protection des personnes concernées sur ces territoires, alors même que l'action de groupe devrait devenir un instrument important de cette protection.

Pour conclure, relevons que si la mise en conformité avec le RGPD entraîne une complexité et des coûts, les entreprises calédoniennes doivent aussi voir une opportunité de créer plus de confiance envers leurs clients et leurs partenaires dans le Pacifique. De nombreux États élaborent aujourd'hui des législations nationales de protection des données personnelles dans le sillage du RGPD. Tel est, par exemple, le cas de la Corée du Sud ou du Japon. Continuer à faire du commerce avec l'Union européenne suppose en effet pouvoir échanger des données personnelles entre les territoires, lequel échange n'est rendu possible, selon le RGPD (art. 44 et suivants), et avant lui la directive (art. 25), que si le niveau de protection du pays destinataire est considéré comme adéquat par la Commission européenne. En augmentant le niveau de protection, le RGPD est aujourd'hui le standard le plus élevé du monde et contraint les autres États à s'en rapprocher. Dans ce contexte global dominé par l'Europe, les entreprises calédoniennes ne doivent pas hésiter à faire du respect de la réglementation nationale issue du RGPD, un avantage concurrentiel dans la prise de marchés en Europe, mais aussi dans le Pacifique.

## L'AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE EN NOUVELLE-CALÉDONIE : QUELLE POLITIQUE VIS-À-VIS DE L'ENTREPRISE ?

180

**Virginie Cramésnil-de-Laleu**

Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie

C'est en ma qualité de rapporteure générale de l'ACNC que j'interviens aujourd'hui sur un thème dont l'intitulé même peut surprendre : « L'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie : quelle politique vis-à-vis de l'entreprise ? »

En effet, l'emploi du terme « politique » pourrait prêter à sourire dès lors que l'Autorité de la concurrence est une autorité administrative indépendante qui, comme son nom l'indique, a précisément pour fondement une indépendance totale à l'égard des autres organes de l'administration, des institutions, du pouvoir politique en place et, plus généralement, des entreprises. Cette indépendance est d'ailleurs l'un des principes qui guident l'action de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

L'occasion sera donnée d'y revenir, car l'objectif de cette présentation est bien d'évoquer les grandes règles qui caractérisent le positionnement de l'Autorité à l'égard des entreprises.

Après cette première remarque, une seconde. En effet, il est question dans l'intitulé de : « L'autorité de la concurrence en Nouvelle-Calédonie » et l'expression n'est pas anodine.

Si son nom complet est « Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie », il est essentiel de rattacher l'action de cette institution non pas à la collectivité « Nouvelle-Calédonie », mais bien aux activités économiques qui sont exercées sur ce territoire, et donc « en Nouvelle-Calédonie ». Car ce sont les problématiques propres à ce territoire, à son organisation, à son économie qui ont mené à la création de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

Pour mémoire, cette Autorité est née d'une démarche globale des autorités calédoniennes pour la mise en place d'un dispositif juridique et pratique de lutte contre les pratiques anticoncurrentielles et d'une recommandation formulée par l'Autorité de la concurrence métropolitaine dans son rapport de 2012 (relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie).

Il est important de souligner que la Nouvelle-Calédonie a fait le choix d'une réforme de fond incluant une modification de la loi organique afin de créer, non pas une simple instance consultative en matière de concurrence, mais une véritable « Autorité Administrative Indépendante (AAI) dotée d'un pouvoir décisionnel et de sanction ».

C'est d'ailleurs aujourd'hui la première « AAI » en Nouvelle-Calédonie et elle n'est entrée en fonction que depuis le 2 mars 2018. Il lui appartient de se faire connaître et d'expliquer à quoi elle sert.

Selon les termes de la loi<sup>1</sup>, l'Autorité de la concurrence est chargée de veiller : « au libre jeu de la concurrence en Nouvelle-Calédonie et au fonctionnement concurrentiel des marchés en Nouvelle-Calédonie », et cette Autorité poursuit un double objectif : le premier, dynamiser le fonctionnement des marchés par la libre concurrence et le second, lutter contre la vie chère.

La concurrence est indispensable pour faire baisser les prix et stimuler la croissance. Par principe, la concurrence pousse les entreprises à prendre des parts de marchés et les incite à être efficaces et innovantes, améliorant de fait leur productivité. Poussées à la compétitivité, les entreprises vont proposer des produits et des services plus variés, et de meilleure qualité. Dans le même temps, l'arrivée sur un marché de nouveaux entrants qui proposent des prix plus bas force les concurrents déjà en place à ajuster leurs prix à la baisse. Du côté des consommateurs, la baisse des prix permet au plus grand nombre d'accéder aux produits et aux services offerts par le marché. En définitive, la concurrence permet de stimuler la croissance et l'emploi, tout en favorisant la baisse des prix et la compétitivité des entreprises.

Il est vrai que la concurrence est parfois perçue comme une source de contraintes et de risques pour les entreprises et, par conséquent, l'autorité chargée de la faire respecter peut apparaître comme un simple outil de répression.

Ainsi se pose la question de savoir si l'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie est un atout ou une menace pour les entreprises. La présentation qui va suivre s'attache à démontrer que cette institution se positionne de différentes manières vis-à-vis des entreprises, mais toujours dans le but de défendre l'ordre public et de préserver l'intérêt général.

Cet exposé va donc s'articuler autour de trois points sous le prisme de l'entreprise : d'abord en analysant en quoi l'entreprise peut être l'objet d'un contrôle par l'Autorité de la concurrence (I). Ensuite, en montrant que l'Autorité de la concurrence a également vocation à protéger l'entreprise (II). Enfin, la nécessité pour l'entreprise d'être partenaire de l'Autorité de la concurrence dans le but commun de l'amélioration du fonctionnement concurrentiel des marchés calédoniens sera développée (III).

## I. L'ENTREPRISE CONTRÔLÉE

Garantir le respect des règles de concurrence et préserver les intérêts des entreprises comme des consommateurs implique nécessairement de contrôler.

L'Autorité de la concurrence a ainsi pour mission d'examiner les demandes d'autorisation en matière de concentration et dans le secteur du commerce de détail<sup>2</sup>. L'objectif est de vérifier que l'opération examinée ne porte pas atteinte à la concurrence, notamment par la création ou le renforcement d'une position dominante qui placerait les fournisseurs en situation de dépendance économique. La création ou le renforcement d'une position dominante n'est pas en soi constitutif d'une atteinte à la concurrence et le contrôle des structures de marché

1 Voir art. Lp. 461-1 du Code de commerce applicable à la Nouvelle-Calédonie.

2 Voir titre III du livre IV du Code de commerce.

ne fait pas suite au dépôt d'une plainte. Ces procédures ont une visée préventive. Il s'agit de vérifier par une analyse du marché si une concurrence actuelle ou potentielle subsiste malgré l'opération de concentration envisagée. Mais l'enquête peut également être l'occasion de repérer des comportements nuisibles à la concurrence. Même s'il s'agit d'une procédure administrative, le contrôle des structures de marché joue donc un rôle essentiel en ce qu'il permet d'anticiper d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles.

C'est l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie qui exerce, à la place du gouvernement (via la DAE), le contrôle des opérations de concentration et les opérations affectant le secteur du commerce de détail relevant des seuils fixés par le code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

Il s'agit :

- des acquisitions ou fusions d'entreprises, et des créations d'entreprises communes, lorsque le chiffre d'affaires total réalisé en Nouvelle-Calédonie par les entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 600 millions F. CFP et si deux au moins des entreprises ou groupes de personnes physiques ou morales concernées par l'opération réalisent, directement ou indirectement, un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie<sup>3</sup>;
- des projets d'ouverture d'un magasin de commerce de détail et des projets d'extension des surfaces de vente, de changement d'enseigne commerciale, de secteur d'activité ou de reprise par un nouvel exploitant d'un magasin existant, dès lors que la surface de vente est ou devient supérieure à 350 m<sup>24</sup>.

Conformément aux articles Lp. 431-3 (opérations de concentration) et Lp. 432-2 (commerces de détail) du code de commerce, des entreprises qui s'engagent dans ces types d'opérations doivent, avant réalisation, soumettre leur projet à l'autorisation de l'Autorité de la concurrence. Une fois l'opération notifiée, le service d'instruction procède à l'examen de l'opération, selon une procédure plus ou moins rapide, la nature de l'opération envisagée et les difficultés qu'elle soulève. Si l'opération ne pose pas de difficultés de concurrence particulières ou si les engagements présentés par les parties remédient aux problèmes constatés, l'opération peut donner lieu à une autorisation avec ou sans engagements au terme d'un examen rapide (appelé phase 1). Si un doute sérieux d'atteinte à la concurrence subsiste, le service d'instruction va procéder à une analyse approfondie en examinant notamment si l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par la création, le renforcement d'une position dominante ou par la création ou le renforcement d'une puissance d'achat qui placeraient les fournisseurs en situation de dépendance économique. Il sera aussi vérifié que l'opération est justifiée par des gains d'efficacité compensant les atteintes à la concurrence éventuellement constatées.

3 Voir art. Lp. 431-2 C. com. Depuis la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020, le seuil de 600 millions F. CFP est passé à 1,2 milliard F. CFP, et il est en outre exigé que chaque entreprise à l'opération réalise individuellement un chiffre d'affaires supérieur ou égal à 200 millions F. CFP.

4 Voir art. Lp. 432-1 et s. C. com. Le seuil est passé à 600 m<sup>2</sup> depuis la loi du pays n° 2020-2 du 20 janvier 2020.

À l'issue de cet examen (qui peut durer 100 jours à compter de la notification complète de la saisine<sup>5</sup>), l'Autorité va rendre une décision :

- autorisant l'opération sans conditions particulières ;
- l'autorisant sous réserve d'engagements ;
- ou l'interdisant.

À ce jour<sup>6</sup>, l'Autorité a examiné une dizaine d'opérations qui ont toutes fait l'objet d'une autorisation sans engagements. À ce stade, aucune opération n'a fait l'objet d'une interdiction ou d'une autorisation sous réserve d'engagements. Ainsi, l'Autorité accompagne les entreprises dans le cadre du contrôle des opérations de concentration et des opérations affectant le secteur du commerce de détail afin d'éviter la constitution ou le renforcement d'une position dominante.

## II. L'ENTREPRISE PROTÉGÉE

La mission première de l'Autorité est de sanctionner les entreprises qui adoptent des comportements anticoncurrentiels et donc de protéger les entreprises qui en sont victimes. Au service de la libre concurrence, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est de fait au service des entreprises puisqu'elle vise à assurer le respect du jeu normal de la concurrence entre les entreprises sur les marchés. Au livre IV du Code de commerce intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence » sont ainsi prévues des procédures qui permettent aux entreprises de s'adresser à l'Autorité pour dénoncer les pratiques anticoncurrentielles dont elles sont victimes et obtenir la cessation de ces pratiques, notamment par des sanctions prononcées et/ou des injonctions de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles.

Pour ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles, il s'agit principalement des ententes<sup>7</sup> et des abus de position dominante<sup>8</sup>, ainsi que des pratiques restrictives de concurrence<sup>9</sup>. Succinctement, une entente est caractérisée par une concertation entre plusieurs acteurs économiques indépendants qui décident de coordonner leurs comportements sur un marché donné, au lieu de concevoir leur stratégie commerciale de façon indépendante, comme l'exige la loi. De telles ententes sont prohibées si elles empêchent, restreignent ou faussent le jeu de la concurrence sur un marché. Il peut s'agir d'entrave à l'entrée d'un concurrent sur un marché, d'ententes sur les prix, d'échanges d'informations stratégiques ou encore de répartitions de marchés. Contrairement aux ententes, qui sont des pratiques bilatérales ou multilatérales, les abus de position dominante sont en général des pratiques unilatérales émanant d'un acteur économique qui use de sa position de force sur un marché pour évincer ses concurrents ou pour empêcher l'arrivée de nouveaux entrants. Les abus de position dominante peuvent prendre la forme de prix prédateurs, de remises liées, de refus de vente, de clauses d'exclusivité.

5 Voir art. Lp. 431-7 C. com. Depuis la loi du pays 2019-10 du 19 avril 2019, le délai est de 70 jours ouvrés à compter de la décision d'ouverture d'un examen approfondi.

6 Soit le 28 septembre 2018.

7 Voir art. Lp. 421-1 C. com.

8 Voir art. Lp. 421-2-1 C. com.

9 Voir titre IV du livre IV du Code de commerce.

Pour ce qui concerne les pratiques restrictives de concurrence, elles englobent différentes pratiques susceptibles de porter atteinte à la loyauté et à l'équilibre des relations commerciales entre professionnels et concernent notamment les règles de facturation, les conditions générales de vente et les délais de paiement. L'entreprise victime d'une de ces pratiques peut donc déposer plainte à l'Autorité. C'est le dépôt de la plainte qui va permettre de déclencher la procédure. À partir de cette plainte, le service d'instruction de l'Autorité va conduire l'enquête afin de réunir l'ensemble des éléments nécessaires à la prise de décision par le collège de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Il est important de souligner que la mission du service d'instruction est d'instruire le dossier à charge et à décharge, puisqu'il lui revient de rechercher à la fois des preuves d'innocence et de culpabilité de l'entreprise mise en cause.

Sur la base de cette enquête, l'Autorité :

- va rendre une décision et infliger une sanction pécuniaire allant jusqu'à 5 % du montant du chiffre d'affaires réalisé en Nouvelle-Calédonie, étant rappelé que cette sanction doit être proportionnée à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'entreprise concernée et à l'éventuelle réitération des pratiques prohibées ;
- peut ordonner de mettre fin aux pratiques ;
- peut également accepter des engagements (propositions de l'entreprise mise en cause pour faire cesser la pratique) ;
- peut encore ordonner la publication (par diffusion ou affichage) de la décision.

Enfin, dans les cas les plus graves et en situation d'urgence, l'entreprise victime peut solliciter de l'Autorité le prononcé de mesures conservatoires (procédure qui peut être rapprochée de celle d'un référé).

Ainsi, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie est bien là pour aider les entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles ou de pratiques commerciales restrictives du fait du comportement de certaines entreprises plus puissantes, pour faire cesser ces pratiques et pour sanctionner leurs auteurs afin de rétablir le jeu normal de la concurrence sur les marchés concernés.

Elle dispose, pour ce faire, de nombreux outils plus ou moins contraignants et rapides selon la gravité des pratiques constatées. Pour chaque procédure, les entreprises bénéficient des garanties prévues par la réglementation en vigueur, notamment le respect des droits de la défense. Les entreprises calédoniennes ont besoin d'être protégées et informées contre des pratiques qui, en les atteignant, portent atteinte à la concurrence. Cette protection va obligatoirement de pair avec des mesures de contrôle et parfois de sanction.

### **III. L'ENTREPRISE PARTENAIRE**

L'Autorité recourt aux sanctions lorsqu'aucune autre issue n'a pu être trouvée. En effet, différentes procédures permettent un dialogue avec les entreprises et la recherche de solutions consensuelles. Elle va ainsi rechercher les solutions qui permettent de combiner à la fois le respect des règles de concurrence et les impératifs de l'entreprise.

D'abord, les entreprises ont la possibilité de formuler des engagements qui seront pris en compte par l'Autorité. En matière de concentration ou d'opérations dans le secteur du

commerce de détail, les entreprises ont la possibilité de prendre des engagements visant à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération. L'Autorité pourra accorder son autorisation sous engagement et le service d'instruction sera là pour veiller ensuite au respect de ces engagements. L'entreprise est donc force de proposition et peut choisir les options qui lui permettront de préserver ses intérêts commerciaux tout en respectant les règles concurrentielles.

Ensuite, les entreprises ont la possibilité d'anticiper une condamnation et de collaborer avec l'Autorité pour éviter ou réduire la sanction pécuniaire : c'est la procédure de clémence. Lorsque plusieurs entreprises concurrentes ont mis au point des pratiques destinées à limiter ou éliminer la concurrence, l'une d'elles peut en dénoncer l'existence afin d'obtenir en contrepartie un traitement plus favorable. Dans les faits, cette hypothèse vise la pratique anticoncurrentielle des ententes. Cette procédure permet à l'entreprise qui souhaite collaborer avec l'Autorité, de formuler une demande de clémence. Cette entreprise devra apporter des éléments contribuant à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs. Suite à cette démarche de l'entreprise, l'Autorité va adopter un avis de clémence qui en précisera les conditions et l'entreprise qui a contribué à dénoncer la pratique pourra bénéficier d'une exonération partielle ou totale de la sanction pécuniaire. Outre une économie de ressources et un gain de temps, cette procédure de clémence permet surtout de mettre fin à la pratique dans les meilleurs délais au bénéfice des entreprises et des consommateurs.

Enfin, lorsqu'elle rend un avis, l'Autorité va permettre d'éclairer les entreprises. C'est notamment le cas de ses avis rendus sur les projets de textes du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et du congrès. En effet, l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie dispose d'une compétence consultative lui permettant de s'exprimer sur toute question de concurrence et de faire, le cas échéant, des recommandations. Elle peut d'ailleurs se saisir d'office<sup>10</sup> ou être saisie pour avis<sup>11</sup> par :

- le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie ;
- le congrès de la Nouvelle-Calédonie ;
- les provinces ;
- les communes ;
- le Conseil économique, social et environnemental de la Nouvelle-Calédonie ;
- les organisations professionnelles et syndicales ;
- les organisations de consommateurs (reconnues par le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie) comme l'UFC-Que Choisir ;
- la chambre d'agriculture (de Nouvelle-Calédonie) ;
- la chambre de métiers et de l'artisanat de la Nouvelle-Calédonie ;
- la chambre de commerce et d'industrie de la Nouvelle-Calédonie ;
- l'observatoire des prix.

D'une manière générale, les avis rendus par l'Autorité, même à la demande des institutions, constituent une source d'informations et une piste de réflexion pour les entreprises du secteur considéré. C'est aussi le moyen de mieux connaître ce qu'il est possible ou non de faire au regard du droit de la concurrence. Ainsi, l'avis rendu le 23 juillet 2018 sur l'organisation

<sup>10</sup> Voir art. Lp. 462-4 C. com.

<sup>11</sup> Voir art. Lp. 462-1 et Lp. 462-2 C. com.

de la filière fruits et légumes a permis à l'ensemble des entreprises du secteur d'être éclairé sur les dysfonctionnements concurrentiels observés au cours de l'instruction et les mesures susceptibles d'être prises pour y remédier, non seulement par le gouvernement, mais surtout par les entreprises elles-mêmes.

En conclusion, le droit de la concurrence tient une place particulière dans l'ordonnancement juridique. Droit autonome, il repose sur une conciliation entre plusieurs objectifs légitimes : ordre public économique, liberté d'entreprendre, protection des droits fondamentaux, intérêt général. L'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie, comme les autres autorités de la concurrence, est chargée de maintenir cet équilibre. Elle n'est donc pas une menace pour les entreprises, puisqu'elle est précisément chargée d'en assurer la défense.

## LE DROIT DE LA CONCURRENCE DANS LES PETITES ÉCONOMIES : ENTRE APPLICATION ET ADAPTATION

**Anaïs Moyrand**

Caisse des dépôts et consignations

187

Dans le paysage juridique, les « petites économies » font figure d'OJNI (Objet Juridique Non Identifié). En effet, il ne semble pas exister de définition précise pour cette notion. Des critères que l'on pourrait qualifier de classiques ont été avancés pour en délimiter les contours : la population, le Produit Intérieur Brut (PIB) et la superficie du territoire. Certains sont même allés jusqu'à donner des chiffres (arbitraires ?) s'agissant de la population : l'on pourrait parler d'une petite économie en deçà de dix millions d'habitants<sup>1</sup> ou en dessous d'un million d'habitants<sup>2</sup>.

Au regard de ces éléments, la Nouvelle-Calédonie, de même que sa voisine la Polynésie française, ou encore les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958 (communément appelées les Départements d'Outre-Mer, DOM<sup>3</sup>), ainsi que les collectivités relevant de l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958 (communément appelées les Collectivités d'Outre-Mer, COM<sup>4</sup>) appartiennent à la catégorie de « petites économies ».

Précisons ici que le terme d'« économie » comme substitut à celui de pays est utilisé à dessein : il permet de ne pas prendre position sur la souveraineté des gouvernements<sup>5</sup> et d'étudier ces entités françaises, insulaires pour la plupart.

Les critères dits classiques pour cerner les petites économies sont utiles, mais demeurent insuffisants pour en inclure d'autres pouvant relever de cette catégorie, et donc pour tendre à une définition que l'on pourrait considérer comme générale. C'est le cas notamment de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie. La première se considère elle-même comme une petite économie<sup>6</sup> et la seconde, malgré sa taille, peut également relever de cette catégorie<sup>7</sup>. La plupart

1 S. Kuznets, "Economic Growth of Small Nations", in *Consequences of the Size of Nations: Proceedings of a Conference held by the International Economics Association*, EAG Robinson, 1963, p. 14.

2 J. Steenbergen, "Merger control in small economies: a Belgian point of view in Small economies and competition policy - A fair deal?", *Concurrences* n° 3-2008, art. n° 19945.

3 Relèvent de l'article 73 de la Constitution du 4 oct. 1958 notamment la Guadeloupe, la Guyane, la Martinique, La Réunion et Mayotte.

4 Il s'agit par exemple de Saint-Barthélemy, Saint-Martin, et Saint-Pierre-et-Miquelon.

5 Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), « Forum mondial sur la concurrence, Les économies de petite taille et la politique de la concurrence : un document de référence », 2003, p. 3 : [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP\(2003\)4&docLanguage=Fr](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=CCNM/GF/COMP(2003)4&docLanguage=Fr)

6 International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", 2009, p. 13 : [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP\\_SmallEcons2009.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/11/SP_SmallEcons2009.pdf)

7 OCDE, « Forum mondial sur la concurrence, Les économies de petite taille et la politique de la concurrence : un document de référence », *op. cit.*, p. 6.

des industries australiennes sont caractérisées par des structures de marché très concentrées. La population est dispersée sur une grande zone géographique, mais concentrée autour de quelques centres urbains. Cela crée des marchés régionalisés qui sont en réalité confrontés aux problèmes des petites économies<sup>8</sup>.

D'autres critères, moins classiques, ont été avancés pour tenter de mieux cerner cet OJNI :

- la situation géographique (marché isolé ou île), les échanges régionaux, la culture et la langue<sup>9</sup>;
- une population dispersée ou faible en valeur absolue<sup>10</sup>;
- les conditions d'entrée et les échanges internationaux<sup>11</sup> ou encore l'ouverture au commerce<sup>12</sup>.

Cependant, aucun de ces critères ne se révèle réellement satisfaisant pour inclure le plus grand nombre d'entités pouvant être concernées, ou, à défaut, pour tendre vers une définition que l'on pourrait considérer comme universelle.

C'est alors que l'économie vient au soutien du droit – une alliance classique en droit de la concurrence – par le biais de la notion d'efficience. Ainsi, une économie de petite taille serait une économie « qui ne peut faire vivre qu'un petit nombre de concurrents dans la plupart de ses industries »<sup>13</sup>.

Autrement dit, les petites économies sont celles qui ne peuvent supporter suffisamment d'entreprises ayant une échelle d'efficience minimale<sup>14</sup> pour avoir une structure de marché concurrentielle<sup>15</sup>. Ainsi, imaginons, par exemple, qu'une entreprise doive produire au moins 10 000 unités pour atteindre un moindre coût de production. Si la demande nationale est de 20 000, il n'y a de la place que pour deux entreprises sur ce marché. Si la demande est en revanche de 10 500 unités, il n'y a de la place que pour une seule entreprise : c'est ce qu'on appelle un monopole naturel<sup>16</sup>. Il en résulte logiquement qu'une petite population

8 M. Gal, "Size does matter: the effects of market size on optimal competition policy", *Southern California law review*, vol. 73, 2001, p. 1437.

9 S. Yon-Courtin, « ICN – Zurich : le Réseau international de concurrence se mobilise pour relever de nouveaux défis », *Concurrences*, n° 4-2009, art. n° 29373.

10 M. Gal, *Competition policy for small-market economies*, Harvard University press, 2003 ; M. Gal, "Size does matter: the effects of market size on optimal competition policy", art. préc.

11 OCDE, « Forum mondial sur la concurrence, Les économies de petite taille et la politique de la concurrence : un document de référence », *op. cit.*, n° 16, p. 6.

12 M. Gal, "Size does matter: the effects of market size on optimal competition policy", art. préc.

13 M. Gal, *op. cit.*

14 À cette idée « d'économie d'échelle » que s'efforcent d'atteindre les entreprises dans les petites économies, l'on pourrait opposer la notion de « déséconomies d'échelle » : « Pour une économie de petite taille comme l'économie calédonienne, il est difficile de développer des industries de transformation destinées à approvisionner le marché intérieur à des coûts qui resteraient compétitifs. » (Rapport du cabinet Syndex réalisé pour l'Union des syndicats des ouvriers et employés de Nouvelle-Calédonie [USOENC], « Les causes de la vie chère en Nouvelle-Calédonie – Structure des prix et des coûts », avril 2009).

15 OCDE, « Problèmes particuliers concernant les "économies de petite taille" », *Revue de l'OCDE sur le droit et la politique de la concurrence*, 2004/1-2, (Vol. 6), p. 99 à 103.

16 M. Gal, "Size does matter: the effects of market size on optimal competition policy", art. préc.

– caractéristique en principe propre aux petites économies – diminue donc la demande nationale et réduit *de facto* le nombre d'entreprises efficaces pouvant exister sur un marché<sup>17</sup>.

Deux éléments semblent par ailleurs importants pour définir une petite économie<sup>18</sup> : des niveaux élevés de concentration (qui s'expliquent par le fait que ce sont des économies qui ne peuvent faire vivre qu'un petit nombre de concurrents) et de fortes barrières à l'entrée<sup>19</sup>.

L'un des défis majeurs des petites économies consiste ainsi à trouver le point d'équilibre entre permettre aux entreprises d'être assez grandes et suffisamment intégrées pour faire des économies d'échelle tout en s'assurant qu'elles sont assez nombreuses sur le marché pour que la concurrence joue<sup>20</sup>. Autrement dit, un « handicap »<sup>21</sup> basique auquel sont confrontées les petites économies est la nécessité de produire à des niveaux permettant de répondre aux besoins d'une large partie de la demande afin d'atteindre des coûts minimaux de production<sup>22</sup>.

Cependant, envisager la situation sous cet angle, c'est partir du présupposé que les petites économies ont besoin d'un droit de la concurrence. Est-ce réellement le cas ?

La Polynésie française et la Nouvelle-Calédonie ont longtemps fonctionné sans droit de la concurrence. C'est en effet en 2015 que la Polynésie s'est dotée de règles relatives à la concurrence<sup>23</sup> et, au mois de février 2016, que l'Autorité polynésienne de la concurrence est entrée en fonction. Quant à la Nouvelle-Calédonie, l'on peut parler de la mise en place d'un véritable droit de la concurrence avec la délibération n° 14 du 6 octobre 2004 portant réglementation économique (qui contenait, entre autres choses, l'interdiction des pratiques

17 M. Gal, "The unique challenges of small economies", in "Small economies and competition policy – A fair deal?", *Concurrences*, n° 3-2008, art. n° 19945.

18 M. Gal, *op. cit.*

19 La difficulté à laquelle renvoie la notion de « fortes barrières à l'entrée » est qu'elle exclut des économies intégrées économiquement avec leurs voisins comme le Liechtenstein, Monaco, ou encore le Luxembourg, qui pourtant peuvent relever de la catégorie de petites économies. L'on en revient à la difficulté de trouver une définition permettant d'englober le plus grand nombre de petites économies, sauf à considérer que les petites économies ne possèdent pas assez de points communs pour justifier leur inclusion dans une définition unique. Cette absence de définition qui tendrait à l'universel pose également la question de l'uniformité du droit de la concurrence dans les petites économies. À noter que le commerce international, notamment avec les pays proches, permet de surmonter certains inconvénients liés à la petite taille, comme le souligne l'autorité métropolitaine de la concurrence dans son avis n° 09-A-45 du 8 septembre 2009 relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation dans les départements d'outre-mer. L'exportation permet en effet d'élargir le(s) marché(s) local(aux) (et ainsi faciliter la création d'usines, le fait d'atteindre des coûts de production moins élevés pour les entreprises locales, etc.) et les importations peuvent avoir des effets positifs, en limitant par exemple la hausse des prix des entreprises locales (sur ce sujet, voir M. Gal, "The unique challenges of small economies", art. préc.).

20 M. Gal, "Size does matter : the effects of market size on optimal competition policy", art. préc.

21 À noter l'utilisation du terme « handicap » qui revient parfois pour évoquer les petites économies insulaires de la France : « Le développement des petits territoires insulaires est souvent abordé sous l'angle de la vulnérabilité, des limites et autres handicaps qui pénalisent inéluctablement leurs perspectives de croissance. Or, force est de constater que quelques îles s'affichent parmi les économies les plus prospères au monde. » (O. Dehoorne, « Les petits territoires insulaires : positionnement et stratégies de développement », *Études caribéennes*, Avril-Août 2014)

22 M. Gal, "Size does matter : the effects of market size on optimal competition policy", art. préc.

23 Loi du pays n° 2015-2 du 23 février 2015 relative à la concurrence. Pour aller plus loin sur le droit de la concurrence en Polynésie française, voir A. Moyrand, « Polynésie : La révolution concurrentielle serait-elle en marche ? », *Concurrences*, n° 4-2014, art. n° 69133.

anticoncurrentielles). L'instauration d'un contrôle des concentrations date de 2013<sup>24</sup>, il s'est agi d'une réelle modernisation du droit de la concurrence a vu le jour en 2014<sup>25</sup>, et c'est en 2018 qu'a été mise en place la très attendue Autorité calédonienne de la concurrence<sup>26</sup>.

Pour répondre à cette interrogation relative à la nécessité ou non d'un droit de la concurrence dans les petites économies, un premier élément peut être avancé : l'autorité métropolitaine de la concurrence (ci-après « l'Autorité ») considère que « derrière les écarts importants des prix à la consommation par rapport à la métropole, le véritable problème des DOM est bien lié à un déficit de concurrence »<sup>27</sup>. Un constat similaire a été fait par l'Autorité au sujet de la Nouvelle-Calédonie par le biais de deux rapports<sup>28</sup> : le coût élevé de la vie est principalement lié à un déficit de concurrence<sup>29</sup>. Rappelons ici que ces rapports se sont inscrits dans un mouvement d'intérêt marqué par l'Autorité pour les outre-mer, amorcé en réaction à l'embrasement des Antilles françaises en 2009 – embrasement lié notamment au coût élevé de la vie<sup>30</sup>.

Au-delà de la problématique de la vie chère à laquelle sont confrontées bien des petites économies, il semble qu'un droit de la concurrence soit nécessaire dans ces entités : « une politique de concurrence sérieuse ne constitue pas simplement un luxe que pourraient s'offrir les pays riches, c'est une vraie nécessité pour tous ceux qui s'efforcent de bâtir des économies de marché démocratiques »<sup>31</sup>. Or, de nombreux petits pays ont fait le choix de se doter de règles et d'institutions relatives à la concurrence<sup>32</sup>. Dès lors que l'on admet la nécessité d'un droit de la concurrence dans les petites économies, se pose la question de son contenu : convient-il d'y appliquer le droit de la concurrence de la même façon que dans les grandes économies ? Ou doit-on nécessairement procéder à des adaptations, compte tenu des spécificités propres aux petites économies ?

24 Loi du pays n° 2013-8 du 24 octobre 2013 relative à la concurrence en Nouvelle-Calédonie, abrogée et en grande partie remplacée par la loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 relative aux livres III et IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

25 Loi du pays n° 2014-7 du 14 février 2014 relative aux livres III et IV de la partie législative du code de commerce applicable en Nouvelle-Calédonie.

26 Pour aller plus loin sur le droit de la concurrence en Nouvelle-Calédonie : F. Venayre, « Construction d'une gouvernance proconcurrentielle en Nouvelle-Calédonie : Modernisation du droit économique et création progressive d'un droit de la concurrence », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, vol. 29, 2017/1, p. 5 ; F. Venayre, « Création d'un droit de la concurrence calédonien innovant et coercitif », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, vol. 24, 2014, p. 29.

27 Autorité de la concurrence, *Outre-Mer – Dynamiser la concurrence, au service de tous*, La documentation française, 2011.

28 « Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie », établi par M. Thibault Decruyenaere et M. Philippe Sauze, 21 sept. 2012 ; « Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie », établi par M<sup>me</sup> Geneviève Wibaux, 21 sept. 2012. Manque réf.

29 À titre d'exemple, nous pouvons citer la compagnie aérienne *low cost* Fench Blue qui a investi en 2018 le marché polynésien et propose des allers-retours Paris-Papeete à des tarifs inférieurs de 20 % environ à l'offre qui existait jusqu'alors. Il semblerait que cela ait permis une légère baisse des tarifs habituellement pratiqués par les autres compagnies en place.

30 A. Moyrand, « La concurrence en Nouvelle-Calédonie : tour d'horizon », in S.-M. Cabon, C. Montet et F. Venayre (dir.), 2018, *Le droit de la concurrence en Polynésie française et dans les petites économies insulaires du Pacifique, Bilan et perspectives*, UPP-LexisNexis, p. 95.

31 J. Stiglitz, *Competing on competition policy, Project Syndicate*, août 2001 : <https://www.project-syndicate.org/commentary/competing-over-competition-policy/french>.

32 Voir C. Montet et F. Venayre, « Politique de la concurrence dans les petits pays insulaires : le rapport pour le forum du Pacifique », *Journal de droit comparé du Pacifique*, 2012, 18, p. 27

La réponse, comme souvent en droit, est toute en nuances : l'application du droit de la concurrence dans les petites économies est en principe la même que dans les grandes économies (I), mais des adaptations peuvent s'avérer nécessaires compte tenu des particularités des petites économies (II).

## I. UNE APPLICATION DU DROIT DE LA CONCURRENCE...

Un constat s'impose : les objectifs et les principes du droit de la concurrence sont identiques dans les grandes et petites économies (A). Certaines règles, notamment relatives aux pratiques anticoncurrentielles, peuvent également être largement similaires, quelle que soit la taille de l'économie concernée (B).

### A. Des objectifs et principes identiques du droit de la concurrence dans les grandes et petites économies

Une première remarque peut être faite : qu'il s'agisse d'une grande ou d'une petite économie, les objectifs poursuivis par le droit de la concurrence sont les mêmes. En effet, quel que soit le périmètre où il s'applique, le droit de la concurrence vise, entre autres choses, à assurer l'existence d'une concurrence effective et loyale entre des entreprises qui interviennent sur un même marché. Au travers de la recherche de cette concurrence effective et loyale, le droit de la concurrence tend également à promouvoir l'efficacité et l'innovation au sein des entreprises et, *in fine*, à permettre le bien-être du consommateur.

Certaines institutions adoptent une position stricte quant à la question de savoir si le droit de la concurrence doit s'appliquer indépendamment de la taille de l'économie concernée. Ainsi la Commission européenne considère qu'il n'y a pas de raison de modifier les règles relatives au droit de la concurrence ou leur application en fonction de la taille de l'économie concernée<sup>33</sup>. La position de la Commission européenne peut se comprendre aisément, dans la mesure où les pays pouvant être considérés comme de petites économies – tels que la Belgique ou le Luxembourg – sont tellement intégrés d'un point de vue économique à leurs voisins que la question d'une application différenciée du droit de la concurrence peut ne pas s'y poser (ou du moins avec moins d'acuité que dans d'autres petites économies).

Cette position est partagée par de nombreuses autorités de la concurrence. Ainsi, par exemple, en se fondant notamment sur le fait que les objectifs poursuivis par le droit de la concurrence sont les mêmes quelle que soit la taille de l'économie, les autorités de la concurrence japonaise, finlandaise ou encore bulgare estiment que le droit de la concurrence doit s'y appliquer indépendamment de la taille de l'économie concernée<sup>34</sup>.

33 International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", art. préc., p. 5. À noter qu'une telle position est loin de faire l'unanimité. Ainsi, l'autorité de la concurrence néo-zélandaise estime, en p. 6 du même article, que les petites économies ont des caractéristiques qui nécessairement affectent le droit de la concurrence.

34 International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", art. préc., p. 5.

Pour autant, si les objectifs du droit de la concurrence sont bien identiques dans les grandes et les petites économies, est-ce à dire que les moyens de les atteindre sont nécessairement les mêmes ?

Une partie de la doctrine considère par ailleurs que le droit de la concurrence des petites économies doit contenir les mêmes éléments que celui des grandes économies, à savoir, notamment, l'interdiction des pratiques anticoncurrentielles (entente et abus de position dominante) ainsi que le contrôle des concentrations<sup>35</sup>. S'agissant des pratiques anticoncurrentielles, il est vrai que la comparaison entre les règles en vigueur dans de petites et grandes économies peut révéler un contenu largement similaire.

## **B. Une réglementation des pratiques anticoncurrentielles très similaire dans les grandes et petites économies**

### **1. L'exemple de l'interdiction des ententes**

Le contenu des règles relatives à l'interdiction des ententes est quasiment identique en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et en France métropolitaine (cf. tableau 1, p. 193).

La comparaison des règles en vigueur en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et en France métropolitaine révèle qu'elles y sont identiques quasiment au mot près, donnant lieu à penser que l'application du droit de la concurrence pourrait être la même quelle que soit la taille de l'économie concernée. Pour autant, ce contenu théorique identique mériterait d'être questionné. En effet, s'agissant des petites économies, l'exiguïté du territoire et la proximité des décideurs économiques peuvent favoriser naturellement les comportements anticoncurrentiels, et notamment les ententes<sup>36</sup>. Ainsi, dans les petites économies, les concurrents ont l'occasion de se voir lors de leurs activités de loisirs, favorisant par exemple des échanges d'informations susceptibles de relever des ententes<sup>37</sup>. Or, ces ententes seront d'autant plus difficiles à détecter et sanctionner, qu'au regard de la proximité des acteurs et de la fréquence de leurs échanges, il n'est nul besoin de conclure des accords contractuels détaillés<sup>38</sup>.

Cette proximité des décideurs économiques est visible en Polynésie française. Ainsi, dans un avis relatif à la situation de la concurrence sur la desserte maritime entre Tahiti et Moorea<sup>39</sup>, l'autorité polynésienne de la concurrence était amenée à se prononcer – entre autres choses – sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles (notamment entente entre sociétés) après avoir été saisie pour avis par le Président de la Polynésie française sur le fondement de l'article Lp. 620-1 du Code de la concurrence polynésien. Dans cette affaire, une demande de

35 M. Gal, *op. cit.*

36 F. Fayot, « Défis dans l'application du droit de la concurrence dans les petits États », *Concurrences*, n° 4-2014, art. n° 69817; « Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux mécanismes d'importation et de distribution des produits de grande consommation en Nouvelle-Calédonie », préc.

37 International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", art. préc., n° 32, p. 9, paragraphe 32.

38 OCDE, *Forum mondial sur la concurrence, Les économies de petite taille et la politique de la concurrence : un document de référence*, *op. cit.*, p. 9, paragraphe 32.

39 Avis n° 2016-A-01 du 31 août 2016 relatif à la situation de la concurrence sur la desserte maritime entre Tahiti et Moorea.

licence d'armateur avait été présentée par la SNC Aremiti dans le cadre du remplacement du navire *Aremiti 5* par un navire *Aremiti 6*. L'autorité polynésienne de la concurrence avait analysé la situation de desserte entre les îles sœurs Tahiti et Moorea où trois navires assuraient cette liaison :

- l'*Aremiti Ferry 2*, propriété de la SNC Aremiti Ferry;
- l'*Aremiti 5*, propriété de la SNC Aremiti;
- le *Terevau*, propriété de la SARL SNGV2 Moorea 6.

**Tableau 1 : Règles relatives à l'interdiction des ententes en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et en France métropolitaine**

Nouvelle-Calédonie	Polynésie française	France métropolitaine
<p><b>Article Lp. 421-1 du Code de commerce de Nouvelle-Calédonie :</b></p> <p><i>Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de Nouvelle-Calédonie, lorsqu'elles ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions entre professionnels, notamment lorsqu'elles tendent à :</i></p> <p>1° <i>Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;</i></p> <p>2° <i>Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement ;</i></p> <p>3° <i>Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;</i></p> <p>4° <i>Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique.</i></p>	<p><b>Article Lp. 200-1 du Code de la concurrence polynésien :</b></p> <p><i>Sont prohibées, même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société implantée hors de la Polynésie française, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché de la Polynésie française, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :</i></p> <p>1° <i>Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;</i></p> <p>2° <i>Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;</i></p> <p>3° <i>Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;</i></p> <p>4° <i>Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.</i></p>	<p><b>Article L. 420-1 du Code de commerce<sup>40</sup> :</b></p> <p><i>Sont prohibées même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, lorsqu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché, les actions concertées, conventions, ententes expresses ou tacites ou coalitions, notamment lorsqu'elles tendent à :</i></p> <p>1° <i>Limiter l'accès au marché ou le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises ;</i></p> <p>2° <i>Faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse ou leur baisse ;</i></p> <p>3° <i>Limiter ou contrôler la production, les débouchés, les investissements ou le progrès technique ;</i></p> <p>4° <i>Répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement.</i></p>

La particularité en l'espèce tenait au fait que le remplacement de l'*Aremiti 5* devait être assuré par le versement d'une subvention de la SNC Aremiti Ferry à la SNC Aremiti et la

40 À noter que cette disposition est en principe directement applicable dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958 (Guadeloupe, Martinique, Réunion, etc.) en vertu du principe dit d'identité législative selon lequel les lois et règlements y sont appliqués de plein droit, étant entendu qu'ils peuvent faire l'objet « d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ».

demande de licence d'armateur avait été formulée par le gérant de la SNC Aremiti Ferry, qui se trouvait également être le responsable technique de la SNC Aremiti. Après avoir relevé que les actionnaires de ces deux sociétés (Aremiti Ferry et Aremiti) « présentent des liens familiaux étroits »<sup>41</sup>, elle avait conclu que ces mêmes liens et la gestion de ces deux sociétés conduisaient à considérer que les deux sociétés appartenaient à un même groupe et n'avaient pas d'autonomie de décision. Elle en déduisait, en s'appuyant sur la pratique décisionnelle de l'Autorité s'agissant de l'autonomie d'une filiale par rapport à sa société mère ou entre deux filiales, qu'aucune entente ne pouvait être constituée entre les deux sociétés en question. Il en irait autrement si, dans le cadre d'une procédure contentieuse, les deux entités devaient être considérées comme indépendantes et que leurs pratiques révélaient des actions concertées visant à la fixation de tarifs en commun. En l'espèce, l'autorité polynésienne de la concurrence a indiqué qu'elle ne pouvait pas se prononcer sur le caractère anticoncurrentiel d'un comportement ou d'une pratique d'un opérateur économique lorsqu'elle est consultée sur une question de concurrence dans le cadre d'une demande d'avis.

Compte tenu de ces spécificités propres aux petites économies, l'application des règles relatives aux interdictions des ententes pourrait y être différente par rapport à une grande économie (pouvoirs d'investigation étendus des autorités de concurrence tout en veillant au respect du secret des affaires notamment, présomptions, etc.).

## 2. L'exemple de l'interdiction des abus de position dominante

L'analyse des règles en vigueur en matière d'interdiction des abus de position dominante en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et en France métropolitaine révèle également un contenu relativement similaire (cf. tableau 2, p. 195).

Les structures de marché dans les petites économies étant nécessairement – voire naturellement – concentrées (en raison des caractéristiques des petites économies et de la nécessité de réaliser des économies d'échelle<sup>42</sup>), les situations de position dominante peuvent s'y révéler relativement fréquentes. D'où l'importance de contrôler et de sanctionner les éventuels abus de position dominante. Quant aux sanctions, si sur le principe les petites économies ne nécessitent pas de sanctions plus graves en matière d'abus de position dominante, elles pourraient en revanche y être plus sévères en pratique en raison du dommage causé à l'économie qui peut y être plus important<sup>43</sup>.

41 Les actionnaires de la SNC Aremiti étaient mariés, l'épouse en question étant également actionnaire de la SNC Aremiti Ferry avec le fils de son époux.

42 Pour mémoire, l'expression « économies d'échelle » est utilisée en économie pour désigner la diminution du coût moyen de production résultant de l'accroissement des quantités produites.

43 Sur le principe de sanctions identiques, quelle que soit la taille de l'économie concernée, en matière de droit de la concurrence, mais de la possibilité de pratiquer de sanctions plus sévères dans les petites économies en raison du dommage à l'économie qui peut y être plus important, voir notamment : International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", art. préc., p. 21 et 22. Pour rappel, selon l'article L. 464-2 du Code de commerce métropolitain, les sanctions pécuniaires infligées par l'Autorité sont proportionnées « à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées ». Les mêmes dispositions se retrouvent en droit calédonien (article Lp. 464-2 du Code de commerce de Nouvelle-Calédonie) et en droit polynésien (article Lp. 641-2 du Code de la concurrence polynésien).

Si une application identique du droit des pratiques anticoncurrentielles dans les petites et grandes économies se comprend en raison de la gravité de ces infractions (pour l'économie, pour les entreprises et pour les consommateurs notamment), il peut en aller autrement s'agissant du contrôle des concentrations.

**Tableau 2 : Règles en vigueur en matière d'interdiction des abus de position dominante en Nouvelle-Calédonie, en Polynésie française et en France métropolitaine**

Nouvelle-Calédonie	Polynésie française	France métropolitaine
<p><b>Article Lp. 421-2 du Code de commerce de Nouvelle-Calédonie :</b></p> <p><i>Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article Lp. 421-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires, ainsi que dans la rupture des relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.</i></p> <p><i>Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article Lp. 442-6 ou en accords de gamme.</i></p>	<p><b>Article Lp. 200-2 du Code de la concurrence polynésien :</b></p> <p><i>Prohibition de l'exploitation abusive d'une position dominante – Est prohibée, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante.</i></p> <p><i>Ces abus peuvent notamment consister :</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <li><i>1° En refus de vente ;</i></li> <li><i>2° En ventes liées ;</i></li> <li><i>3° En la pratique de remises différées contraires aux dispositions en vigueur ;</i></li> <li><i>4° En pratiques discriminatoires ou déloyales ;</i></li> <li><i>5° En la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées ;</i></li> <li><i>6° En accords de gamme ;</i></li> <li><i>7° En l'imposition d'un prix d'achat anormalement bas à un partenaire commercial.</i></li> </ol>	<p><b>Article L. 420-2 du Code de commerce<sup>44</sup> :</b></p> <p><i>Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.</i></p> <p><i>Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées, en pratiques discriminatoires visées au I de l'article L. 442-6.</i></p>

44 À noter que cette disposition est également en principe directement applicable dans les collectivités relevant de l'article 73 de la Constitution du 4 octobre 1958 (Guadeloupe, Martinique, Réunion, etc.) en vertu du principe dit d'identité législative selon lequel les lois et règlements y sont appliqués de plein droit, étant entendu qu'ils peuvent faire l'objet « d'adaptations tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités ».

## II. ... NÉCESSAIREMENT ADAPTÉE AUX PARTICULARITÉS DES PETITES ÉCONOMIES

Le champ du contrôle des concentrations montre les limites d'une application identique des règles de concurrence dans les petites et grandes économies. En la matière, la Nouvelle-Zélande et l'Australie font preuve d'un réel pragmatisme et misent sur l'efficacité (A). Est-ce une approche qui gagnerait à être suivie dans d'autres petites économies ? La question mérite d'être posée. Quant aux seuils initiaux retenus pour le contrôle des concentrations en Nouvelle-Calédonie, ils doivent être questionnés et mettent en exergue la nécessité de prendre en compte les spécificités des petites économies dans l'application du droit de la concurrence (B).

### A. Une application nécessairement fondée sur l'efficacité et le pragmatisme : le cas de la Nouvelle-Zélande et de l'Australie

Un des domaines où la nécessité d'une application adaptée du droit de la concurrence dans les petites économies se manifeste avec le plus de visibilité est le contrôle des concentrations. Avant tout, parce que l'opportunité d'introduire un tel contrôle dans les petites économies se pose, alors que le sujet n'est pas même évoqué dans les grandes économies. Ainsi, certains s'interrogent sur la nécessité de mettre en place un contrôle des concentrations dans une petite économie, se demandant notamment si ces marchés ne sont pas trop petits pour qu'une telle procédure fonctionne vraiment<sup>45</sup>. Ils soulignent le fait que, dans une petite économie, les marchés étant nécessairement et naturellement très concentrés, il est préférable de se focaliser davantage sur les comportements anticoncurrentiels pouvant résulter de cette situation de concentration du marché. D'autres à l'inverse se déclarent largement favorables à l'introduction d'une procédure de contrôle des concentrations dans les petites économies, estimant que de telles règles sont d'autant plus nécessaires que les autorités de concurrence ont parfois des moyens et ressources limités, et qu'il peut en conséquence leur être plus difficile d'agir par la suite contre des pratiques anticoncurrentielles<sup>46</sup>. Ils soulignent que le contrôle des concentrations permet par ailleurs de prévenir en amont des conditions propices à une coordination oligopolistique.

Et si un contrôle des concentrations est introduit dans une petite économie, se pose la question d'un régime de notification volontaire ou obligatoire. La Nouvelle-Zélande considère qu'un régime de concentration obligatoire pour les entreprises crée du travail additionnel non nécessaire pour ces dernières comme pour l'autorité<sup>47</sup>. L'autorité de la concurrence de Singapour estime également qu'un régime volontaire évite l'augmentation des coûts de procédure pour les petites entreprises et le retard dans la prise de décisions importantes pouvant résulter d'investigations de concurrence poussées<sup>48</sup>.

45 F. Fayot, art. préc. Dans cet article, l'auteur s'interroge notamment sur l'opportunité d'un contrôle des concentrations dans le Luxembourg.

46 C. Webb, "One size may not fit all – merger control in small market economies", in *Small economies and competition policy – A fair deal?*, *Concurrences*, n° 3-2008, art. n° 19945.

47 International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", art. préc., p. 37.

48 International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", art. préc., p. 37.

En matière de contrôle des concentrations dans une petite économie, une approche au cas par cas qui accorderait une large place à l'efficacité, se révèle bien souvent nécessaire<sup>49</sup>. Cela représente certes un surcroît de travail pour les autorités de concurrence, mais une telle approche garantit de réels bénéfices tant pour les entreprises que pour les consommateurs. Ainsi, par exemple, les grandes économies ont adopté des présomptions légales selon lesquelles la détention d'une part de marché excédant un certain pourcentage vaut commencement de preuve de son illégalité<sup>50</sup> ou, à tout le moins, se révélerait problématique. C'est notamment le cas de l'Union européenne. La grille d'analyse de la Commission en matière de parts de marché, paramètres qui « donnent souvent une première indication utile sur la structure du marché et sur l'importance, sous l'angle de la concurrence, des parties à la concentration et de leurs concurrents »<sup>51</sup>, est résumée aux points 17 et 18 de ses lignes directrices en matière de concentrations horizontales<sup>52</sup> (ci-après les lignes directrices) :

- en dessous de 25 % de parts de marché, il existe une présomption d'absence de problème de concurrence<sup>53</sup>;
- la zone comprise entre 25 % et 40 % constitue une zone grise, sans présomption particulière;
- la Commission considère qu'une opération de concentration ayant pour effet de porter la part de marché à 40-50 % entraînerait la création ou le renforcement d'une position dominante (point 17 des Lignes directrices);
- les Lignes directrices indiquent qu'« une part de marché particulièrement élevée – 50 % et plus – peut en elle-même constituer la preuve de l'existence d'une position dominante sur le marché » (point 17 des Lignes directrices).

Une telle approche pourrait se révéler dommageable dans de petites économies car elle pourrait impliquer que des fusions accroissant l'efficacité ne seraient jamais autorisées si une des parties à la fusion détenait une certaine part de marché.

C'est pourquoi l'on pourrait considérer que, si le droit de la concurrence dans les économies de petite taille doit contenir les mêmes éléments que dans les économies de grande taille<sup>54</sup>, il ne devrait en revanche pas forcément adopter toutes les présomptions, les règles communément admises et préceptes employés par les grandes économies (sauf pour les comportements clairement illégaux comme les ententes)<sup>55</sup>.

49 M. Gal, "The unique challenges of small economies", art. préc. À noter que, pour Michal Gal, une telle approche ne concerne pas uniquement le contrôle des concentrations, mais l'application du droit de la concurrence dans les petites économies plus généralement.

50 M. Gal, "The unique challenges of small economies", art. préc.

51 Lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, JO C 31 du 5 février 2004, Point 14.

52 [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205\(02\)&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=FR).

53 « Les concentrations qui, en raison de la part de marché limitée des entreprises concernées, ne sont pas susceptibles d'entraver une concurrence effective, peuvent être présumées compatibles avec le marché commun. Sans préjudice des articles 81 et 82 du traité, une telle indication existe notamment lorsque la part de marché des entreprises concernées ne dépasse 25 % ni dans le marché commun ni dans une partie substantielle de celui-ci. » (Point 18 des lignes directrices.) : voir lignes directrices, Point 18.

54 Voir la première partie de notre article.

55 M. Gal, *op. cit.*

En matière de contrôle des concentrations notamment, il peut être nécessaire de procéder à un équilibre entre les gains potentiels d'efficacité et les effets négatifs d'une concurrence réduite.

On peut du reste lire une invitation (ou incitation ?) à procéder de la sorte au travers de l'article Lp. 431-6 du Code de commerce de Nouvelle-Calédonie, qui rappelle qu'en phase d'examen approfondi, dans le cadre d'une procédure d'analyse d'une opération de concentration, l'autorité calédonienne de la concurrence « apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence ». L'on retrouve cette même disposition dans le Code de la concurrence polynésien (article Lp. 310-6). Les autorités locales de concurrence pourraient s'en saisir pour prendre en compte les spécificités locales lors de l'application des règles relatives au contrôle des concentrations.

En raison des caractéristiques des économies de petite taille (forte concentration et entreprises fonctionnant en dessous de l'échelle d'efficacité minimale), il pourrait être opportun pour ces économies d'adopter des règles de concurrence plus tolérantes à l'égard des fusions ou d'autres accords anticoncurrentiels susceptibles d'apporter des avantages pour les consommateurs. L'adaptation des règles de concurrence aux spécificités locales pourrait également se faire, plus simplement, par les autorités locales de concurrence, lors de la mise en œuvre du droit. Dotées d'un bon arsenal juridique, ayant connaissance des spécificités locales, elles sont peut-être les mieux à même de mener cette tâche délicate. Ainsi, par exemple, si après une concentration horizontale les prix pratiqués par la structure sont inférieurs à ceux pratiqués auparavant, les consommateurs en bénéficieraient et la concentration aurait tout intérêt à être autorisée<sup>56</sup>. Cela implique certes une diminution de concurrence, mais qui *in fine* profite – paradoxalement ? – aux consommateurs.

La Nouvelle-Zélande, Singapour et l'Australie notamment accordent, dans l'application du droit de la concurrence, une large place à l'efficacité et font preuve d'un réel pragmatisme. À titre d'exemple, la Nouvelle-Zélande a des seuils de parts de marché relativement élevés pour indiquer une position dominante<sup>57</sup>, probablement pour prendre en compte le fait qu'un certain degré de concentration est inévitable dans les petites économies. La Nouvelle-Zélande peut ainsi être amenée à autoriser des opérations de concentration avec de fortes parts de marché. Elle le fera si les bénéfices pour les consommateurs sont supérieurs aux inconvénients qui découlent de la diminution de concurrence (à condition que les gains soient clairs, quantifiables, que cela se matérialise dans un délai raisonnable, etc.)<sup>58</sup>. On retrouve une approche similaire en Australie, son système juridique peut autoriser des transactions si leur effet restrictif sur la concurrence est (largement) compensé par d'autres avantages importants (comme la substitution des importations et l'accroissement de la valeur réelle des exportations)<sup>59</sup>. L'on peut se demander si une telle approche gagnerait à être introduite dans les droits calédoniens et polynésiens.

56 M. Gal, "The unique challenges of small economies", art. préc.

57 International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", art. préc., p. 35.

58 International competition network, "Special project for the 8th annual conference, Competition law in small economies", art. préc., p. 21.

59 OCDE, « Forum mondial sur la concurrence, Les économies de petite taille et la politique de la concurrence : un document de référence », *op. cit.*

## B. La question des seuils dans le contrôle des concentrations à l'épreuve des spécificités d'une petite économie : le cas de la Nouvelle-Calédonie

Si un contrôle des concentrations est mis en place dans une petite économie, les seuils doivent nécessairement y être différents par rapport aux grandes économies, comme on peut le constater en comparant les droits métropolitain, calédonien et français.

Tableau 3 : Les seuils en Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et France métropolitaine

Nouvelle-Calédonie	Polynésie française	France métropolitaine	France métropolitaine
<b>Recommandations de l'Autorité en 2012<sup>60</sup></b>	<b>Seuils applicables</b> (article Lp. 431-2 du Code de commerce de NC)	<b>Seuils applicables</b> (article Lp. 310-2 du Code de la concurrence polynésien)	<b>Seuils applicables</b> (article L. 430-2 du Code de commerce)
<p>Une opération est notifiable à la <b>double condition</b> que le CA hors taxes (HT) de l'ensemble des parties excède <b>10 milliards Francs CFP</b> (84 millions €) et que le CA HT réalisé individuellement par deux au moins des entreprises concernées excède <b>1,7 milliards Francs CFP</b> (14 millions €).</p> <p>En matière de distribution, ce deuxième seuil serait abaissé à <b>90 millions Francs CFP</b> (7,5 millions €)<sup>61</sup>.</p>	<p>Une opération est notifiable à l'autorité locale de la concurrence à la double condition que le CA total de l'ensemble des parties en NC soit supérieur à <b>1,2 milliards Francs CFP</b> et que <b>2 au moins des entreprises réalisent un CA en NC au moins égal à 200 millions Francs CFP</b>.</p>	<p>Une opération est notifiable à la <b>double condition</b> que le CA HT de l'ensemble des parties excède <b>2 milliards Francs CFP</b> (soit environ 17 millions €) et que le CA total HT réalisé individuellement par au moins deux parties<sup>62</sup> en PF excède <b>500 millions Francs CFP</b> (soit environ 4 millions €).</p>	<p>Une opération est notifiable à la <b>double condition</b> que le CA total mondial HT des parties concernées excède <b>150 millions €</b> (soit environ 18 milliards Francs CFP) et que le CA total HT réalisé en France par deux au moins des entreprises excède <b>50 millions €</b> (soit environ 6 milliards Francs CFP)<sup>63</sup>.</p>

Les seuils initialement retenus en Nouvelle-Calédonie (une opération devait être notifiée si l'ensemble des parties réalisaient en Nouvelle-Calédonie un chiffre d'affaires supérieur

60 « Rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie établi par Mme Geneviève Wibaux », 21 septembre 2012.

61 L'Autorité précise que cela concernerait en principe des magasins d'une surface de 600 m<sup>2</sup> : rapport de l'Autorité de la concurrence relatif aux structures de contrôle en matière de concurrence en Nouvelle-Calédonie, op. cit., point 92.

62 S'il a pu, dans la rédaction initiale du code de la concurrence polynésien, subsister un doute quant au nombre de parties concernées par ce deuxième seuil, ce doute a été levé par l'autorité polynésienne de la concurrence, et notamment par son communiqué en date du 4 octobre 2017 : ce seuil concerne bien deux parties.

63 L'opération ne doit par ailleurs pas entrer dans le champ d'application du règlement (CE) n° 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

à 600 millions F CFP et que deux au moins des parties réalisaient un chiffre d'affaires en Nouvelle-Calédonie) étaient relativement bas, notamment comparés aux préconisations de l'Autorité en 2012 et aux seuils pratiqués chez sa voisine polynésienne.

Dans la mesure où il est primordial que les petites économies puissent atteindre un certain degré de concentration afin que les entreprises réalisent des économies d'échelle, l'on ne peut que se réjouir que les seuils de notification calédoniens aient été revus à la hausse. Cela permet également à l'Autorité de la concurrence de pouvoir mieux répartir son temps de travail et ses ressources. Certes, augmenter les seuils déclencheurs du contrôle des concentrations peut favoriser l'avènement d'entreprises plus importantes, éventuellement déjà en situation de position dominante. L'autorité calédonienne de la concurrence ne s'en trouve pas pour autant démunie. Rappelons en effet qu'à l'issue de la phase 1, l'autorité de la concurrence calédonienne peut toujours « autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties » (article Lp. 431-5 du Code de commerce de Nouvelle-Calédonie)<sup>64</sup>. À l'issue de la phase 2, l'autorité locale peut également « autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence » (article Lp. 431-7 du code de commerce de Nouvelle-Calédonie)<sup>65</sup>. Non seulement l'autorité de la concurrence calédonienne peut agir en amont de l'opération, mais elle peut également intervenir a posteriori dans le cadre de l'article Lp. 431-8 du Code de commerce local<sup>66</sup>. En effet, si l'autorité de la concurrence calédonienne constate que des engagements souscrits dans le cadre d'une opération de concentration n'ont pas été respectés, elle peut retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération<sup>67</sup>. Les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. Elle peut également, avec astreinte, enjoindre aux parties de respecter les engagements ayant conditionné l'autorisation de procéder à l'opération. L'Autorité de la concurrence de Nouvelle-Calédonie peut également infliger des sanctions pécuniaires aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée (pour les personnes morales : 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en Nouvelle-Calédonie lors du dernier exercice clos; pour les personnes physiques : 175 000 F CFP).

## CONCLUSION

Le droit de la concurrence dans les petites économies : une affaire de destin commun ?

Pour que le droit de la concurrence fonctionne efficacement dans une petite économie, une autorité de la concurrence indépendante est indispensable. Nous ne pouvons que saluer la mise en place d'une telle autorité en Nouvelle-Calédonie. Mais cela ne saurait suffire. Une volonté politique d'accompagner la mise en place et la diffusion du droit de la concurrence,

64 La même disposition existe en droit polynésien (article Lp. 310-5 du Code de la concurrence polynésien).

65 La même disposition existe en droit polynésien (article Lp. 310-7 du Code de la concurrence polynésien).

66 Inspiré de l'article L. 430-8 du Code de commerce métropolitain.

67 Ce fut le cas en métropole dans l'affaire Canal Plus/TPS : l'Autorité a retiré la décision d'autorisation qui avait été donnée par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie le 30 août 2006 (Décision n° 11-D-12 du 20 septembre 2011).

des entreprises qui jouent le jeu, des consommateurs réceptifs et bien informés, l'existence d'associations de consommateurs sont également des éléments nécessaires au bon fonctionnement d'un droit et d'une politique de la concurrence dans les petites économies. En somme, en Nouvelle-Calédonie comme dans d'autres petites économies, le droit de la concurrence est une affaire de destin commun.

## QUEL DROIT POUR LES ENTREPRISES EN NOUVELLE-CALÉDONIE – PROPOS CONCLUSIFS

**Marie Caffin-Moi**

Université de Cergy-Pontoise

202

L'avenir de la Nouvelle-Calédonie apparaît plein de promesses au terme des deux jours occupés par le colloque. Délivrer un « propos conclusif » à l'aube d'une belle histoire n'est donc pas une tâche simple. La Nouvelle-Calédonie semble, en effet, avoir toutes les cartes en main pour se construire le droit des entreprises qu'elle souhaite.

Pour introduire cette conclusion, il convient d'abord de remercier le Président Lagadec, qui est sans aucun doute à la manœuvre lorsqu'il s'agit de dynamiser l'UNC, laquelle peut se vanter d'avoir développé des Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, une fondation, un CFA, un dispositif Pépite, un Fablab numérique... Nous pouvons ensuite remercier le LARJE et sa directrice, Catherine Ris, laquelle a apporté, avec Jérôme Baray, un regard d'économiste très précieux sur les entreprises calédoniennes, livrant une passionnante enquête de terrain. Leur intervention a parfaitement montré pour quelles raisons, rationnelles, il est délicat d'entreprendre en Nouvelle-Calédonie. Il faut enfin, mais surtout, remercier Matthieu Buchberger pour avoir organisé ce colloque sur un sujet vivifiant, ouvrant à ses collègues métropolitains une fenêtre sur un droit passionnant et, plus accessoirement, sur des paysages qu'à 16 000 km, ils n'ont pas coutume de voir.

**Quel droit pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie ?** La question n'appelait peut-être pas une réponse univoque. Évidemment, on souhaiterait un droit favorable à ses destinataires que sont les entreprises, un droit adapté aux besoins des entrepreneurs. Mais est-ce suffisant ? Assurément non, tant le droit doit tenir compte d'autres intérêts. Il y a ceux des parties prenantes : les partenaires commerciaux, les salariés, les consommateurs. Mais il y a aussi les intérêts du marché, ceux de l'État, ceux des générations futures, autrement dit, l'intérêt général. L'entreprise est contrainte, parce qu'elle fait partie d'un système, dans lequel les tensions sont légion, comme l'ont montré la plupart des interventions à ce colloque. Dès lors, l'avenir est orienté vers la recherche du meilleur équilibre entre tous les intérêts concernés. À ce titre, ce colloque a été très instructif. Il s'est agi de montrer, d'une part, de quelle manière le droit pouvait être au service des entreprises (I) et, d'autre part, en contrepoint, d'étudier dans quelle mesure les entreprises calédoniennes nourrissent des craintes, qu'il est important d'apaiser, face au développement du droit des entreprises (II).

### **I. LE DROIT AU SERVICE DE L'ENTREPRISE CALÉDONIENNE : DIMENSIONS INTERNE ET INTERNATIONALE**

La première journée de ce colloque a été consacrée à une étude sous toutes leurs coutures des liens entre l'entreprise calédonienne et le droit. L'objectif était de voir de quelle manière le droit peut servir les intérêts de l'entreprise, tant dans une perspective interne que dans une dimension internationale.

Concernant la dimension interne, les choses ne sont pas simples en raison de la pluralité des sources : règles de droit local, règles métropolitaines étendues, règles coutumières. Sans compter, comme l'a montré Charline Tafani au sujet du droit bancaire, les réglementations extérieures, internationales, européennes, qui ne s'appliquent pas nécessairement, mais ont un impact évident sur le droit calédonien. Cette pluralité complique singulièrement les choses pour les entreprises et, plus largement, pour les acteurs économiques. Toutefois, les intervenants ont montré des belles réalisations ou perspectives d'évolution. Que ce soit en droit calédonien ou en droit coutumier.

Au rang des réalisations en droit calédonien, nous pouvons mentionner la réglementation du bail rural, négociée avec l'ensemble des parties prenantes, en prenant en compte, comme l'a démontré Thierry Raobelina<sup>1</sup>, les spécificités des questions du foncier agricole en Nouvelle-Calédonie. Grâce à la compétence transférée en droit civil et commercial, il a été possible de faire un texte sur le bail rural satisfaisant pour le territoire. La création du contrat type de bail rural semble répondre particulièrement bien à l'une des difficultés évoquées : celle de l'accès aux outils juridiques. Le dispositif fiscal, quant à lui, joue nécessairement son rôle incitatif au service du foncier agricole. Cet exemple du bail rural montre que la Nouvelle-Calédonie sait se saisir des outils juridiques au service de son développement économique. Et il est intéressant de constater que cela essaime ensuite sur le droit coutumier, ce qui fait espérer une forme d'harmonisation sur certains sujets.

Au titre des perspectives en droit calédonien, la question de l'accès au crédit est tout aussi intéressante. S'il a été démontré que, globalement, l'accès au crédit est correct en Nouvelle-Calédonie, les intervenants ont pointé des difficultés et des moyens d'y remédier. Jean-David Naudet<sup>2</sup> a évoqué l'insuffisance du crédit aux TPE, qui sont une large partie du tissu économique, dès lors que 90 % des entreprises sont des entreprises intermédiaires. M. Naudet a montré de quelle manière les modes de financement alternatif pourraient faciliter l'accès au crédit des très petites entreprises. La création de plateformes de financement participatif sur le territoire est une piste extrêmement intéressante, sans doute à même de compenser les insuffisances de la *love money* sur le territoire. Retenons aussi la proposition de Charline Tafani de sécuriser le système des enchères pour le recouvrement du crédit. Par un effet ricochet, cette sécurisation des banques entraînerait une facilitation du crédit aux entreprises. Ceci pourrait également permettre, comme l'a montré Maître Bernigaud, de faciliter la transmission d'entreprise. Sur ce dernier point, la proposition d'extension du pacte Dutreil en Nouvelle-Calédonie pourrait sans doute fournir une clé. Nous avons encore écouté avec intérêt la proposition de Jenny Buchan que le droit se munisse d'un dispositif de protection du franchisé, qu'elle appelle « le consommateur d'affaires ». La Nouvelle-Calédonie pourrait utiliser le transfert de compétence à cette fin, afin d'obtenir une meilleure protection du franchisé.

Les interventions sur le droit coutumier, évidemment peu coutumier – sans mauvais jeu de mots – pour les juristes de métropole, ont été particulièrement riches. Les défis sont multiples, mais le terreau est fertile. Didier Poidyalwane<sup>3</sup> a très bien montré comme l'entreprise en terre coutumière était un véritable enjeu dès lors que 27 % des terres sont soumises aux coutumes.

1 <https://www.youtube.com/watch?v=2ArTZUWc-ng>

2 [https://www.youtube.com/watch?v=Qtkcyn8\\_NeE&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=5](https://www.youtube.com/watch?v=Qtkcyn8_NeE&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=5)

3 <https://www.youtube.com/watch?v=4vcsxdWl8Wg&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=10>

Cela résulte entre autres, comme nous l'a dit Rezza Wamytan<sup>4</sup>, de la réappropriation des terres par l'intermédiaire des GDPL. Monsieur Poidyaliwane a également évoqué l'exode des populations vers les zones urbaines et les risques de fragilisation des équilibres de la société kanak. Il a conclu son propos par la nécessité de miser sur l'agriculture vivrière, d'améliorer les échanges entre les terres coutumières et les zones urbaines, sur fond de prise en compte des questions environnementales et écologiques qui pourraient drainer de l'emploi. Ici encore, beaucoup reste à faire pour améliorer les relations entre les entreprises et le droit coutumier.

Mais alors qu'à mesure des interventions, grandissait le sentiment que tout était possible, Matthieu Buchberger, tel un trouble-fête, est venu nous livrer ses doutes quant à la possibilité pour les entrepreneurs coutumiers d'utiliser les structures juridiques de droit commun. Trouble-fête à son tour, Nadège Meyer a fait un constat proche de celui de Matthieu Buchberger sur la question spécifique des congés coutumiers, laquelle a donné lieu à la loi du pays du 28 mai 2018. En voulant prendre en compte la coutume dans la relation de travail, par la reconnaissance du congé pour responsabilité coutumière, le législateur aurait peut-être créé une forme de discrimination sans l'avoir suffisamment encadrée. Ce qui montre la difficulté pour le droit calédonien de prendre en compte les réalités de la société kanak sans violer le principe de l'égalité de traitement.

Finalement, les premiers défis majeurs pour permettre le développement des entreprises en droit coutumier seraient peut-être déjà de clarifier le droit applicable, par des règles de conflit internes, puis, de permettre à la société kanak de maintenir ses traditions et ses spécificités en accord avec le droit du pays. Ce serait enfin de rendre le droit coutumier plus complet et plus accessible. L'exemple des GDPL montre, en effet, que la liberté d'organisation sur terre coutumière n'est pas nécessairement un avantage. Elle peut aussi être un handicap. Rezza Wamytan a déploré le manque de définition, de cadre des GDPL. Les institutions coutumières se verraient sans doute paradoxalement libérées par l'adoption d'un statut.

Finalement, tout est question d'équilibre. Le vif débat dans la salle a parfaitement montré que l'enjeu est celui de la compétitivité des entreprises, à mettre en balance avec la prise en compte de la coutume.

Concernant la dimension internationale, Christine Bidaud a montré les difficultés d'applicabilité des normes internationales. Il est, en effet, parfois difficile de déterminer si certaines conventions internationales de droit matériel s'appliquent aux contrats internationaux conclus en Nouvelle-Calédonie. La situation de la Nouvelle-Calédonie au regard du droit européen est également source de difficultés. Ainsi, tant la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 que la convention de Rome du 19 juin 1980 demeurent applicables en Nouvelle-Calédonie, alors qu'elles ont été remplacées par les règlements de Bruxelles et de Rome en métropole. Il faut dès lors appliquer le droit antérieur, issu des conventions, en lieu et place des règlements. Christine Bidaud a exprimé une crainte bien légitime du frein ainsi constitué au développement du commerce international en Nouvelle-Calédonie. D'autant que comme elle l'a parfaitement montré, il est pour le moins étrange de continuer à appliquer un droit que l'on n'applique plus en métropole parce qu'on y a fait évoluer le modèle. Sans compter les problèmes que cela pose dans la rédaction des clauses d'*electio juris*. Le risque

4 <https://www.youtube.com/watch?v=aUDfloMTToQI&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=11>

est sans doute que les partenaires commerciaux nourrissent un certain nombre de craintes lorsqu'ils envisagent de commercer avec les entreprises calédoniennes. Ces insuffisances du commerce international pourraient sans doute être comblées, par un travail important de création de cadre juridique à destination des contrats internationaux. Là encore, les institutions calédoniennes devront, à l'avenir, impérativement se saisir de ces questions.

En attendant, il est rassurant de voir que des accords commerciaux existent et se développent dans la zone pacifique. François Bockel<sup>5</sup> a montré qu'ils constituent sans doute des opportunités pour la Nouvelle-Calédonie qui n'est actuellement pas membre de ces accords. Toutefois, et c'est la contrepartie, l'appartenance à cette zone commerciale Pacifique entraînerait un risque accru de concurrence. Mais ce risque est aussi sans doute un bienfait, car cette concurrence nouvelle pourrait avoir un effet positif d'entraînement et de dynamisation du territoire.

Pour conclure cette première journée, c'est la question du protectionnisme qui a été abordée, sous l'œil vigilant de la Présidente de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie. Comme l'a rappelé Flavie Texier<sup>6</sup>, de nombreuses règles limitent les importations, considérées par certains comme une menace pour l'économie locale. Trop ou trop peu de protections ? Telle est la question centrale du riche débat entre Divy Bartra, Édouard Calvet, Cherifa Linossier et Éric Chevrot. Chacun a défendu sa position et en est résulté une attente : que l'Université de la Nouvelle-Calédonie se saisisse de l'étude des effets objectifs du protectionnisme, afin d'éclairer les choix politiques. En attendant, le rapport de la Nouvelle-Calédonie avec la dimension internationale est ambigu. L'internationalisation est une opportunité à saisir pour le développement des entreprises, mais constitue aussi un danger pour l'économie locale. C'est donc encore une fois la recherche de l'équilibre qui devra guider l'ouverture internationale.

## II. LES ENTREPRISES FACE AU DROIT : CRAINTES ET OPPORTUNITÉS

L'idée de crainte face au développement des normes juridiques domine encore les parties prenantes en droit de l'entreprise. L'entreprise apparaît en Nouvelle-Calédonie enserrée dans certains étau, issus de diverses branches du droit. Mais ne sont-ils pas également autant d'opportunités à saisir ? C'est la question à laquelle les intervenants de la seconde journée de colloque ont tenté de répondre.

Nadège Meyer a, à ce titre, évoqué les liens entre l'entreprise et le droit du travail, et s'est particulièrement interrogée sur la pertinence de s'inspirer en Nouvelle-Calédonie des ordonnances Macron. La question est nécessairement idéologique, voire politique, car la question sous-jacente est de savoir si l'on veut libérer l'entreprise ou protéger davantage les salariés. La Nouvelle-Calédonie a devant elle la possibilité de choisir le droit du travail le plus adapté pour elle. Nadège Meyer a proposé de reprendre certaines dispositions des ordonnances Macron, et en particulier celles qui conduisent à libérer l'entreprise des risques de contentieux notamment liés à la méconnaissance de la technicité des lois du travail. Elle se montre

<sup>5</sup> <https://www.youtube.com/watch?v=OkmFTVA5J4c&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=13>  
<sup>6</sup> [https://www.youtube.com/watch?v=BF\\_-vOCvUqA&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=14](https://www.youtube.com/watch?v=BF_-vOCvUqA&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=14)

en revanche plus prudente quant à la transposition des règles visant à accroître la place des accords collectifs, car cette évolution supposerait au préalable de développer la culture de la négociation collective, mais également – et surtout – une volonté politique en ce sens qui ne lui semble pas à ce jour avoir la force de l'évidence.

Jacques Leta Naquila<sup>7</sup> a montré que derrière les craintes que peuvent susciter les procédures collectives, celles-ci ont en réalité de grandes vertus, dont la principale est l'anticipation des difficultés pour l'entreprise. Autrefois infamantes, ces procédures sont devenues une béquille pour l'entrepreneur dans leur dimension de prévention. C'est l'aspect micro-économique. Mais il a également évoqué un aspect plus macro-économique, dès lors que le droit des entreprises en difficulté permet également d'éviter qu'un secteur économique entier ne se grippe. Même constat pour Cécile Martini, concernant le droit de l'environnement, qui n'est pas qu'une contrainte, même proportionnée, comme elle nous l'a expliqué<sup>8</sup>. Dans le *hot spot* que constitue la Nouvelle-Calédonie, le droit de l'environnement est aussi et surtout une grande opportunité pour les entreprises, puisque la préservation de la nature, ici comme ailleurs, charrie avec elle d'incalculables opportunités d'affaires.

Cécile Duval a ensuite montré comment « faire avec » la fiscalité d'une part, et comment profiter de la fiscalité d'autre part, dans sa dimension incitative. La fiscalité est certes une contrainte, mais elle est aussi un levier pour les entreprises. Et elle l'est en Nouvelle-Calédonie dès lors que certains investissements peuvent bénéficier d'une double aide de la métropole et du droit calédonien. Toutefois, Cécile Duval a tempéré le propos en évoquant des insuffisances du droit fiscal local, qui prive les entreprises de certaines opportunités. Citons par exemple l'absence locale du régime mère fille. Qu'une société mère ne puisse bénéficier de ce régime favorable est sans aucun doute une aberration dans un contexte de recherche de développement du territoire. Le constat de Lionel Bauvalet est tout aussi contrasté. Si la TGC est un levier de compétitivité pour les entreprises et permet d'améliorer leur trésorerie, elle induit cependant des charges nouvelles pour les entreprises, mobilisées pour recouvrer l'impôt.

Pour conclure cette seconde journée, nous avons réfléchi ensemble aux nouveaux défis du droit de l'entreprise en Nouvelle-Calédonie. À ce titre, Olympe de Bailliencourt a magistralement expliqué de quelle manière il fallait comprendre et appliquer les nouvelles mesures sur les bénéficiaires effectifs, en droit des sociétés. Le défi ici est déjà, si j'en juge à l'effervescence dans les cabinets d'avocats en métropole sur ce sujet, d'interpréter le texte et ses ambiguïtés, d'en combler les lacunes. Les praticiens locaux seront donc avisés de surveiller les évolutions du dispositif en métropole, afin de le transposer si besoin en Nouvelle-Calédonie. Pour ma part, j'ai tenté de montrer que la simplification en métropole restait à ce jour une illusion. Mais finalement, la marge de progression est très élevée ici, en Nouvelle-Calédonie, si l'on entend prudemment la simplification comme un mouvement formel, destiné à améliorer l'accessibilité du droit.

Au titre des nouveaux défis, faut-il ajouter l'adoption de la nouvelle réglementation sur les données personnelles, le RGPD ? Oui, a répondu Céline Castets-Renard, par le truchement

7 <https://www.youtube.com/watch?v=X8RdZONDbhs&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=17>

8 <https://www.youtube.com/watch?v=MeSwixJLO7c&list=PLJqRixIMtlnQIw9OZt2YCUSEY4oun1Aww&index=18>

de la loi du 20 juin 2018 et surtout de l'ordonnance du 12 décembre 2018. Si ce règlement constitue une contrainte pour les entreprises, concède-t-elle, la protection de la vie privée est particulièrement importante sur un petit territoire. Enfin, Virginie Cramésnil de Laleu s'est interrogée sur la question de savoir si le droit de la concurrence est un atout ou une menace pour la Nouvelle-Calédonie. Elle y voit une opportunité, pensant que l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie doit être vue comme un partenaire de l'entreprise. Maître Moyrand l'a confirmé, en évoquant la spécificité du droit de la concurrence dans les « petites économies », à condition, nous a-t-elle dit, de savoir l'adapter.

Finalement, si le droit métropolitain des entreprises peut servir de laboratoire au droit calédonien, le droit calédonien est quant à lui un formidable terrain de jeux pour les juristes. C'est à eux de se saisir de la question de l'avenir des entreprises calédoniennes, ce que Matthieu Buchberger avait compris en organisant ce colloque. Quel avenir pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie ? Nous avons, en réponse à cette belle question, posé d'innombrables sous questions. Mais je crois tout de même que nous pouvons désormais répondre : l'avenir appartient à la Nouvelle-Calédonie si elle parvient à faire tomber l'épouvantail que représente la crainte d'un droit figé depuis le transfert de compétence. Son avenir sera, à ce prix, celui qu'elle choisira pour ses entreprises.



## LES AUTEURS

Jérôme Baray

Professeur en sciences de gestion à l'Université Paris-Est Créteil Val-de-Marne, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, chercheur au LARJE.

Lionel Bauvalet

Chargé de mission TGC, direction des services fiscaux.

Philippe Bernigaud

Notaire Associé à Nouméa.

Christine Bidaud

Professeur des universités, Centre de droit de la famille – équipe Louis Josserand, Université Jean Moulin – Lyon 3, en délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie jusqu'en 2019.

J. Buchan

Professor of Business Law in the Business School at UNSW Sydney, spécialisée en droit de la franchise.

Matthieu Buchberger

Maître de conférences à l'Université Paris 2 (Panthéon-Assas). En délégation à l'Université de la Nouvelle-Calédonie de 2016 à 2020. Membre de l'IRDA. Membre associé du LARJE.

Céline Castets-Renard

Professeur de droit privé, Université Toulouse Capitole, membre de l'Institut universitaire de France, directrice du master Droit du numérique, directrice adjointe de l'IRDEIC – Centre d'excellence Jean-Monnet.

Olympe de Baillencourt

Professeur à l'Université Bourgogne Franche-Comté, CRJFC-EA3225.

Marie Caffin-Moi

Professeure à l'Université de CY Cergy Paris Université.

Virginie Cramensnil-de-Laleu

Rapporteuse générale de l'Autorité de la concurrence de la Nouvelle-Calédonie.

Cécile Duval

Cabinet douanier et fiscal (CDF).

Nadège Meyer

Maître de conférences en droit privé, membre du LARJE, Université de la Nouvelle-Calédonie.

Anaïs Moyrand

Juriste concurrence et contrats à la Caisse des dépôts et consignations.

Catherine Ris

Professeure en sciences économiques à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, chercheur au LARJE.

210

---

Charline Tafani

Conseillère patrimoniale (BCI Banque privée).



Seules presses universitaires francophones du Pacifique, et les toutes premières du monde outre-mer francophone, les Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie (PUNC) ont vocation à contribuer à l'édition d'ouvrages et de revues à caractère scientifique. Elles sont un outil de diffusion et de promotion de travaux de recherche – notamment conduits à l'université de la Nouvelle-Calédonie – qui présentent un intérêt pour la Nouvelle-Calédonie et au-delà pour l'Océanie. Elles entendent également favoriser l'accès en Nouvelle-Calédonie à des ouvrages de référence à partir d'une politique de traduction et de réédition. Les PUNC ont, par ailleurs, pour ambition de faire connaître la recherche francophone au sein de la région Pacifique et au-delà par la mise en place d'une politique de communication bilingue et de coéditions.

**La collection LARJE**, Laboratoire de Recherches Juridique et Économique, est l'une des quatre collections que compte aujourd'hui les PUNC.

Cette collection entend valoriser des travaux de recherche originaux portant sur la Nouvelle-Calédonie et son environnement régional, notamment à partir des axes de recherche identifiés au sein de l'équipe du LARJE, rattachée à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, ou encore de ceux du Consortium pour la Recherche, l'Enseignement Supérieur et l'Innovation en Nouvelle-Calédonie (CRESICA) ou du Pacific Islands Universities Research Network (PIURN).

Elle a pour ambition de favoriser l'édition et la diffusion de travaux prenant notamment en compte un facteur majeur du Pacifique Sud, le multiculturalisme, qui impacte les règles normatives, l'économie autant que la gestion.

Dans le domaine du droit, en relation au multiculturalisme, le pluralisme juridique est un des thèmes majeurs mis en lumière dans cette collection car il suppose de repenser en permanence les modèles de création, d'intégration ou d'articulation des normes, comme il influe sur la place et le rôle respectifs des institutions locales et de l'État dans une région (Pacifique Sud) où coexistent différents modèles de gouvernance.

Les travaux en économie concernent prioritairement la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis-et-Futuna, ainsi que leur environnement régional. Les axes majeurs de ces recherches sont les ressources (actuelles et futures), le développement durable, le rééquilibrage économique, social et humain, ainsi que les modèles de développement dans des contextes d'éloignement ou d'émancipation vis-à-vis de la métropole.

Dans le domaine de la gestion, les axes de recherche portent essentiellement sur l'impact du multiculturalisme au niveau du management des ressources humaines, plus généralement sur la recherche d'outils d'intermédiation entre les modèles océaniens et internationaux.

Les PUNC : <https://unc.nc/recherche/presses-universitaires/presentation/>

- Directeur : Jean-Marc Boyer
- Responsable éditoriale et coordinatrice : Françoise Cayrol
- Directeur de la collection LARJE : Samuel Gorohouna

Popai est un prix littéraire initié par madame Déwé Gorodey, alors vice-présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et attribué dans le cadre du SILO. Véritable gage de qualité pour les livres primés, les prix sont attribués par un jury de professionnels du livre et de la culture.

## COLLECTION LARJE

*Quelle insertion économique régionale pour les territoires français du Pacifique ?*

Gaël Lagadec (dir.), Jeremy Ellero, Étienne Farvaque, 2016

*L'indépendance des universités en Nouvelle-Calédonie*

Mathias Chauchat (dir.), 2017

*Le droit de la santé en Nouvelle-Calédonie : de la médecine traditionnelle à la bioéthique*

Guyène Nicolas (dir.), 2017

*La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*

Étienne Cornut et Pascale Deumier (dir.), 2018

*L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*

Jean-Marc Boyer, Mathias Chauchat, Géraldine Giraudeau,  
Samuel Gorohouna, Caroline Gravelat et Catherine Ris (dir.), 2018

*La Nouvelle-Calédonie face à la crise des finances publiques*

Manuel Tirard (dir.), 2019

*Quelle économie pour la Nouvelle-Calédonie après la période référendaire ?*

Samuel Gorohouna (dir.), 2019

*Précis de droit civil coutumier kanak (4<sup>e</sup> édition) avec un lexique coutumier et un lexique des « faux-amis »*

Antoine Leca, en coédition avec les Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2019

*L'identité et le droit. Perspectives calédoniennes, nationales et internationales*

Christine Bidaud (dir.), 2020

*Les enjeux territoriaux du Pacifique*

Géraldine Giraudeau (dir.), 2021

*Understanding New Caledonia*

Caroline Gravelat (dir.), 2021

*Quel droit pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie ?*

Matthieu Buchberger (dir.), 2021



## COLLECTION LIRE

*L'école calédonienne du destin commun*

Stéphane Minvielle (dir.), 2018

*Langues et Cultures Océaniques, École et Famille : Regards croisés*

Rodica Ailincăi et Séverine Ferrière (dir.), 2021



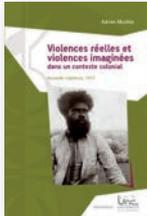


## COLLECTION RÉSONANCES

*Le réveil kanak*

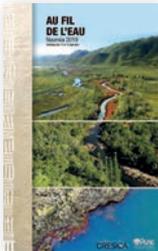
*La montée du nationalisme en Nouvelle-Calédonie*

David Chappell, 2017 (Coédition avec les éditions Madrépores)



*Violences réelles et violences imaginées*

Adrian Muckle, 2018



## COLLECTION CRESICA

*Au fil de l'eau*

*Nouméa 2019*

Workshop des 17 et 18 septembre,  
2020

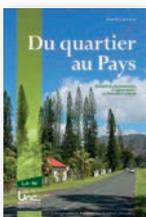
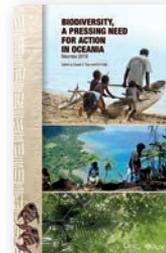


*Biodiversité, un besoin urgent d'action en océanie*

Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2020

*Biodiversity, a pressing need for action in oceania*

Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2019



## COLLECTION La-Ni

*Du quartier au Pays, Sociabilités pluriculturelles et appartenance  
en Nouvelle-Calédonie*

Benoît Carteron, 2020



*Sous le ciel de l'exil*

*Autobiographie poétique de Marius Julien, forçat de Nouvelle-Calédonie*

Gwénael Murphy, Louis Lagarde, Eddy Banaré,  
avec la contribution d'Aurélia Rabah Ben Aïssa,  
2020

# NOS ÉDITIONS, NOTRE RAYONNEMENT SCIENTIFIQUE



## Les presses universitaires de Nouvelle-Calédonie :

- Actes de colloques
- Monographies • Revues scientifiques
- Manuels pédagogiques
- Traductions d'ouvrages de référence sur la Nouvelle-Calédonie

**Unc**  
UNIVERSITÉ  
de la  
NOUVELLE-CALÉDONIE

**Punc**  
PRESSES UNIVERSITAIRES  
DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

**ULTIMO GLOBAL.**

Achevé d'imprimer sur les presses de Ultimo Global - Décembre 2021



# QUEL DROIT POUR LES ENTREPRISES EN NOUVELLE-CALÉDONIE ?

ACTES DU COLLOQUE INTERNATIONAL DES 27 ET 28 SEPTEMBRE 2018, UNC

Sous la direction de **Matthieu Buchberger**

Quel droit pour les entreprises en Nouvelle-Calédonie ? Si l'on se place du point de vue de l'entreprise, la réponse est simple. Le droit se doit d'être efficace, sécurisant, stable et favorable à la création et au développement des entreprises. Cependant, même lorsque l'intérêt des entreprises est l'objectif du législateur, sa mise en œuvre concrète se révèle complexe, voire contreproductive. De plus, la défense de l'intérêt des entreprises n'est pas le but exclusif du droit, qui tend de façon plus globale à protéger l'intérêt général. Les règles de droit peuvent alors être perçues par les entreprises comme des obstacles au développement de leur activité.

Droit favorable aux entreprises ou droit contrariant leurs intérêts ? Ces deux grands axes ont articulé les deux journées du colloque des 27 et 28 septembre 2018, auxquelles ont participé des représentants du monde universitaire, des praticiens et spécialistes du droit des entreprises, ainsi que des entrepreneurs.

Au fil des différentes interventions de la première journée, des pistes ont été dessinées pour améliorer le droit en faveur des entreprises, en prenant en considération les spécificités liées à l'existence du droit coutumier et les enjeux du commerce international. Les interventions de la seconde journée ont davantage eu pour ambition d'expliquer la raison d'être de règles qui semblent – parfois à tort – contrarier les intérêts des entreprises. Sur ce point, un intérêt tout particulier a été porté aux nouveaux défis que doivent relever les entreprises calédoniennes : TGC, bénéficiaires effectifs, protection des données personnelles et respect du droit de la concurrence.

Il reste à espérer que les riches contributions et propositions formulées au cours de ce colloque soient entendues par le législateur calédonien, afin d'améliorer le droit applicable aux entreprises en Nouvelle-Calédonie.



ISBN : 979-10-91032-19-3



9 791091 032193