UNIVERSITÉ PARIS 13 - Villetaneuse
ÉCOLE DOCTORALE DE SCIENCES JURIDIQUES, ÉCONOMIQUES ET DE GESTION

L'ÉMANCIPATION DU DROIT DU TRAVAIL CALÉDONIEN

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT PRIVÉ

Présentée et soutenue publiquement le : 16 octobre 2013

Joanes LOUIS

Sous la direction de Monsieur Pascal LOKIEC,

Professeur à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense

MEMBRES DU JURY

Monsieur Pascal LOKIEC,

Professeur de droit privé à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense, **Directeur**.

Monsieur Arnaud MARTINON,

Professeur de droit privé à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne, **Rapporteur.**

Monsieur Guillaume TUSSEAU,

Professeur de droit public à Sciences Po Paris, **Rapporteur.**

Monsieur Jean-Yves FABERON,

Professeur honoraire de droit public.

Monsieur Laurent GAMET,

Maître de Conférences en droit privé-HDR à l'Université Paris XIII – Villetaneuse.

Monsieur Ismael OMARJEE,

Maître de conférences en droit privé-HDR à l'Université Paris Ouest Nanterre La Défense.

Résumé :

Le droit de l'Outre-mer est une discipline qui intéresse le plus souvent les spécialistes du droit public. L'intérêt des publicistes pour le droit outre-marin ne date pas d'aujourd'hui ; il a commencé dès le XVIIème siècle. Cela a permis à l'État métropolitain de mettre en place une politique de conquête des espaces ultra-marins. Très tôt, ces recherches, menées par les Professeurs Gonidec, Luchère et Lampué ont montré que la conception de l'État unitaire retenue par la France pour son organisation constitutionnelle rencontre des limites ; cela résulte de l'éloignement géographique de ces territoires, des spécificités historiques, culturelles et sociologiques des peuples autochtones.

L'émancipation du droit du travail est un sujet qui semble être étranger au droit public ; en principe cette discipline relève du droit privé. Mais dans le contexte calédonien, ces affirmations devront être nuancées dans la mesure où l'on ne pourra pas exclure l'apport de la recherche des publicistes. En effet la Nouvelle-Calédonie, depuis l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, est qualifiée d'entité sui generis et, à ce titre, rentre dans un processus d'indépendance.

Celle-ci s'organise en deux temps. Dans la première phase de ce processus, l'État métropolitain transfère un ensemble de compétences aux autorités calédoniennes. Dans la seconde phase, un référendum d'autodétermination est organisé pour demander aux citoyens calédoniens s'ils souhaitent transférer ou non les compétences régaliennes (la défense, la politique étrangère, la justice) détenues par l'État à la Nouvelle-Calédonie.

Dans le cadre de ce processus, l'article 21 de la Loi organique du 19 mars 1999 transfère à la Nouvelle-Calédonie une compétence exclusive dans le droit du travail ; le pouvoir métropolitain ne pourra plus participer à la détermination des normes applicables aux salariés dans le champ du droit du travail sur le territoire.

Notre réflexion portera essentiellement sur le droit du travail en Nouvelle-Calédonie, mais ne se limitera pas exclusivement sur ce transfert ; car cette notion est trop restreinte pour qualifier cette nouvelle réalité institutionnelle. C'est la raison pour laquelle le terme d'émancipation est plus approprié et plus pertinent, car il permet de présenter les deux réalités que recouvre le droit du travail en Nouvelle-Calédonie. La première est l'autonomie qui conduit à une summa divisio du pouvoir normatif dans le droit local du travail. Dans ce système, le pouvoir métropolitain dispose d'une compétence exclusive pour fixer le Jus commune et le pouvoir local est titulaire du Jus proprium pour établir les règles se situant en

dehors du Jus commune. La seconde est l'indépendance qui accorde une compétence exclusive à un pouvoir pour déterminer l'ensemble des normes opposables aux personnes rentrant dans son champ d'application.

Dans le premier cas comme dans le second cas, deux problèmes se posent. Le premier concerne les incertitudes relatives à l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie. Cette situation se répercutera sur l'émancipation du droit du travail. Le second problème concerne la méthode. Est-il possible de recourir au droit comparé pour analyser le sujet alors que la Nouvelle-Calédonie, pour certains auteurs, est une partie intégrante de la République malgré son statut particulier prévu par l'article 76 de la Constitution ? Pour aborder le sujet, le droit comparé sera nécessaire car il existe bien des points de convergences entre le droit du travail métropolitain et calédonien ; toutefois des divergences subsistent.

En conclusion, l'émancipation du droit du travail permet de mettre en lumière toute la complexité de ce territoire où la question de l'identité est très forte. Mais, c'est peut-être par le droit du travail que la Nouvelle-Calédonie trouvera la réponse tant pour son avenir institutionnel que pour son modèle social. En effet le droit du travail est une discipline qui oblige les oppositions à créer un dialogue permanent pour garantir la paix sociale dans l'entreprise et dans la société.

Mots-clés : Accord de Nouméa - Loi organique de 1999 - jus commune - jus proprium - summa divisio - droit local - transfert de compétences - droit du travail - article 76 de la Constitution - indépendance - autonomie - compétences régaliennes.

Substract :

The law of the Overseas is a discipline that most often concerns the public law specialists. Their interest for that discipline began in the 17th century and helped the metropolitan State to implement a policy to conquest the overseas territories. Early, the researchs led by Professor Gonidec, Luchère and Lampué showed the limits of the United State used by France as constutional organisation, due to the great distance between all those territorites, and the historical, cultural and sociological differences with the natives.

The labour law emanciaption seems to have no link with the public law. It is normally a part of the private law. But in the caledonian situation, that principle is not that right because of the importance of the researchs from the public lawers. In fact, New Caledonia is considered as a "sui generis" entity since May the 5th, 1998 and started then an independence process.

The independence process is divided in 2 parts. First, the metropolitan State transfers a set of powers to the local authorities.
Then, a referendum is set up to ask if the caledonian citizens want the metropolitan State to transfer the sovereign powers (army, foreign policy, justice...) to New Caledonia.

In this process, the article 21 of the organic Law of march the 19th, 1999 gave to New Caledonia an exclusive jurisdiction for the labour law, so that the metropolitan State do not participate anymore in the making of the caledonian labour law.

My thesis will be focused on the labour law of New Caledonia, but not only on that transfer of jurisdiction that can't describe the reality of that situaiton. That's why the word "emancipation" is more convenient because there are actually two different realities linked to the labour law in New Caledonia. The first one is related to the independence that lead to a summa divisio of the normative power inside the local labour law: the metropolitain Statekeep the exclusive jurisdiction to determine the Jus commune, and the local power can fix the Jus proprium. The second one is the independence that lead to an exclusive jurisdiction to set all the rights related to people of the territory.

In the two cases, there are two problems. The first problem is a doubt about the institutions of New Caledonia in the future. The second problem is about the method: can we use the comparative law method even if New Caledonia is, for some specialists, still part of the French Republic despite the special status given by the article 76 of the Constitution ? It seems that the comparative law method is necessary because there are some similar points between the metropolitan labour law and the caledonian labour law.

To conclude, because that emancipation of the labour law, it is possible to bring out how complex is that territory, where the identity question is very important. But, in the opposite way, it is probably thanks to the labour law, that needs the oppositions to maintain a permanent contact and discuss to keep the social peace inside the companies and in the all society, that New Caledonia will be able to find how could be its institutional and social systems in the future.

Keywords : The organic Law of 1999 - jus commune - jus proprium - summa divisio - local power - exclusive jurisdiction – Labour law - article 76 of the Constitution - independence - autonomy - sovereign powers.

L'Université Paris 13- Villetaneuse n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans la présente thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Je tiens à remercier Monsieur le Professeur Pascal LOKIEC qui a accepté de diriger ce travail de recherche.

Ses conseils avisés, sa disponibilité m'ont été très utiles pour l'achèvement de cette étude.

Je le remercie du fond du cœur pour sa confiance en moi.
Qu'il veuille trouver ici l'expression de ma sincère et grande reconnaissance.

Mes remerciements sont aussi adressés au Professeur Antoine LYON-CAEN qui a eu confiance en moi en m'orientant chaleureusement vers le Professeur Pascal LOKIEC.

Je tiens à remercier les membres du jury qui ont accepté d'être présents pour la soutenance de ma thèse.

Dédicaces

« À ma famille, »

« À Florence, »

et

« À Solène, Peggy, Nathalie, Mélina, Khadija, Lewis, Guy, Éric, Charles, Jean-Marc, Louis-Georges, KENNETH, CHEICKNAH, Mamadou Ba, Pierre Cauvin, À toute l'équipe de la DTE de Nouméa, À l'ensemble des bibliothécaires universitaires et mes amis (es) qui ont apporté soutien et investissement ».

et

« Un remerciement chaleureux pour ces trois femmes d'exception qui ont été toujours présentes à mes côtés, Anne-Carmen, Émilia, Loïse ».

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Aff.	:	Affaire.
A.J.	:	Actualité juridique.
Al.	:	Alinéa.
Art.	:	Article.
Ass. Plén.	:	Assemblée Plénière de la Cour de Cassation.
Bull. civ	:	Bulletin des arrêts de la Chambre Civile.
Bull. crim	:	Bulletin des arrêts de la Chambre Commerciale.
C.A	:	Cour d'Appel.
Cah. Dr. Entr	:	Cahier de Droit de l'Entreprise.
C. Civ	:	Code civil.
C. trav.	:	Code travail.
Cah. Prud'h	:	Cahier Prud'homaux.
C.E	:	Conseil d'Etat.
CEDH	:	Cour Européenne des Droits de l'Homme.
Cf	:	Confer.
C. pén	:	Code pénal.
Civ	:	Cour de Cassation, Chambre civile.
Chr	:	Chronique.
CJCE	:	Cour de Justice des Communautés Européennes.
Coll	:	Collection.
Com	:	Cour de Cassation, Chambre commerciale.
COM	:	Collectivité d'outre-mer.
Comm	:	Commentaire.
Concl	:	Conclusions.
C.C	:	Conseil Constitutionnel.
Crim	:	Cour de Cassation, Chambre criminelle.
CSBP	:	Cahiers Sociaux du Barreau de Paris.
DDHC	:	Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen.
D.	:	Recueil Dalloz.
Déc.	:	Décision.
Doctr.	:	Doctrine.
D.S.	:	Droit Social.
DOM.	:	Département d'outre-mer.
DROM.	:	Département et région d'outre-mer.
Dr. Trav.	:	Droit du travail.
Ed.	:	Edition.
Gaz. Pal.	:	Gazette du Palais, Paris.
.R.	:	Informations Rapides, Recueil Dalloz.
JCP, E.	:	Semaine juridique, édition Entreprise.

JCP, G.	:	Semaine juridique, édition Générale.
JCP, S.	:	Semaine juridique, édition Sociale.
JDI.	:	Journal du Droit International (Clunet).
JO.	:	Journal Officiel.
JO AN.	:	Journal officiel de l'Assemblée Nationale.
JOCE	:	Journal Officiel des Communautés Européennes.
JSL.	:	Journal Social Lamy.
Jurisp.	:	Jurisprudence.
LGDJ	:	Librairie générale de droit et de jurisprudence.
L.	:	Loi.
Loc. cit.	:	Loco citato, article cité.
LPA.	:	Les Petites Affiches.
NCPC.	:	Nouveau Code de Procédure Civile.
Obs.	:	Observations.
ONU.	:	Organisation des Nations unies.
Op. cit.	:	Opere citato, ouvrage cité.
POM	:	Pays d'outre-mer.
Préc.	:	Précité.
Préf.	:	Préface.
PTOM	:	Pays et territoires d'outre-mer.
Rapp.	:	Rapport.
RDT.	:	Revue de Droit du travail.
Rép. Civ.	:	Répertoire de Droit Civil.
Rép. Trav.	:	Répertoire de Droit du travail. Dalloz.
R.I.T	:	Revue Internationale du travail.
RJS	:	Revue de Jurisprudence Sociale.
RTD Civ.	:	Revue Trimestriel de Droit Civil.
RTD Com.	:	Revue Trimestriel de Droit comparé.
RPDS.	:	Revue Pratique de Droit social.
SSL.	:	Semaine Sociale Lamy.
Soc.	:	Cour de cassation, Chambre sociale.
Somm.	:	Sommaire.
TGI.	:	Tribunal de Grande Instance.
TOM	:	Territoire d'outre-mer.
Trib. corr.	:	Tribunal Correctionnel.
V.	:	Voir.

SOMMAIRE

PARTIE 1) L'AUTONOMIE DU DROIT DU TRAVAIL

TITRE I : Un droit local sous tutelle

CHAPITRE 1 : La tutelle du Gouverneur calédonien et du pouvoir législatif

SECTION 1 : Le régime législatif du droit local
SECTION 2 : La prééminence du pouvoir législatif

CHAPITRE 2 : Les limites de la tutelle

SECTION 1 : Une tutelle de transition
SECTION 2 : Une extension du droit du travail métropolitain

TITRE II : L'ordonnance du 13 novembre 1985, les prémices d'une autonomie

CHAPITRE 1 : L'apparition d'un jus proprium dans le droit local

SECTION 1 : La portée de l'ordonnance du 13 novembre 1985
SECTION 2 : L'extension des pouvoirs des autorités locales

CHAPITRE 2 : Les limites du jus proprium

SECTION 1 : Les principes directeurs du droit du travail
SECTION 2 : Les interprétations jurisprudentielles

PARTIE 2) L'INDÉPENDANCE DU DROIT DU TRAVAIL

TITRE I : L'Accord de Nouméa, fondement de l'indépendance

CHAPITRE 1 : Le transfert irréversible des compétences

SECTION 1 : Les enjeux de la loi organique du 19 mars 1999
SECTION 2 : Les nouveaux acteurs

CHAPITRE 2 : Les limites de l'indépendance

SECTION 1 : Le respect des normes internes
SECTION 2 : Le respect des normes internationales et communautaires

TITRE 2 : Le Code du travail, fondement de l'indépendance

CHAPITRE 1 : Un Code du travail en période de transition

SECTION 1 : Une codification d'inspiration métropolitaine
SECTION 2 : Un texte fondateur dans la construction de la citoyenneté calédonienne

CHAPITRE 2 : L'apport des principes fondamentaux métropolitains

SECTION 1 : Un droit du travail d'inspiration métropolitaine
SECTION 2 : Les limites de la convergence

« Sans connaissance du sens des mots, on ne pourrait comprendre les hommes. »

Les entretiens de Confucius et de ses disciples, introduction, traduction, notes et commentaires par A. Lévy, Paris, Flammarion, 1994, p.132.

INTRODUCTION

1. Les indépendances des colonies[1] dans les années 1960 ont marqué l'histoire nationale de ces pays. Mais on a tendance à oublier que celles-ci ont aussi fortement touché toutes les branches du droit national. En effet, qui se souvient de l'École Nationale de l'Outre-mer[2] (ÉNAFOM) qui avait pour vocation, telle l'École Nationale de l'Administration plus connue sous l'ÉNA, de former les Hauts fonctionnaires pour la gestion de ces colonies ? Qui se souvient encore de l'école de Droit de Dakar qui formait les spécialistes du droit de l'Outre-mer ? Et pourtant, malgré ces bouleversements politiques, historiques, institutionnels, le droit de l'Outre-mer n'a pas complètement disparu de l'ordre juridique interne. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux articles 73 et 74 de la Constitution qui prévoient un régime juridique particulier, spécifique pour les Départements et les Régions d'Outre-mer (DROM) et les Collectivités d'Outre-mer[3] (COM).

2. La Constitution du 4 octobre 1958 va plus loin, puisqu'elle aménage dans son titre XIII des dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie, objet de notre étude. Pour être plus précis, celle-ci portera sur l'émancipation du droit du travail. En effet, il est important de circonscrire le sujet car, depuis les années 1980, ce territoire fait l'objet

---

[1] L'année 2011 a été marquée par la célébration des cinquantenaires de l'indépendance des pays africains regroupés sous l'Afrique occidentale française (AOF) et l'Afrique équatoriale française (AEF). Sur le bilan des indépendances, voir M. Maylin, G. Laffont, J.-P. Elong-Mbassi : *Indépendances africaines : le cinquantenaire*, France, Gemenos : Les Portes du soleil, 2010 ; T. Charlier Yannopoulos, *Bilan des indépendances africaines*, Paris : Fondation nationale des sciences politiques, centre d'études des relations internationales, 1970.

[2] Créée par le décret du 21 décembre 1934, elle remplace l'école coloniale. Les Magistrats étaient formés dans la section magistrature de l'Ecole coloniale, créée en 1905. L'Ecole de Droit de Dakar a été fondée en 1949. Pour une analyse approfondie cf Armelle Enders, *L'École Nationale de la France d'Outre-mer et la formation des administrateurs coloniaux*, *Revue d'histoire moderne et contemporaine (1954)*, T. 40e, N°. 2 (Avril-Juin., 1993), pp. 272-288 ; Association des anciens élèves de l'École nationale de la France d'Outre-mer (Paris), *L'administrateur colonial cet inconnu : étude historique sociologique d'une promotion de l'École Nationale de la France d'Outre-mer*, Paris ; Montréal : L'Harmattan 1998.

[3] Pour une version électronique de la Constitution du 4 octobre 1958 cf site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/texte-integral-de-la-constitution-du-4-octobre-1958-en-vigueur.5074.html.

d'une recherche très riche et diversifiée dans le domaine de l'histoire, de l'anthropologie[4], mais il est très éloigné de cette étude. Et pourtant le droit public a une place particulière en Nouvelle-Calédonie car, très tôt les spécialistes de la discipline, les constitutionnalistes[5], ont manifesté un grand intérêt pour ce territoire qui a un lien particulier avec la France. Ils ont peut être été les premiers à montrer que ce territoire si éloigné de la métropole allait bouleverser notre rapport à l'État contemporain, au pouvoir et modifierait considérablement l'ordre constitutionnel de l'État français. Car durant la période des indépendances des pays du continent africain, la situation de la Nouvelle-Calédonie, possession française depuis le 24 septembre 1853, était restée en suspend. Avec la signature de l'Accord de Nouméa le 5 mai 1998, le pouvoir métropolitain admet le fait colonial et ouvre une nouvelle page qui aura des conséquences institutionnelles sur la Nouvelle-Calédonie. Cette situation impactera directement notre champ de réflexion, le droit du travail, en l'occurrence l'émancipation de celui-ci en Nouvelle-Calédonie.

Avant de présenter l'architecture de notre recherche (III), il sera nécessaire de poser le cadre institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, marqué par une incertitude (I), résultant de la polysémie de la notion d'émancipation (II).

---

[4] Le régime spécifique des collectivités d'Outre-mer par rapport aux autres collectivités de la métropole a donné naissance à une science juridique très riche et très élaborée. Cf Pouvoirs, n°113, 2005, "L'Outre-mer"; Revue française de droit administratif 2007, n°4, dossier Outre-mer.

[5] J.-Y. Faberon, J. Ziller, G. Agniel, J.-P. Elong-Mbassi ; bien avant ces auteurs rappelons les travaux extraordinaires des auteurs tels que Y. Gonidec, P. Lampué, G. Conac qui ont contribué à construire ce droit et montré toute son originalité.

I) LA NOUVELLE-CALÉDONIE, INCERTITUDES STATUTAIRES

3. La Nouvelle-Calédonie est une possession française depuis 1853[6]. Bien avant cela, elle est découverte par le premier européen Thomas Cook[7] le 4 septembre 1774 et rattachée à la couronne britannique. Mais à la différence des anciennes colonies, ce territoire a toujours eu une place singulière par rapport aux autres colonies car elle est destinée à devenir dans le projet colonial une terre de bagne[8]. Ce n'est qu'après l'adoption de la Constitution du 27 octobre 1946 que le pouvoir métropolitain modifie le régime statutaire de la Nouvelle-Calédonie (A) qui aboutira, avec l'Accord de Nouméa, à la transformer en une entité sui generis (B).

A) La Nouvelle-Calédonie, un territoire sous statut

4. Le statut est une notion souvent employée dans le langage juridique. Il renvoie aussi bien au droit privé qu'au droit public. Pour la Nouvelle-Calédonie, cette notion occupe une place importante dans sa construction institutionnelle. Aussi observe-t-on que, derrière la notion de statut, se cache en réalité l'expression du pouvoir métropolitain (1) qui n'a pas su, depuis 1853, apporter la stabilité statutaire au territoire et au citoyen de l'île (2).

1) La primauté du pouvoir métropolitain

5. Le statut se définit comme « un ensemble cohérent de catégorie des règles

---

[6] Les anglais n'ont pas accordé beaucoup d'importance à cette colonie que Thomas Cook a baptisée New-Caledonia. Ils ont mis l'accent sur la colonisation de l'Australie. Ce territoire est un comptoir leur permettant de se ravitailler avant d'arriver en Australie. Napoléon III a pris ce territoire aux anglais afin de restaurer le prestige de la France sur la scène internationale.

[7] Il est né en 1728 à Marton et il est mort le 14 février 1779 lors de sa troisième expédition vers les îles Sandwich appelées aujourd'hui Hawaï. Navigateur reconnu et respecté, il a joué un rôle dans la connaissance et la navigation du Pacifique.

[8] Située à plus de 15. 000 km, les prisonniers politiques, les personnes condamnées pour les crimes les plus graves étaient envoyées dans cette colonie pour exécuter leur peine de prison. Certains d'entre eux, après l'exécution de leurs peines, avaient l'obligation de rester sur le territoire. En échange, l'Administration pénitententiaire leur concédait une terre à exploiter.

applicables à une catégorie de personnes (statut des gens mariés) ou d'agents (statut des fonctionnaires) ou à une institution (statut des collectivités locales) et qui en déterminent, pour l'essentiel, la condition et le régime juridique »[9] .

L'une des missions principales du statut est de garantir la protection de la partie considérée comme la plus faible en contrôlant et limitant les prérogatives du titulaire du pouvoir. Comme le souligne certains auteurs : « celui-ci est extérieur aux parties et son contenu est indépendant des volontés individuelles des intéressés »[10]. Appliqué à une institution, le statut n'aurait pas le même sens, il exprimerait plutôt l'auctoritas du pouvoir de l'État face à des institutions concurrentes, titulaires elles aussi d'un pouvoir[11].

6. La Nouvelle-Calédonie se retrouve dans une situation similaire. La conquête de ce territoire en 1853 sous le règne de Napoléon III manifeste la volonté unilatérale, d'un État face à un territoire peu peuplé et faiblement armé dans lequel la notion d'État au sens contemporain n'existe pas. Dès lors, la notion de statut a pour finalité d'assurer la domination de l'espace territorial en y incluant aussi la population.

7. Si on établit une synthèse des évolutions statutaires de la Nouvelle-Calédonie, trois éléments peuvent être retenus.

Le premier statut en date de 1853 est celui de la Possession. Ce qui signifie que ce territoire relève de la souveraineté exclusive française. Il est administré uniquement par le Gouverneur des établissements français du Pacifique qui occupe sa fonction à Tahiti[12]. Dans ce type de statut, la mission principale du Gouverneur est d'assurer la domination de l'État sur la population autochtone puisqu'il est le représentant exclusif du pouvoir exécutif, législatif et judiciaire. Il n'existe aucune assemblée délibérante pour représenter les intérêts des autochtones.

---

9 G. Cornu, *Vocabulaire juridique,* Association Henri Capitant, PUF.

10 P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004, p. 68.

11 Lors de sa découverte, la Nouvelle-Calédonie est peuplée de mélanésiens. La population était d'environ 40.000 personnes éparpillées sur l'ensemble du territoire. Ajoutons qu'il n'existe pas d'unité linguistique et institutionnelle entre les différentes tribus de l'île ; B. BROU, *histoire de la Nouvelle-Calédonie. 1, Préhistoire et société traditionnelle de la Nouvelle-Calédonie,* Nouméa, Société d'étude historique de la Nouvelle-Calédonie, 1977 ; Hollyman, K. James, *Études sur les langues du Nord de la Nouvelle-Calédonie,* Peeters, 1999, Paris. Louvain .

12 Le premier Gouverneur est le Contre-Amiral FEBVRIER-DESPOINTES qui occupe cette fonction du 24 septembre 1853 au 1er janvier 1854.

Le deuxième statut fait basculer la Nouvelle-Calédonie sous le régime de la colonie autonome en 1860. Le territoire se distingue des départements d'Outre-mer qui ont un régime juridique particulier[13]. En étant autonome, elle est administrée par un Gouverneur qui est le représentant de l'État et du pouvoir exécutif. Après avoir assuré son pouvoir sur l'espace territorial, ce statut met en place une colonie pénitentiaire[14]. Le rôle du Gouverneur consiste à administrer une « prison à ciel ouvert » et bien sûr à tout mettre en œuvre pour obliger les condamnés à rester sur le territoire[15]. Dans cette organisation statutaire, l'assemblée délibérante se compose d'une commission coloniale et d'un conseil général représentant les citoyens français issus essentiellement de l'administration pénitentiaire.

Le dernier statut mis en place par l'État français pour la Nouvelle-Calédonie est celui de territoire d'Outre-mer. Selon une définition du ministre de la France d'Outre-mer, Marius Moutet[16] : « les territoires d'Outre-mer reçoivent pour leur part un statut particulier ». En conséquence, ils sont régis par un ensemble de règles spécifiques qui les distingue des collectivités territoriales de la métropole et de celles des départements d'Outre-mer qui sont déterminées par la loi.

8. Entre ces trois statuts des nuances sont nécessaires. Les deux premiers montrent que l'ensemble des règles mises en place par l'État ont pour objectif de garantir la prééminence du Pouvoir sur la population autochtone et les condamnés de droit commun et politiques. Ce n'était pas un statut de protection mais un statut d'oppression qui niait les droits fondamentaux des résidents du territoire[17]. En revanche, le second statut est innovant puisqu'il devient protecteur.

Les autochtones, régis par le code de l'indigénat, accèdent à la citoyenneté française. Ainsi ils acquièrent les mêmes droits que les citoyens français vivant sur le territoire métropolitain. Il est pertinent d'observer que dans ce nouveau statut, l'État va limiter son pouvoir mais il n'y renonce pas entièrement. Cette situation de fait aura des

---

13 J.-Y. FABERON, J. Ziller, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, L.G.D.J, 2007 p. 39.

14 Cette colonie pénitentiaire est instaurée en 1864. Son objectif est de peupler le territoire, car le projet d'émigration volontaire de 1853 a échoué. Il y a peu de candidats à l'émigration. Des prisonniers de droit commun, des déportés politiques venus de l'Algérie et de la Commune de Paris sont les premières victimes de ce projet de colonisation.

15 Les transportés ont l'obligation de résider sur le territoire après l'exécution de leur peine . Les plus méritants peuvent prétendre à une concession de terre. Cf bibliographie

16 Ministre des colonies, il occupe une place importante après la seconde guerre mondiale dans l'amélioration des conditions des travailleurs des colonies. Il est le premier à proposer un code du travail applicable dans les territoires d'Outre-mer, plus connu sous le nom Code Moutet.

17 P.-F. GONIDEC, *Droit d'Outre-mer*, Montchrestien, 1959-1960.

conséquences pour la construction du « contrat social »[18] car cela conduira à une instabilité statutaire permanente de l'île.

2) Instabilité statutaire

9. La Nouvelle-Calédonie a connu 11 statuts successifs couvrant la période de 1946 à 1988. Elle est peut-être la collectivité territoriale ayant connu le plus de changements statutaires depuis l'avènement de la Ière République. Comment l'expliquer alors que la stabilité des institutions est la première base pour le développement d'un État, d'une Nation, d'une collectivité. Sans cette stabilité, il est impossible pour les citoyens, les agents économiques, d'avoir une sécurité juridique.

Pour trouver une réponse, il est nécessaire de revenir sur l'ancien article 74 de la Constitution de 1946 qui prévoyait un régime spécifique pour les territoires d'Outre-mer. Mais le pouvoir constituant ne l'a pas réellement défini ; ce vide juridique a permis au législateur de le modifier au regard de l'évolution politique du territoire.

La seconde raison résulte de la situation spécifique de la Nouvelle-Calédonie qui a retenu toute l'attention du pouvoir politique en métropole. Cela va plus loin, puisque l'État est devenu un médiateur dans un conflit spécifique au territoire[19].

Il n'existait pas dans la classe politique métropolitaine de consensus pour apporter une solution globale afin de résoudre les fortes oppositions entre les deux principales communautés[20] vivant sur le territoire et mettre en place une cohésion sociale et institutionnelle territoriale. Depuis 1981, les alternances politiques entre les deux principaux partis politiques métropolitains, le RPR, et le PS, ont eu des conséquences importantes sur la situation institutionnelle de l'île. Le PS était plus sensible aux revendications

---

[18] Dans un processus de colonisation, la notion de contrat social n'existe pas car c'est la volonté d'une puissance étrangère qui s'impose à l'ensemble du corps social. Le droit est utilisé comme un outil pour affirmer la puissance de l'Etat. Ce rapport de force est en totale opposition avec la pensée rousseauiste dans laquelle l'État est un compromis entre l'expression de volonté générale du peuple qui décide de lui attribuer certaines de ses prérogatives afin qu'il garantisse leur sécurité. J.-J. Rousseau, *Le contrat social*, Flammarion, 1966, p.50.

[19] La Nouvelle-Calédonie est une terre de contraste où vivent plusieurs communautés. Cette situation, spécifique à ce territoire, est parfois une source de tensions politiques, économiques et sociales. En effet, il existe une vision politique très différente entre les deux principales communautés sur le territoire. Les premières, les Kanaks, revendiquent une indépendance pour la Nouvelle-Calédonie. Les secondes, les caldoches, revendiquent un statut spécifique pour le territoire au sein des institutions de la République. Voir M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011, p. 17.

[20] Les caldoches est le terme qui qualifie les premiers habitants que la France a fait venir en Nouvelle-Calédonie. Les Kanaks est le terme qualifiant les autochtones qui sont les premiers habitants du territoire. Les Kanaks se composent de l'ensemble des tribus vivant sur le territoire.

indépendantistes tandis que le RPR défendait l'unité de la République ; ils ont contribué à accélérer cette instabilité statutaire.

10. Le présent travail n'aura pas pour objet d'analyser l'ensemble des statuts de la Nouvelle-Calédonie depuis 1853. Mais il s'intéressera particulièrement à la période allant de 1946[21] à 1988. Elle est importante car certains auteurs n'hésitent pas à la qualifier de période de yoyo[22] dans laquelle l'État est producteur de société[23].

Cela engendre des oppositions politiques qui se sont construites sur la base de deux courants. Le premier est celui de l'indépendance et le second courant s'y oppose catégoriquement[24]. En métropole, la classe politique s'est construite autour de ces deux axes. Ceci explique l'influence des alternances politiques sur le devenir statutaire du territoire provoquant une instabilité permanente.

11. Les statuts de la Nouvelle-Calédonie sont construits selon les deux courants politiques du territoire. Le premier[25], opposé à l'indépendance de l'île, a mis en place plusieurs statuts qui ont pour finalité d'accorder une prééminence au pouvoir exécutif, représenté par le Gouverneur. Celui-ci est assisté d'une assemblée territoriale avec des pouvoirs élargis et parfois amoindris. Cinq statuts ont été élaborés selon ces principes[26]. Dans ce courant émerge une autre force qualifiée d'autonomiste. Le premier est le statut Lemoine adopté par la loi du 6 septembre 1984. Le Haut-commissaire est le représentant de l'État. Par contre, le pouvoir exécutif est composé d'un Gouvernement présidé par un élu de

---

[21] La Constitution de 1946 permet à la Nouvelle-Calédonie et aux autres colonies d'accéder au régime des TOM. Certaines personnes soumises au code de l'indigénat ont pu, après la seconde guerre mondiale accéder au droit de vote. Ce n'est que le 22 juillet 1957 que l'ensemble des Kanaks y accèdent.

[22] J.-Y. Faberon, Préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie,* La Documentation française, 1997, intervention de M. Miaille, p. 29.

[23] J.-Y. Faberon, Préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie,* La Documentation française, 1997, intervention de G. Agniel, p. 41.

[24] D. Dommel, *La crise calédonienne : rémission ou guérison?,* L'harmattan, 1993; P.Néaoutyine, *L'indépendance au présent, identité kanak et destin commun : entretiens avec Jean-François Corral et André Némia / Paul Néaoutyine,* Syllepse, *2006.*

[25] Rappelons qu'avant la création du RPR le 5 décembre 1976, l'UDR représente le courant opposé à l'indépendance.

[26] 1) 1946 statut de TOM (constitution de 1946) ; 2) statut TOM de 1957 : mise en place d'un conseil de gouvernement présidé par le chef de territoire qui est de plein droit le Gouverneur ; 3) Loi 21 décembre 1963 dite loi Jacquinot. L'organisation institutionnelle est la même mais le pouvoir exécutif du Gouvernement est amoindri.

4) La loi du 3 janvier 1965 s'inscrit dans la continuité. Mais, cette fois-ci, elle réduit les pouvoirs de l'Assemblée territoriale ; 5) Loi du 28 décembre 1976 poursuit le même cadre.

l'Assemblée territoriale[27].

12. En revanche, le second courant favorable à l'indépendance[28] a crée trois statuts intermédiaires qui se donnent pour objectif de prévoir des statuts provisoires avant la mise en place d'un processus d'autodétermination. Le premier statut résulte de la loi du 23 août 1985 disparaissant au profit de l'Ordonnance du 20 septembre 1985, plus connu sous le nom de « statut Fabius-Pisani[29]». Cette ordonnance n'a pas pu être appliquée en raison des tensions politiques sur l'île[30]. Enfin le second statut est issu de la loi du 17 juillet 1986 dite statut Pons I.

13. Ces différents statuts ont impacté bien évidemment le droit local du travail. En effet, les incertitudes concernant l'avenir statutaire de l'île ont créé une insécurité juridique relative au processus d'émancipation du droit du travail. Dans le cadre du régime statutaire, le pouvoir métropolitain définit les axes du droit local du travail. Ainsi la question qui se pose sera de déterminer le degré d'émancipation du droit local par rapport au droit du travail métropolitain. S'inscrira-t-il dans une orientation autonomiste, indépendantiste ou d'assimilation ?

En raison de l'instabilité statutaire de la Nouvelle-Calédonie, des réponses seront apportées d'une manière indirecte. Ce n'est qu'avec les Accords de Matignon de 1988 et de Nouméa de 1998 exprimant, non pas le pouvoir unilatéral de la métropole, mais le consentement des citoyens du territoire, que des réponses seront proposées pour le devenir institutionnel, économique et social du territoire. La Nouvelle-Calédonie n'est plus une collectivité territoriale ou un Territoire d'Outre-mer (TOM) mais elle devient une entité sui generis devant construire son contrat social.

---

27 2ème) Loi du 17 juillet 1986 dite statut Pons I ; 3) Statut Pons II L. 22 janvier 1988.

28 En accédant au pouvoir en 1981, le PS a affirmé très tôt sa position pour une indépendance du territoire.

29 J.-Y. Faberon, *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, laboratoire de statuts de territoire d'Outre-mer, Nouméa : Société d'études historiques de Nouvelle-Calédonie,* 1992.

30 La Nouvelle-Calédonie était dans une phase de violence extrême. Les deux courants, (indépendantistes, républicains), avaient interrompu tout dialogue. Ainsi le FLNKS ne participe pas aux élections de 1984. Bien avant cela, le 19 septembre 1981, le secrétaire de l'Union calédonienne (favorable à l'indépendance) est assassiné.

B) La Nouvelle-Calédonie, une entité sui generis

14. En privilégiant une nouvelle approche basée sur l'Accord, le pouvoir métropolitain a ouvert la voie à une nouvelle méthode de résolution des conflits politiques sur le territoire. Les Accords de Matignon et de Nouméa mettent en évidence que l'État devient un médiateur (1) entre les divers courants politiques ; malgré cela, des incertitudes institutionnelles subsistent (2).

1) Les Accords de Matignon et de Nouméa

15. Depuis la conclusion de l'Accord de Matignon, le 26 juin 1988, la Nouvelle-Calédonie s'inscrit dans un processus de décolonisation qui la fera basculer dans un régime particulier n'ayant jamais existé auparavant. Il est intéressant d'observer que cet accord exprime un consensus tripartite entre l'État, les indépendantistes et les souverainistes[31]. L'Accord Oudinot du 20 août 1988 complète le précédent. Il pose quatre grands principes. Le premier est la consultation sur l'autodétermination. Le second principe est que cette consultation doit se réaliser dans un délai de dix ans. Le troisième principe conduit à la mise en place de nouvelles institutions. Le quatrième principe est le gel du corps électoral qui sera invité à se prononcer sur le référendum d'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie. Ces accords ont été confirmés par la loi référendaire du 9 novembre 1988[32].

16. L'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 poursuit les grands principes déterminés précédemment. Ainsi, comme le fait remarquer un auteur : « la Nouvelle-Calédonie est aujourd'hui engagée dans le maelström de la décolonisation, de la construction d'un pays et de l'émancipation »[33]. Cette émancipation est triple.

---

[31] J. Lafleur, J.-M. Tjibaou est né en 1936 à Tiendanite. C'est le principal leader politique des indépendantistes. Elu vice-président de l'Union calédonienne en 1977, il devient le porte-parole du courant indépendantiste. En Novembre 1984, J.-M. Tjibaou devient le représentant du front de libération nationale Kanak et socialiste (FLNKS) qui est créé en 1984. Dans la même année Il devient président du Gouvernement Provisoire de Kanaky. Après le drame d'Ouvéa qui a conduit, suite à un assaut, à la mort de plusieurs kanaks ayant pris en otage dans une grotte des gendarmes, il signe le 26 juin 1988 avec le Premier Ministre M. Rocard et J. Lafleur, représentant des anti-indépendantistes, les accords de Matignon. Le 4 mai 1989, le leader du FLKNS est assassiné.

[32] La participation fut de 37 %. Le texte fut adopté à 80% des suffrages exprimés ; voir jorf du 10 novembre 1988, p. 14123.

[33] M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.

Premièrement, elle est institutionnelle. En effet la loi constitutionnelle n°98-610 du 20 juillet 1998 relative à la Nouvelle-Calédonie a consacré cette émancipation. La Nouvelle-Calédonie n'est plus un TOM, ni une Collectivité d'Outre-mer (COM), ni un État car elle n'a pas tous les attributs de la souveraineté[34] qui relèvent de la compétence exclusive de l'État français selon l'article 21 de la loi organique du 19 mars 1999. Elle est devenue une entité sui generis possédant un régime juridique spécifique au sein des institutions de la République.

En tant qu'entité sui generis, la Nouvelle-Calédonie ayant la qualité de pays dispose d'institutions lui permettant d'avoir certains attributs de la souveraineté. Elle est dotée d'un pouvoir exécutif et d'un pouvoir législatif.

L'originalité de l'exécutif calédonien repose sur le principe de la collégialité. Ainsi l'article 128 de la loi organique du 19 mars 1999 prévoit que les membres du gouvernement composent le pouvoir exécutif. Il est élu par le congrès et il est responsable devant lui. Le gouvernement est chargé collégialement et solidairement des affaires de sa compétence. Les membres du gouvernement sont élus au scrutin de liste à la représentation proportionnelle suivant la règle de la plus forte moyenne. Celui-ci se compose de cinq à onze membres qui n'ont pas la qualité de ministre. Chacun des membres est nommé par le gouvernement pour gérer un secteur de l'administration. Cet organe doit élire son président et son vice-président[35]. Une fois que le gouvernement est élu par le congrès et que les président et vice-président sont élus, le représentant du pouvoir exécutif devra alors présenter une déclaration de politique générale devant le congrès. Ce gouvernement ne concentre pas tous les pouvoirs. La Nouvelle-Calédonie, devenue un pays en voie de décolonisation, dispose d'un Congrès représentant du pouvoir législatif.

Celui-ci est une assemblée délibérante. Il se compose de 54 membres qui sont les élus des conseillers provinciaux[36]. Cet organe élit pour un an son président. Celui-ci préside les séances du Congrès et exerce la police dans l'hémicycle. Il a pour mission de fixer l'ordre du jour des séances après avis du bureau et convoque les membres du Congrès.

Ses attributions sont importantes. C'est un organe majeur dans le processus de décolonisation. A ce titre, il dispose de la compétence de droit commun dans les domaines

---

34 Article 3.3 de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998.

35 M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.

36 La Nouvelle-Calédonie est divisée en 3 provinces qui ont chacune leur président, une assemblée. La première est la Province Nord qui comprend 15 élus, la seconde est la province Sud comprenant 32 élus et la dernière est la province des îles Loyauté comprenant 7 membres.

qui relèveront de la compétence de la Nouvelle-Calédonie. Le Gouvernement, quant à lui, sera titulaire d'une compétence d'attribution.

Parmi les autres compétences du Congrès, il devra voter les lois du pays, voter le budget et contrôler le pouvoir exécutif.

Le dernier organe est le Sénat coutumier. Il comprend 16 sénateurs coutumiers du pays. Ils ne sont pas élus mais désignés dans les 8 aires coutumières[37]. A la différence du Congrès, sa compétence est restreinte. Il est habilité à intervenir que pour les seules lois du pays relatives à sa propre composition et à celles visant les affaires coutumières[38].

17. Cette émancipation se matérialise dans les attributions de compétences respectives entre l'État et la Nouvelle-Calédonie. En effet, comment peut-on concevoir un régime institutionnel disposant d'un pouvoir exécutif et législatif sans que les représentants de ces pouvoirs ne puissent réellement l'exercer afin de choisir librement le destin de la Nouvelle-Calédonie ?

La deuxième question qui se pose est de déterminer la manière dont se réalisera ce transfert de compétences. Doit-il se réaliser en une seule fois ou doit-il être réparti dans le temps ? Si on s'inscrit dans la première hypothèse, l'État métropolitain ne conserve que les prérogatives régaliennes ; mais dans la seconde hypothèse, qui détermine les échéances de transferts de compétences ?

Le titre XIII de l'article 77 de la Constitution apporte un début de réponse. Ainsi celui-ci dispose que « après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre : les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci » .

On constate que le pouvoir constituant privilégie la seconde hypothèse qui prévoit un transfert progressif de compétences de l'État vers la Nouvelle-Calédonie.

---

[37] M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011. P. 92.

[38] Les signes identitaires, le statut civil coutumier, le régime des terres coutumières, les limites des aires coutumières. Voir article 143 de la loi organique du 19 mars 1999.

Bien avant ces dispositions constitutionnelles, l'Accord de Nouméa de 1998 avait déjà posé les bases du transfert de compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie.

Le point 3 de l'Accord divisait celles-ci en plusieurs phases. La première repose sur l'idée que certaines compétences seront transférées dès la mise en œuvre de la nouvelle organisation politique, tandis que d'autres le seront dans des étapes intermédiaires. La troisième phase est un partage de compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie. Enfin la dernière renvoie aux compétences régaliennes qui ne pourront être transférées qu'à l'issue d'un référendum.

Il est intéressant d'observer, dans le point 3 de l'Accord de Nouméa, la précision selon laquelle c'est le pouvoir législatif calédonien qui déterminera à la majorité qualifiée des trois cinquièmes, l'échéancier prévu des transferts de compétences, à l'exclusion des compétences de caractère régalien. Cette réforme institutionnelle a pour effet d'écarter progressivement et définitivement l'État métropolitain.

18. Cette émancipation touche un autre élément essentiel de l'État français. Pour la première fois, celui-ci va admettre que puisse exister une autre citoyenneté au sein de la République. En effet, le point 1 de l'accord consacre l'existence de l'identité kanak qui permettra aux personnes se réclamant de cette communauté d'être soumis au statut coutumier[39]. Cela permettra à ces derniers d'être régis par le droit coutumier et non des dispositions du code civil métropolitain. L'article 4 de la loi organique du 19 mars 1999 institue une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188. Cet élément est important dans le processus de transfert de compétences car cela justifiera le gel du corps électoral qui pourra être le seul à participer au référendum d'autodétermination pour le transfert des attributions régaliennes.

19. La notion d'émancipation dans le contexte calédonien met en évidence que cela conduit à construire un processus de décolonisation d'un territoire d'Outre-mer. Les Accords de Matignon et de Nouméa, suivis de la loi organique du 19 mars 1999, sont le socle de ce processus. Il est intéressant de constater que l'État est devenu un arbitre impartial, neutre entre les différents acteurs politiques de cette entité sui generis qu'est

[39] L'article 1 de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 reconnaît l'identité Kanak. Cela a pour effet que l'article 1.1 de l'accord consacre le statut coutumier.

devenue la Nouvelle-Calédonie. Il semblerait que les objectifs des Accords aient été atteints car la Nouvelle-Calédonie, depuis l'entrée en vigueur de ceux-ci, garde une stabilité institutionnelle, alors qu'auparavant les différents statuts imposés par le pouvoir métropolitain ont montré leurs limites. Malgré ces avancées, des zones d'ombre subsistent. Ainsi, le point 5 de l'Accord de Nouméa relatif à l'évolution de l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie pose les principes « de l'organisation » d'un référendum d'autodétermination du territoire. Mais l'histoire montre souvent que ce mode de scrutin recouvre toujours une part d'incertitude en raison de l'ambiguïté que recouvre la notion d'émancipation.

2) Les incertitudes institutionnelles

20. L'Accord de Matignon du 26 juin 1988 a posé les grands principes concernant l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie pour les vingt prochaines années à venir. Mais fixer un cap ne signifie nullement qu'il sera atteint. Soumis à l'analyse, on remarque que cet Accord ne parvient pas à cacher les antagonismes existant entre les divers groupes résidents et vivant sur l'île. Ainsi, selon l'Accord de Matignon, pour les uns, ce n'est que dans le cadre des institutions de la République française que l'évolution vers une Nouvelle-Calédonie harmonieuse pourra s'accomplir. Tandis que, pour les autres, il n'est envisageable de sortir de cette situation que par l'affirmation de la souveraineté et de l'indépendance.

Comme le résume l'Accord, l'affrontement de ces deux visions antagonistes a débouché jusqu'à une date récente sur une situation voisine de la guerre civile.

Par rapport à cette réalité, l'État métropolitain a permis sur le fondement des Accords de Matignon et de Nouméa de trouver un équilibre institutionnel permettant d'écarter le spectre d'une guerre civile. Il était déjà prévu dans la loi référendaire du 9 novembre 1988 qu'« entre le 1er mars 1998 et le 31 décembre 1998 les populations intéressées de la Nouvelle-Calédonie seront appelées à se prononcer par un scrutin d'autodétermination sur le maintien du territoire dans la République ou son accession à l'indépendance[40]. »

---

[40] J.-Y. Faberon, Préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie,* La Documentation française, 1997.

Ce référendum n'a jamais eu lieu. Les signataires ont opté pour la conclusion de l'Accord de Nouméa en date du 5 mai 1998 ; celui-ci devait organiser par étape le processus de transfert de compétences appelant à un référendum d'autodétermination.

21. Ainsi le point 5 de l'Accord de Nouméa prévoit qu'au cours du quatrième mandat (de cinq ans) du Congrès, une consultation électorale sera organisée. La date de cette consultation sera déterminée par le Congrès, au cours de ce mandat, à la majorité qualifiée des trois cinquièmes. Si le Congrès n'a pas fixé cette date avant la fin de l'avant-dernière année de ce quatrième mandat, la consultation sera organisée, à une date fixée par l'État, dans la dernière année du mandat. La consultation portera sur le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité.

22. Malgré la clarté du texte, des incertitudes subsistent quant à l'évolution institutionnelle du territoire. Que se passera-t-il si les résultats s'avèreraient négatifs ?

Le même Accord prévoit que si la réponse des électeurs à ces propositions est négative, le tiers des membres du Congrès pourra provoquer l'organisation d'une nouvelle consultation, qui interviendra dans la deuxième année suivant la première consultation. Si la réponse est à nouveau négative, une nouvelle consultation pourra être organisée selon la même procédure et dans les mêmes délais. Si la réponse est encore négative, les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée.

On constate les limites du consensus, car à un moment déterminé, en l'absence de compromis pour construire ce destin commun, on se retrouvera en présence d'un blocage institutionnel. L'État face à une telle hypothèse a prévu que « tant que les consultations n'auront pas abouti à la nouvelle organisation politique proposée, l'organisation politique mise en place par l'accord de 1998 restera en vigueur, à son dernier stade d'évolution, sans possibilité de retour en arrière, cette "irréversibilité" étant constitutionnellement garantie ».

23. Ainsi peut-on affirmer avec certitude que les pouvoirs constituants futurs devront se sentir liés aux engagements conclus antérieurement ? L'Histoire a sans cesse montré qu'il existe toujours des aléas. Malgré la clarté des dispositions 5 de l'Accord de Nouméa, il sera impossible de garantir l'organisation institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie.

L'incertitude est une source d'insécurité juridique, donc de contentieux, et parfois d'instabilité. C'est dans ce cadre que la réflexion sur l'émancipation du droit du travail va s'élaborer. S'inscrivant dans un processus de décolonisation, la Nouvelle-Calédonie doit construire dans le cadre des transferts de compétences son modèle institutionnel, son modèle social et économique qui ne recouvre pas les mêmes réalités que la France. La question de l'emploi a sa place. Derrière cette dernière se pose les interrogations relatives au droit du travail. Ainsi les enjeux de ce dernier sont multiples car le droit du travail participera à déterminer les grands contours de la société calédonienne. Au regard de cette réalité, un autre problème se pose quant à la polysémie que recouvre le terme émancipation dans le contexte calédonien.

II) La polysémie de l'émancipation

24. « Afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes[41] durablement établies en Nouvelle-Calédonie »[42]. Au delà des divergences politiques concernant l'avenir institutionnel du territoire, les questions relatives à l'emploi occupent une place majeure dans le processus de décolonisation, comme l'exprime l'alinéa 5 du préambule de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998. Cet article a le mérite de montrer l'intérêt pratique et théorique du sujet qui concerne environ 169. 000 personnes[43]. Les enjeux sont d'autant plus importants car en fonction de la définition retenue de l'émancipation cela se répercutera sur les objectifs fixés par l'Accord de Nouméa (A).

Mais la notion d'émancipation se définit-elle de la même manière pour l'ensemble des citoyens calédoniens dont le corps social est très divisé, ou existe-t-il une dualité dans sa définition qui, si tel est le cas, aura des impacts sur le droit du travail ? Cette divergence dans la perception de l'émancipation se répercutera-t-elle dans la construction du droit travail (C) ?

L'organisation d'un référendum d'autodétermination aura des répercussions dans le processus d'émancipation du droit du travail et conduira aussi à des incertitudes concernant la question du dualisme de l'émancipation du droit du travail (B).

A) Les enjeux de l'émancipation

25. Le droit du travail, à la différence de certaines disciplines juridiques, est un droit de masse qui touche toute la société. C'est une discipline qui est aussi impactée par d'autres matières scientifiques, telles que l'économie, la sociologie et la science politique. Ainsi une grande partie de la population, des entreprises s'y intéressent et cherchent à comprendre d'une manière directe ou indirecte les enjeux de la réglementation. La Nouvelle-Calédonie, territoire insulaire, n'échappe pas à cette réalité. Certes, le nombre de

---

41 Définir la personne en Nouvelle-Calédonie est un sujet très complexe ; en effet la question identitaire occupe une place importante dans la structuration de la société. C'est la raison pour laquelle cela posera des problèmes dans l'accès à l'emploi.

42 Article 4 Alinéa 4 de l'Accord de Nouméa de 1998 et article 24 de la loi organique du 19 mars 1999.

43 Source : Institut de la Statistique et des Études Economique ; Institut de Développement des Compétences. Chiffre en date de 2010.

personnes visées est moins important que dans la métropole, mais l'emploi et le droit du travail représentent l'un des enjeux des bouleversements institutionnels du territoire. En effet l'émancipation du territoire montre aussi les inquiétudes du corps social calédonien par rapport à la question de l'accès à l'emploi qui reste un domaine très concurrentiel en raison de l'installation des citoyens métropolitains et européens. L'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 confirme l'intérêt de la problématique de l'émancipation. Il y est prévu que, dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend, au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence, des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés.

26. L'émancipation recouvre plusieurs notions qui impacte le droit du travail. Dans le cadre du processus de décolonisation accompagné d'un transfert progressif de compétences au profit des nouvelles institutions calédoniennes, le droit du travail est visé. Ainsi, l'article 22 paragraphe 2 de la loi organique du 19 mars 1999 prévoit un transfert immédiat de cette matière au profit de la Nouvelle-Calédonie. Cela démontre bien que le droit du travail sera au cœur de cette nouvelle organisation institutionnelle. Les nouvelles institutions devront proposer des réformes législatives qui seront suivies par l'ensemble des acteurs du droit du travail. Au-delà de l'intérêt pratique du sujet, celui-ci recouvre de nombreuses incertitudes en raison de la dualité de la notion d'émancipation.

B) Le dualisme de l'émancipation

27. L'État reconnaît la vocation de la Nouvelle-Calédonie à bénéficier, à la fin de cette période, d'une complète émancipation. C'est ainsi que se termine le point 5 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998. Dans l'esprit des signataires, ce terme n'a pas le même sens s'ils ont une orientation indépendantiste. Pour ces derniers, cela renvoie à l'accession à la pleine souveraineté donc à l'indépendance ; tandis que pour d'autres, cette assimilation est une autonomie qui ne peut que s'exprimer dans le cadre des institutions de la République. Ainsi, l'analyse du sujet sur l'émancipation du droit du travail invite à nuancer les termes car celui-ci est polysémique. Il peut renvoyer, soit à l'autonomie (1), soit à l'indépendance (2).

1) L'autonomie et la notion du droit local du travail

28. Le terme émancipation n'est pas une expression étrangère au droit civil : le titre X chapitre II du Code civil y consacre un ensemble de dispositions.

L'émancipation est une mesure dérogatoire au droit commun. Elle permet à un mineur, en principe incapable, de s'émanciper juridiquement de ses parents qui sont les tuteurs naturels de celui-ci. Cet acte très important entraîne deux conséquences. La première a pour effet de rendre le mineur émancipé capable, comme un majeur, de tous les actes de la vie civile[44].

La seconde conséquence induit que le mineur émancipé cesse d'être sous l'autorité de ses père et mère. Ceux-ci ne sont pas responsables de plein droit, en leur seule qualité de père ou de mère, du dommage qu'il pourra causer à autrui postérieurement à son émancipation[45].

29. Cette émancipation accordée à un mineur de 16 ans rencontre des limites. Elle ne doit pas être assimilée à une indépendance totale et absolue telle celle d'un majeur car le législateur encadre certains actes du mineur émancipé. Ainsi ce dernier peut devenir commerçant sur autorisation du juge des tutelles au moment de la décision d'émancipation et du président du tribunal de grande instance s'il formule cette demande après avoir été émancipé[46].

30. Ce détour au droit civil est utile car les dispositions relatives au droit des personnes montrent que l'émancipation ne signifie pas nécessairement indépendance. Celle-ci peut être encadrée et, dans cette hypothèse, il est plus juste de qualifier cette émancipation d'autonomie car le mineur, à la différence du majeur, ne peut pas faire tous les actes juridiques. L'analyse se confirme à la lecture de l'article 413-6 du Code civil qui encadre certains actes réalisés par le mineur émancipé. Par exemple, pour se marier ou se donner en adoption, il lui est nécessaire d'observer les mêmes règles que s'il n'était point émancipé.

31. Que recouvre cette émancipation pour le droit du travail en Nouvelle-

---

44 Article 413 du Code civil.
45 Article 413-7 du Code civil.
46 Article 413-8 du Code civil.

Calédonie ? Doit-elle être assimilée à une autonomie ou à une indépendance ? A cette question, les mêmes difficultés se posent que pour le droit civil. De ce fait, l'émancipation du mineur se faisait à l'égard de ses parents. Par analogie, l'émancipation du droit du travail en Nouvelle-Calédonie doit se faire par rapport au lien juridique qui unit l'État métropolitain et ses territoires ultra-marins. La France, État unitaire décentralisé, a le monopole du pouvoir législatif en tant qu'État souverain. Cela ne signifie pas pour autant qu'elle ne permettra pas à ses collectivités territoriales de participer à la création et à l'élaboration des normes[47]. Mais ces normes ne pourront pas déroger à la norme supérieure et, à tout moment, l'État disposera de la faculté de récupérer les prérogatives déléguées.

32. Or pour la Nouvelle-Calédonie, l'État métropolitain a toujours adopté dans le cadre de son pouvoir législatif une politique de différenciation ; l'objectif est de respecter les spécificités territoriales et économiques du territoire en recourant au principe de spécialité législative régi par l'article 74 de la Constitution de 1958. Dès lors, ce régime particulier concernant l'application de la loi est une émancipation législative qui dissocie la Nouvelle-Calédonie des autres collectivités de l'État. De ce fait le droit du travail en Nouvelle-Calédonie est autonome au regard du droit applicable dans les autres collectivités territoriales de l'État. En revanche, cette autonomie disparaît dans ses rapports avec l'État métropolitain, lequel conserve d'une manière indirecte le monopole dans l'élaboration du droit du travail en Nouvelle-Calédonie.

33. Ainsi cette émancipation est l'expression d'une autonomie qui permet l'élaboration d'un droit local du travail dont l'impulsion provient essentiellement du droit métropolitain. Certains auteurs ont montré une dissociation entre le droit local du travail et le droit du travail métropolitain[48]. Mais cette autonomie, comme pour le mineur émancipé, ne doit pas être assimilée à une indépendance.

---

[47] M. Joyau, *De l'autonomie des collectivités territoriales françaises [Texte imprimé] : essai sur la liberté du pouvoir normatif local,* L.G.D.J, 1998.

[48] J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *la construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat : droit privé, Paris 2, 1996.

2) L'indépendance et la notion du droit du travail calédonien

34. L'indépendance est un terme qui est courant dans le langage des constitutionnalistes. En général, cela concerne le rapport d'un État avec les autres États. Ce dernier sera qualifié d'indépendant s'il dispose de tous les attributs de la Souveraineté. Autrement dit, il maîtrise la totalité de son territoire et il conserve le monopole du pouvoir. Pour prendre ses décisions, il ne se réfère à aucune autre puissance externe.

35. La Nouvelle-Calédonie, depuis l'Accord de Matignon de 1988, est dans une phase de transition institutionnelle qui l'inscrit dans un processus de décolonisation ne faisant pas l'unanimité parmi les citoyens calédoniens[49]. Ainsi l'indépendance se réfère à la mise en place d'une organisation institutionnelle devant mettre en œuvre la décolonisation du territoire. Afin de respecter toutes les sensibilités et éviter un blocage institutionnel et surtout une guerre civile, ce projet est progressif conformément aux dispositions de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998.

Dans le préambule de l'Accord, les signataires ont deux approches de la Souveraineté ; elle peut être partagée ou exclusive. Dans le premier cas, cela signifie que le pouvoir relèvera de la compétence de l'État et de la Nouvelle-Calédonie. Dans la seconde hypothèse, le pouvoir sera de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie.

36. Le droit du travail relève de la seconde catégorie. Autrement dit, l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 accorde une compétence exclusive à la Nouvelle-Calédonie pour déterminer les normes applicables. Cette souveraineté exclusive invite à dissocier le droit local du travail et le droit du travail calédonien. Dans le premier cas, la source normative résulte de l'État français tandis que, dans l'autre hypothèse, ce sont les institutions calédoniennes qui en seront la principale source. Mais est-ce pour autant que ce transfert de compétences exclusives suffise pour créer un nouveau droit calédonien ?

C) La construction d'un nouveau droit du travail

37. Depuis les Accords de Matignon et de Nouméa, la Nouvelle-Calédonie est

[49] J.-P. Besset, *Le Dossier calédonien : les enjeux de l'après-référendum,* La Découverte, 1988.

rentrée dans un nouveau cadre institutionnel qui déconstruit l'ordonnancement juridique de notre droit dans son rapport avec les territoires ultra-marins. En effet, c'est la première fois que l'État français consent à réduire d'une manière aussi majeure sa souveraineté au profit d'une collectivité territoriale. Ce bouleversement impacte l'ensemble des disciplines juridiques. Mais il sera impossible d'analyser toutes les conséquences de cette nouvelle articulation du pouvoir entre l'État et la Nouvelle-Calédonie qui s'inscrit dans un processus de décolonisation. Il faudra en conséquence définir l'objet de la construction du droit du travail.

38. La polysémie du terme émancipation dans le contexte de la Nouvelle-Calédonie ne s'appréhende pas de la même manière en fonction des orientations politiques de l'interlocuteur. Les mêmes difficultés se rencontrent pour le droit du travail. Celui-ci doit-il être pensé dans un cadre universel, ou bien est-il spécifique à un espace donné ? En principe, le droit reste indissociable du contexte dans lequel il évolue. C'est le reflet d'un pays, d'un peuple, d'une Histoire. Or la France, ancienne puissance coloniale[50], a été très tôt confrontée à cette problématique en raison de sa rencontre avec les peuples des territoires conquis. Comme l'indique le préambule de l'Accord de Nouméa de 1998, avant la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie en 1853, un peuple y vivait, et avait ses racines. À l'évidence, celui-ci avait sa propre organisation sociale, politique et juridique basée~~s~~ principalement sur la coutume[51].

39. La deuxième raison invite à s'interroger sur la notion d'universalité du droit du travail et de savoir si celle-ci est applicable à la Nouvelle-Calédonie. L'environnement économique de ce territoire n'est pas comparable à celui de la métropole ayant plus de soixante-cinq millions d'habitants alors que, pour la Nouvelle-Calédonie, elle ne dépasse pas les trois cent milles[52]. De ce fait le lien de subordination juridique, élément principal pour la qualification du contrat de travail, est-il perçu de la même manière dans une entreprise de plus de 3. 000 salariés que dans une PME de moins de 10 salariés ? À cette

---

[50] J. Ki-Zerbo, *Histoire de l'Afrique noire d'hier à demain,* Hatier, 1978, p. 429 ; P. Lampué, *Les Relations d'ordre constitutionnel et administratif entre la métropole et les territoires d'Outre-mer,* Larose, 1937.

[51] E. Rau préface de R. Maunier, *Institutions et coutumes canaques,* Larose, 1944.

[52] Au dernier recencement de l'institut de la statitique et des études économiques, (ISEE) le nombre d'habitants s'élève à 245 580. La Province Sud concentre plus de 74,5 % de la population. Il est intéressant d'observer que Nouméa, centre administratif, économique, a une population qui s'élève à 97579 habitants.

question la réponse est négative. Dans le premier[53] cas, le pouvoir de direction de l'employeur est dilué dans la stratégie de délégation de pouvoir car celui-ci ne peut pas contrôler l'ensemble de la masse salariale, tandis que, dans le second cas, la proximité entre l'employeur et les salariés accentue plus facilement le phénomène du pouvoir de direction, de contrôle et de sanction.

40. Si on admet qu'il existe une différence économique et spatiale entre le contexte calédonien et métropolitain, on peut alors en déduire que la définition proposée pour définir le droit du travail sera sûrement la même, mais dans son effectivité[54]. Cette idée semble être confirmée dans l'article 74 de la Constitution qui consacre le principe de spécialité législative instaurant une législation différenciée pour les territoires d'Outre-mer[55] afin de prendre en considération leurs spécificités économiques, géographiques et culturelles.

41. Dès lors qu'apparaîtra la notion même de législation différenciée, il sera utile de recourir à la méthode du droit comparé pour construire cette réflexion sur l'émancipation du droit du travail. Aussi il sera nécessaire de comparer les notions, les règles applicables dans le droit du travail métropolitain et la législation applicable en Nouvelle-Calédonie. Dans le cadre du sujet, la méthodologie du droit comparé sera pertinente car elle permettra de mettre en évidence les points de convergences et de divergences entre le droit du travail métropolitain et le droit applicable dans le territoire. L'originalité de cette comparaison repose sur le fait que celle-ci se réalise entre l'État français et l'un de ses territoires d'Outre-mer qui s'inscrit dans une phase de décolonisation.

42. Les particularités du droit du travail résident dans la multiplicité des sources qui sont parfois complémentaires ou concurrentes. Pour construire cette réflexion

---

53 "Les entreprises sans salarié représentent 79% du nombre total d'entreprises. Avec les très petites entreprises (moins de 10 salariés), elles regroupent 96% des entreprises calédoniennes. La part des petites et moyennes entreprises (10 à 99 salariés) et des grandes entreprises (100 salariés et plus) apparaît donc faible. Si l'on retenait la définition européenne de la PME (250 salariés), 99,8% des entreprises calédoniennes seraient considérées comme des PME et 17 entreprises du champ ICS seraient classées grandes entreprises". Source: Comptes Economiques Rapides de l'Outre-mer (CEROM) www.cerom-outremer.org

54 J. Carbonnier, *Effectivité et ineffectivité de la règle de droit*, Puf, 1958.

55 J.-Y. Faberon, J. Ziller, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007 p. 221.

relative à l'émancipation du droit du travail, la question des sources occupera une place importante dans la mesure où la Nouvelle-Calédonie, entité sui generis, a une organisation particulière au sein de la République. Ainsi la multiplicité des sources du droit sera plus importante, et en conséquence, l'insécurité juridique sera accentuée. Cette situation sera aussi une source d'insécurité pour notre étude.

43. Au vu des éléments exposés, le champ de la réflexion sera limité au droit du travail. Cela comprendra deux axes. Le premier tentera d'analyser la notion d'émancipation du droit du travail applicable en Nouvelle-Calédonie. Le second axe réfléchira sur l'impact des Accords sur le processus d'émancipation du droit du travail. Pour celui-ci, on se réfèrera à l'article 22 paragraphe 2 de la loi organique du 19 mars 1999 prévoyant que la Nouvelle-Calédonie sera compétente dans le domaine du droit du travail et droit syndical. Dans cette perspective, il conviendra d'écarter de l'étude le droit de la fonction publique pour les agents relevant d'un statut légal et réglementaire. Par contre, le champ de l'étude abordera le statut particulier de certains agents auxquels s'applique le droit du travail lorsqu'ils sont soumis aux dispositions du code du travail.

44. Être titulaire d'un pouvoir, cela suffit-il à créer un ensemble cohérent de règles qui répondront aux aspirations des personnes visées[56] ? Autrement dit les nouveaux acteurs calédoniens sauront-ils s'émanciper du droit du travail métropolitain malgré les liens historiques, institutionnels très forts avec la métropole ?

[56] G. TUSSEAU, *Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin*, sous la direction de G. Tusseau, *Les notions juridiques*, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », Vol. 31, 2009, p. 67.

III) Annonce de plan

45. Le sujet porte sur un processus qui conduira à la réalisation d'un vote d'autodétermination qui va déstructurer pour reconstruire juridiquement le droit du travail d'un territoire qui accédera peut-être à une souveraineté totale. Depuis la loi organique du 19 mars 1999, le droit du travail relève de la compétence de la Nouvelle-Calédonie. Bien avant celle-ci, l'Ordonnance du 13 novembre 1985 permettait au territoire de fixer l'ensemble des règles qui ne relèvent pas des principes directeurs du droit du travail.

46. Est-il possible que cette entité sui generis fasse abstraction de l'ensemble des normes sociales qu'elle a hérité de la Nation française ? Comment le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif et les partenaires sociaux vont-ils construire les nouvelles normes qui vont régir le contrat de travail, les rapports sociaux ? Les concepts du contrat et du pouvoir[57] seront-ils analysés de la même manière avant la période du transfert de compétences, pendant la période d'exercice de cette compétence et après la période du référendum d'autodétermination ? Toutes ces interrogations ont pour vecteur commun la norme sociale, laquelle est indissociable de la notion de l'émancipation du droit du travail.

47. La norme sociale est parfois définie comme un terme synonyme de règle de droit, de règle juridique, générale et impersonnelle[58]. Certains auteurs estiment que « la norme sociale se conçoit, se construit dans un processus de hiérarchie des normes qui s'impose comme une règle de droit aux acteurs sociaux et à l'État »[59]. Ainsi, selon la thèse soutenue par ces auteurs, la loi n'est pas l'unique source de création de la norme. Partant de ce constat, elle en conclut que l'accord collectif et la loi s'inscrivent dans une dualité mais qu'en définitive elles sont complémentaires.

48. Le sujet proposé étend la réflexion sur la norme sociale et son rapport avec

---

[57] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir: essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004.
[58] J. AZÉMA, R. GUILLIEN , J. VINCENT , S. GUINCHARD, *Lexique des termes Juridiques*, Dalloz, 2001.
[59] N. DAUXERRE, *Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale*, 2004, thèse publiée, PUA, 2005.

la loi et l'accord collectif.

En effet le législateur national, dans le cadre d'un processus de décolonisation a transféré ses compétences dans le domaine du droit du travail à un autre organe exécutif et législatif. Que recouvre ce transfert du droit du travail au profit de la Nouvelle-Calédonie ? Les normes sociales crées par les institutions de ce territoire sont-elles supra législatives, infra législatives ? Ont-elles vocation à devenir les garants des droits fondamentaux des salariés calédoniens alors que l'avenir institutionnel du territoire reste incertain malgré le principe d'irréversibilité de l'organisation institutionnelle garanti par l'Accord de Nouméa ?

49. Aussi, quelle sera la place des partenaires sociaux dans la création de ces nouvelles normes sociales ? Vont-ils se référer à leurs expériences nationales ou territoriales ou vont-ils inscrire leurs actions dans une complémentarité avec la métropole ? Quelles seront les références des salariés calédoniens et des employeurs calédoniens dans la construction de ce droit du travail ?

L'émancipation peut être l'expression, soit d'une autonomie, soit d'une indépendance. Dans la première hypothèse, elle sera rattachée à l'autonomie du droit local du travail (Partie I), tandis que dans la seconde hypothèse, elle sera la manifestation de l'indépendance du droit du travail calédonien (Partie II).

Finalement, le basculement du droit local du travail vers le droit du travail calédonien s'inscrira-t-il dans une continuité avec les principes fondamentaux du droit du travail métropolitain ou dans une rupture afin d'affirmer la reconnaissance de sa souveraineté [60] ?

[60] Point 3 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998.

PARTIE I) L'AUTONOMIE DU DROIT DU TRAVAIL

51. La situation statutaire de la Nouvelle-Calédonie est marquée par une instabilité politique. Cela se répercute sur le droit du travail, discipline intimement liée à d'autres branches du droit.

52. Les autorités locales ont dû créer un droit prétorien afin de répondre aux besoins locaux des premiers occupants du territoire. La priorité du Gouverneur est de garantir l'ordre public afin de marquer la présence du nouveau pouvoir métropolitain. Dans un tel contexte, l'idée d'une autonomie du droit du travail est inexistante. Toutefois le Gouverneur, représentant du pouvoir exécutif, tente d'instaurer une stabilité de la législation industrielle. L'objectif principal est de permettre aux compagnies privées de trouver une main-d'œuvre afin qu'elles assurent l'exploitation des carrières du territoire.

53. Pour atteindre cet objectif, le Gouverneur instaure un droit local du travail s'affranchissant de la tutelle du pouvoir métropolitain. Il va au-delà en créant une autonomie qui ne respecte pas les droits fondamentaux des travailleurs autochtones et des premiers déportés pénitentiaires. Ce pouvoir spécifique du Gouverneur sera analysé un peu plus loin, mais on constate déjà les prémices d'une émancipation du droit du travail.

54. Toutefois cela ne dure pas. La période des indépendances bouleverse cette situation. Le pouvoir métropolitain conserve la spécificité du droit local mais instaure le principe de continuité territorial entre la France et la Nouvelle-Calédonie. Cela conduit à l'effectivité du principe d'égalité entre les citoyens métropolitains et les autochtones qui accèdent à la citoyenneté française. En permettant aux salariés calédoniens d'accéder au statut protecteur du droit du travail, le législateur tente, comme le Gouverneur, d'instaurer une stabilité juridique dans le champ du droit local du travail.

55. Cette recherche de stabilité reposera sur une tutelle du droit local (Titre 1). Cette volonté de garantir les droits fondamentaux des salariés calédoniens exclut aussi l'idée d'autonomie du droit local. C'est la raison pour laquelle les autorités politiques locales sont écartées de ce processus conduisant à garantir l'égalité réelle entre tous les citoyens de la République dont la Nouvelle-Calédonie est une partie intégrante.

56. Il faudra attendre la loi du 6 septembre 1984 qui amorce une transition politique avec les précédents statuts de la Nouvelle-Calédonie pour que l'idée d'autonomie s'instaure. Ainsi l'Ordonnance du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail exprime une nouvelle autonomie inédite dans le droit local du travail et montre les limites de la tutelle (Titre 2).

Titre I) UN DROIT LOCAL SOUS TUTELLE

57. Selon l'article 1101 du Code civil, le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Le Code civil s'est construit sur le postulat de la liberté individuelle, qui doit être la base du consentement, élément clef de la formation du contrat.

58. Le contrat de travail, qualifié de contrat de louage de service, a repris, dans un premier temps, les principes dégagés par le Code civil, s'appuyant sur le fait que les contractants sont égaux et libres au moment de la formation du contrat ; celui-ci ne pouvait donc être que la manifestation de la volonté individuelle du salarié et de l'employeur.
Cette fiction juridique faisait abstraction de la réalité, qui était plus complexe à appréhender dans le cadre d'un contrat de travail. En effet, le phénomène du pouvoir, dans ce cas, ne rayonne pas de la même manière dans un contrat de travail que dans un contrat ainsi nommé dans le mandat[61].

59. Dans le premier contrat, la manifestation du pouvoir de décider, de contrôler, de surveiller et de sanctionner – qui est le corolaire de la subordination juridique – se développe et se matérialise au moment de son exécution successive. En revanche, dans le contrat de mandat, qui est un acte juridique par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom, la convention ne se forme que par l'acceptation du mandataire. Cette relation contractuelle entre le mandant et le mandataire se matérialise par une totale liberté accordée à ce dernier pour atteindre le résultat fixé préalablement[62]. En contrepartie, l'article 2004 du Code civil permet au mandant de révoquer sa procuration quand bon lui semble.

60. En est-il de même dans le cadre du contrat de travail ? La réponse est

---

[61] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004, p. 68.

[62] Le mandat de l'agent immobilier est une parfaite illustration de la liberté contractuelle accordée au mandataire afin qu'il atteigne l'objectif prédéfini.

positive. Le Code civil interdisant les engagements perpétuels[63], permet à l'employeur de rompre le contrat de travail en présence d'un contrat à durée indéterminée. Cependant, à la différence du mandat, que le mandant peut révoquer comme « bon lui semble », la rupture du contrat de travail fait l'objet d'un contrôle renforcé. Paradoxalement, ce n'est pas le législateur qui prend toutes les mesures pour limiter et encadrer le pouvoir de l'employeur ; c'est le juge qui, en recourant à la théorie de la justification, donc du mobile, ne permet la rupture du contrat de travail que lorsqu'elle repose sur une cause réelle et sérieuse. En l'absence de motif, la rupture du contrat sera censurée. Cette cause réelle et sérieuse peut reposer sur un motif inhérent ou non inhérent à la personne du salarié.

61. Ce rationalisme juridique visant l'une des conditions de formation et de rupture du contrat est-il exclusivement applicable dans un espace donné, ou peut-il être transposé dans d'autres espaces géographiques ? C'est à cette question que la France puissance coloniale[64] a dû répondre après avoir conquis la Nouvelle-Calédonie. Mais la notion de liberté contractuelle et de limitation des pouvoirs de la partie considérée comme la plus forte a-t-elle un sens lorsque l'État se trouve en présence d'un territoire et d'un peuple ne possédant aucun lien culturel, économique et social avec ce nouveau pouvoir qui, de surcroît, est situé à plus de 15. 000 kilomètres du centre de décision basé à Paris[65] ?

62. Conscient de cet abysse juridique existant entre les deux territoires, le modèle juridique unitaire, qui est le propre des États unitaires, a été abandonné pour les colonies telles que la Nouvelle-Calédonie[66]. Cela va plus loin, puisque le principe retenu était que les lois votées en métropole n'étaient pas applicables. Il revenait au Président de la

---

[63] Ce principe a été dégagé par la jurisprudence sur la base de l'article 1780 du code civil qui dispose qu'on ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée ; pour un approfondissement du sujet voir Ghestin, *prohibition générale des contrats perpétuels ?*, Mélanges Tallon, Soc. Légis. Comp., 1999, p. 251.

[64] Lorsque la France a conquis ce territoire, elle n'était pas encore une puissance coloniale. Ce n'est qu'à partir de la Conférence de Berlin de 1885 qu'elle commence à mettre en place une Administration coloniale pour assurer l'effectivité de sa puissance et de sa présence. Pour un approfondissement de la question voir H. Wesseling, traduit du néerlandais par Patrick Grilli, *Le Partage de l'Afrique, 1880-1914*, Gallimard, 2008.

[65] A. De Tocqueville, *De l'Ancien régime et la Révolution française*, Folio. Cet ouvrage a le mérite de mettre en évidence toute la force de l'Administration qui a eu la capacité de renforcer son pouvoir malgré cette transition politique. Cette tendance de la centralisation au profit de la capitale Paris a commencé sous Louis XIV et n'a cessé de croître jusqu'à ce jour.

[66] P. Lampué, *La Promulgation des lois et des décrets dans les territoires d'Outre-mer,* Guillemot et de Lamothe, 1956.

République[67], de prendre par décret l'ensemble des mesures pour administrer ce territoire.

63. Le principe de réalité a conduit le Président de la République à déléguer ses attributions au Gouverneur, représentant de l'État, de l'Administration et du pouvoir exécutif. Pour l'étude, l'axe de la réflexion portera sur le droit du travail, car c'est peut-être la question la plus difficile que devaient résoudre les autorités françaises sur l'île. En effet, le travail, élément fondamental pour la construction, la transformation d'un environnement naturel hostile à l'homme[68] afin d'assurer sa survie et celle de son groupe, peut-il être pensé de la même manière lorsque l'on est en présence d'un autre peuple[69]? Autrement dit, son rapport au bien commun pour la collectivité doit-il se construire par rapport à son groupe originel ou doit-il intégrer aussi la nouvelle puissance, expression du pouvoir, donc de l'auctoritas ?

64. Les peuples originels[70] de la Nouvelle-Calédonie ont opté pour une conception restrictive du bien commun. En conséquence, la finalité de leur travail s'inscrivait dans la sauvegarde de leurs collectivités[71]. Face à ces micro-sociétés, où le concept de nation n'existait pas, le Gouverneur du territoire s'est substitué temporairement au parlement pour développer une société dans laquelle le droit du travail était sous sa tutelle (Chapitre 1). La concentration du pouvoir entre les mains d'une seule autorité est la négation même d'un état de droit, donc de l'effectivité des droits fondamentaux. Comme l'écrit Montesquieu, « seul le pouvoir arrête le pouvoir »[72]. Donc, en l'absence de contre-pouvoir, le droit local du travail s'oriente vers une négation des droits fondamentaux des travailleurs autochtones ; par contre, les travailleurs métropolitains échappent partiellement à son autorité.

---

67 Avant l'instauration de la République et de sa consolidation en 1875 avec l'avènement de la IIIème République, cette prérogative relève de la compétence exclusive du monarque qui la délègue à son représentant, le Gouverneur.

68 H. Arendt, trad. G. Fradier, préf. P. Ricoeur, *la condition de l'homme moderne*, presse pocket, 2002.

69 R. Goy, « *Les peuples autochtones : nouveaux sujets de droit* », Les Annales de droit, 2010, pp. 161-192.

70 Il est important de comprendre que l'appellation kanak englobe plusieurs tribus qui ont chacune leurs spécificités linguistiques, culturelles. Au dernier recencement, la Nouvelle-Calédonie comprend 324 tribus. Pour une réflexion approfondie sur ce thème, voir M. Lenhardt, Les évènements de 1917 en Nouvelle-Calédonie : géographie des tribus et des chefs, Article du Journal de la Société des océanistes, tome XXXIV, 58-59, mars-juin 1978, p. 19-22 et 37-42.

71 J.-P. Doumenge, E. Métais, A. Saussol, *La Nouvelle-Calédonie: occupation de l'espace et peuplement,* Talence : Centre de recherches sur les espaces tropicaux, 1986.

72 C.-L. S. Montesquieu, De *l'Esprit des lois,* Garnier, 1973.

65. Cette summa divisio créera un droit spécifique entre les travailleurs autochtones et les travailleurs métropolitains et marquera tout le droit du travail de la Nouvelle-Calédonie. Avec l'avènement de la IVème République, qui accorde la citoyenneté française aux autochtones calédoniens et étend le principe d'égalité dans l'ensemble des colonies, le pouvoir du Gouverneur se restreint pour laisser la place aux prémices de l'état de droit. Dans un premier temps, cela se manifestera par la loi du 15 décembre 1952 qui instaure le Code du travail de l'Outre-mer. Dans un second temps, le Parlement va déléguer une partie de ses attributions au pouvoir exécutif métropolitain, pour construire un nouveau droit local du travail correspondant à l'évolution statutaire de l'île. À ce stade, la question de l'émancipation du droit du travail ne se pose guère. Ainsi, l'Ordonnance du 23 décembre 1982 s'inscrira dans la continuité, en poursuivant la mise sous tutelle de ce droit local qui dépendra de l'autorité du pouvoir exécutif métropolitain (chapitre 2).

CHAPITRE 1 : LA TUTELLE DU GOUVERNEUR ET DU POUVOIR LEGISLATIF

66. Conquérir un territoire situé à plus de 15. 000 km du pouvoir central crée une double équation pour celui-ci. La première invite à redéfinir les moyens d'assurer l'effectivité de la norme dans un espace territorial excentré par rapport au centre de décision. Or plus le pouvoir est distant, plus celui-ci baisse en intensité donc en effectivité. La deuxième équation vise directement la population autochtone et les métropolitains. Effectivement, comment construire un droit du travail sur deux réalités sociales, économiques et culturelles différentes alors que l'une des caractéristiques de la règle de droit est d'être générale, absolue est impersonnelle ?

67. Pour construire les prémices d'un droit du travail, le pouvoir métropolitain a dû innover. C'est-à-dire qu'il a repensé sa perception des trois pouvoirs traditionnels que sont le pouvoir exécutif, législatif et judiciaire.

Pour le deuxième et le troisième, le pouvoir métropolitain a tout simplement prévu un régime spécifique qui dévolue cette compétence au pouvoir exécutif métropolitain. Ainsi les lois votées par le Parlement ne sont pas applicables directement dans le territoire calédonien. Il ne faut pas croire que ce territoire échappera à toute norme. Mais dans le cadre du principe de spécialité législative, il reviendra au pouvoir exécutif de déterminer les lois

métropolitaines qui pourraient être applicables ou non aux travailleurs autochtones de l'île[73]. En ce qui concerne le domaine judiciaire, c'est le Gouverneur représentant du pouvoir exécutif sur l'île qui rend la justice dans le domaine du droit du travail.

68. Au regard de cette situation exceptionnelle, le législateur métropolitain a mis en place un régime législatif particulier en Nouvelle-Calédonie qui a eu des répercussions sur le droit local du travail (Section 1). Celui-ci est paradoxalement dominé par le pouvoir exécutif, lequel a délégué une majeure partie de ses attributions au Gouverneur. Cette concentration des pouvoirs a conduit à la négation des droits fondamentaux des travailleurs autochtones. Ce n'est qu'avec l'avènement de la IVème République, qui interdit toutes discriminations entre les travailleurs autochtones et les travailleurs métropolitains, que ce régime exorbitant de droit commun a pris fin.

Pour marquer la rupture avec ce régime, le 15 décembre 1952 le législateur métropolitain a adopté un nouveau Code du travail régissant les relations individuelles et collectives dans les TOM. Tout en rejetant l'idée d'autonomie, il confirme cette fois une prééminence du pouvoir législatif métropolitain (Section 2).

SECTION 1) LE RÉGIME LÉGISLATIF CALÉDONIEN

69. Conscient de la distance séparant le centre de décision, la métropole, et la Nouvelle-Calédonie, le pouvoir métropolitain a très tôt admis le principe d'un régime législatif dérogatoire pour les TOM. De ce fait, les lois votées par le parlement n'étaient pas applicables directement dans le territoire. Il revenait au pouvoir exécutif de décider des lois qui rentreraient dans l'ordre juridique interne des colonies. En déléguant ses prérogatives, le parlement a aussi abandonné sa mission de contrôle dans la construction des relations contractuelles dans le cadre du droit local du travail.

70. L'absence du pouvoir législatif s'est accompagnée paradoxalement de l'effacement du pouvoir exécutif. Le premier bénéficiaire de l'autonomie du droi local du travail fut le Gouverneur, représentant du pouvoir exécutif sur l'île. En l'absence

[73] P. Lampué, *Les Relations d'ordre constitutionnel et administratif entre la métropole et les territoires d'Outre-mer,* Larose, 1937.

d'opposition, ce statut spécifique des TOM a instauré une dérogation à l'article 34 de la Constitution (§1) qui a crée une conception dualiste du salarié calédonien (§2).

PARAGRAPHE 1 : UNE DEROGATION PARTIELLE A L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUTION

71. Rejetant l'universalisme juridique, le législateur métropolitain a adopté un régime législatif spécifique dans les TOM (A). Cela a permis l'essor d'un droit local du travail (B) qui se donnait pour objectif de respecter les réalités locales. Plusieurs régimes législatifs se présentaient à la Nouvelle-Calédonie, tels que le principe d'identité législative (1), le principe de spécialité législative (2), mais un autre régime a été retenu pour ce territoire. D'emblée, c'est le constat que cette île se distingue juridiquement, et institutionnellement, par rapport aux autres territoires d'Outre-mer.

A) Un régime législatif spécifique

72. Dans un État unitaire au sens Kelsenien, la source du droit, de la normativité émane de l'État représenté par les institutions politiques que sont le Gouvernement, le Parlement, et le pouvoir judiciaire[74]. La France, conformément à l'article 1er de la Constitution, est un État unitaire, indivisible. Comme toutes les puissances étatiques européennes du 16ème siècle au 19ème siècle, la France a accru son influence culturelle, politique et économique en mettant en place une politique de conquêtes territoriales extra-européenne. Ces colonisations ont conduit à un bouleversement juridique et institutionnel pour ces peuples colonisés et les institutions nationales.

73. Cela s'est traduit par une obligation pour l'État de repenser la construction et l'effectivité de son droit par rapport à ces nouvelles conquêtes territoriales. En effet ces nouveaux espaces, tels que la Nouvelle-Calédonie, se situent parfois à plus de 15. 000 km du centre du pouvoir. L'État doit construire de nouvelles institutions pour assurer la continuité territoriale et affirmer sa Souveraineté. Au delà des problèmes relatifs à la distance, les autorités françaises ne peuvent pas faire abstraction d'une autre réalité. Ces territoires

[74] Dans l'ordrde constitutionnel français, la Constitution du 4 octobre 1958 consacre dans le titre VIII l'expression : De l'autorité judiciaire, alors que dans la Constitution américaine du 17 septembre 1787, le pouvoir constituant a retenu le terme du pouvoir judicaire.

colonisés sont occupés par un peuple qui possède une organisation institutionnelle bien différente.

74. Ce bouleversement juridique s'est caractérisé par la rencontre de deux traditions juridiques diamétralement opposées. La première tradition se rattache au droit romain qui est un droit écrit. La deuxième se rattache au droit coutumier qui est généralement associé aux pays régis par la Common Law. La France s'est essentiellement inspirée de la première voie, tandis que la population autochtone calédonienne est plus marquée par la seconde voie, certes avec des spécificités culturelles propres aux Kanaks.

75. Pour concilier ces multiples différences qui ont généré des conflits, la puissance « colonisatrice » a dû repenser la nature même de l'État qui fonctionnait sur une base pyramidale. Autrement dit, l'ensemble des normes sanctionnant l'unité du territoire et la Souveraineté Nationale pourront, sous certaines conditions, être adaptées, ou provenir d'une assemblée concurrente. Les relations sociales et le droit du travail étaient au cœur de ces bouleversements juridiques.

1) Le principe d'identité législative

76. Le principe d'identité législative ou d'assimilation selon l'article 73 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 signifie que, dans les Départements et les Régions d'Outre-mer (DROM), les lois et règlements sont applicables de plein droit. L'analyse juridique de l'article 73 de la Constitution traduit une situation particulière quant à la réception et l'assimilation de la Loi par un peuple autochtone.

77. Ce principe d'assimilation législative repose sur un système normatif unique qui s'appuierait exclusivement sur un Parlement ayant le monopole du pouvoir législatif. Ainsi ce pouvoir s'appliquerait dans son champ matériel, personnel et géographique dans les DROM. L'assimilation juridique repose sur le consentement de la population concernée et s'applique exclusivement aux lois émanant du Parlement et des règlements émanant du Gouvernement.

78. L'analyse juridique de l'article 73 de la Constitution est la manifestation

même du Jus commune. C'est-à-dire que l'autorité métropolitaine sera l'alpha et l'omega au sein du processus normatif dans les DROM. Le Jus proprium, autrement dit le droit émanant des autorités locales, sera quasiment inexistant.

79. Le principe d'identité législative a pour effet que les lois votées sont d'application immédiate dans les DROM. « Le gouvernement ne peut aller à l'encontre de la volonté du législateur »[75] . Autrement dit il ne peut pas, dans le cadre de son pouvoir réglementaire, écarter l'application dans les DROM d'une loi qui ne comporterait pas une telle possibilité. Aussi il est exclu d'appliquer une loi que le législateur aurait décidé d'écarter dans les DROM.

80. L'assimilation juridique doit-elle être interprétée comme une assimilation culturelle et identitaire ? En effet la perception et la réception d'une norme juridique peuvent-elles être assimilées dans leur totalité, dans leur globalité par la base d'une pyramide que constituerait l'Outre-mer et dont le sommet serait la Métropole ? Il semblerait, à la lecture de l'article 73 de la Constitution, que les constituants n'ont pas retenu cette définition très stricte de l'assimilation juridique. Car ils ont gardé à l'esprit que toute loi, générale, abstraite, impersonnelle, reste le reflet d'une société, d'une temporalité.

81. Le droit du travail n'échappe pas à cette règle. C'est une discipline qui a pour objet d'assurer un équilibre dans la relation contractuelle entre l'employeur, titulaire du pouvoir de gestion, de décision et le salarié, considéré comme la partie faible. Cette recherche de l'équilibre peut être d'origine législative ou conventionnelle par la conclusion des accords collectifs conclus en principe avec les organisations syndicales représentatives[76].

82. Cette assimilation juridique, source de sécurité et de stabilité juridique pour les DROM, repose avant tout sur le consentement des autochtones vivant sur ces

---

75 J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, L.G.D.J, 2007 p. 42.

76 Conseil constitutionnel, Décision n° 96-383 DC du 6 novembre 1996.
Le Conseil constitutionnel a indiqué, dans le considérant 8, que si les sixième et huitième alinéas du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 conféraient aux organisations syndicales vocation naturelle à assurer la défense des droits et intérêts des travailleurs, ils ne leur attribuaient pas pour autant un monopole de la représentation des salariés en matière de négociation collective. http://www.conseil-constitutionnel.fr.

collectivités territoriales à statut particulier[77]. Ce Jus Commune crée une parfaite intégration juridique. Cela renforce le principe de l'article 2 de la Constitution qui dispose que la République est une et indivisible. Par contre, l'article 73 alinéa 2 de la Constitution prévoit une dérogation qui ne remet pas en cause le principe de l'unité de la République. Cet article dispose que le Gouvernement, dans le cadre de son pouvoir réglementaire, et le Parlement titulaire du pouvoir législatif peuvent prévoir des mesures d'adaptation des lois et règlements tenant aux caractéristiques et contraintes particulières de ces collectivités.

83. Explicitement, le pouvoir constituant admet que certaines branches du droit, en l'occurrence le droit du travail, ne peuvent pas s'appliquer d'une manière abstraite et générale dans les DROM car il est nécessaire de prendre en compte leurs spécificités locales, donc leurs contraintes particulières. Cette analyse amène à observer que le législateur souscrit au fait que certaines parties de son territoire peuvent déroger dans le droit du travail aux règlements et lois afin de leur accorder une liberté d'adaptation.

84. La dérogation ne signifie pas que les DROM possèderaient un pouvoir pour déroger aux normes législatives et réglementaires. Par contre les autorités législatives et réglementaires, conformément à l'article 73 de la Constitution, ont la possibilité de permettre aux DROM d'adapter les mesures qu'elles adopteraient. Cet article invite à faire deux observations.

85. La première permet de constater que le pouvoir constituant a pris conscience explicitement que les DROM ne pouvaient pas être assimilés dans leur totalité aux territoires de la métropole. Ce réalisme juridique ne serait-il pas un compromis fait par le pouvoir constituant pour sauvegarder les intérêts de la minorité refusant l'assimilation mais préférant le chemin de l'indépendance ou d'une autonomie renforcée ?

86. La seconde observation invite à voir que la rédaction de cet article est une tautologie. Car rien n'interdit au pouvoir constituant dans le cadre d'une République décentralisée de permettre à certaines collectivités d'adapter des normes spécifiques qui

---

[77] R. Rimbon-Ngango, thèse sous la direction du Professeur J. Ziller , *Le régime juridique des DOM en droit français et en droit communautaire (1946-2006)*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris 1, 2006.

prendraient en compte leurs réalités économiques, culturelles et géographiques. Certains auteurs vont plus loin ; selon eux l'article 73 de la Constitution « viserait une présomption de conformité à la Constitution des mesures spécifiques aux départements d'Outre-mer, alors que l'application générale du principe d'égalité aurait fait l'objet d'un régime plus sévère »[78].

87. Le principe de spécialité législative s'oriente vers un multi normativisme. Appréhendé à la lumière du droit positif, cela signifie que certaines collectivités à titre dérogatoire dans un État unitaire auront une autonomie législative et réglementaire dans un champ déterminé pour l'élaboration de normes contraignantes. Le pouvoir législatif et exécutif seront exclus du processus normatif.

88. Ce multi normativisme a pour effet que la compétence de droit commun appartient aux Territoires et la métropole aura dans sa sphère une compétence d'exception. En appliquant le principe de l'assimilation juridique aux DROM, le pouvoir constituant n'exclut pas totalement ces collectivités du processus normatif.

89. Avant la révision constitutionnelle du 28 mars 2003, seuls le Parlement et le Gouvernement, dans le cadre de leur pouvoir législatif et réglementaire, avaient les compétences pour habiliter les DROM à adapter certaines lois ou règlements au regard de leur spécificité. C'est un pouvoir autonome qui appartient à chacune des autorités. Autrement dit, le législateur peut très bien prévoir une habilitation législative permettant aux DROM d'aménager une disposition législative alors que le gouvernement, dans le cadre de son pouvoir réglementaire, suit une voie opposée.

90. Lorsque ces pouvoirs s'exercent positivement, ils accordent simultanément une autonomie partielle aux autorités locales. C'est la manifestation d'un Jus proprium partiel. En effet le pouvoir exécutif local pourra exercer une partie infime du pouvoir législatif dans un champ déterminé[79].

---

[78] J-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J., 2007, p. 50.

[79] L'article 73 de la Constitution ne détermine pas ce domaine de compétences. Il précise seulement que ses adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées par la loi. Pour une analyse approfondie de la procédure, voir J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007, p. 76.

91. Cette volonté de respecter les particularismes locaux des DROM s'est manifestée lors de la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 qui a conduit à la réécriture de l'article 73 de la Constitution. Celui-ci dispose que des adaptations peuvent être décidées par ces collectivités dans les matières où s'exercent leurs compétences et si elles y ont été habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement. Cet article se complète en disposant que : « par dérogation au premier alinéa et pour tenir compte de leurs spécificités, les collectivités régies par le présent article peuvent être habilitées, selon le cas, par la loi ou par le règlement, à fixer elles-mêmes les règles applicables sur leur territoire, dans un nombre limité de matières pouvant relever du domaine de la loi ou du règlement ».

92. L'analyse de la nouvelle rédaction de l'article 73 de la Constitution invite à faire plusieurs remarques. La première montre que le pouvoir constituant a implicitement accordé une primauté aux autorités locales des DROM pour prendre des mesures d'adaptation dans le domaine législatif ou réglementaire. C'est une rupture par rapport à l'ancien article 73 de la Constitution qui prévoyait que ce pouvoir d'adaptation, soit direct, soit par délégation, n'émanerait que du pouvoir réglementaire ou législatif. Mais le pouvoir constituant dans la nouvelle rédaction encadre ce pouvoir. Il ne peut s'exercer que dans les compétences de droit commun ou des compétences spécifiques aux départements ou régions d'Outre-mer.

93. La seconde remarque montre que le pouvoir constituant souhaite que le législateur et le pouvoir exécutif conservent une compétence pour habiliter les DROM à fixer les règles applicables sur leur territoire dans certaines matières.

Elle permet aussi aux DROM d'édicter des normes qui ne rentreraient pas dans leur champ d'application[80].

94. Le principe d'identité législative ne signifie pas pour autant que le pouvoir constituant souhaite imposer aux DROM une assimilation juridique absolue. Il a refusé d'adopter une position aussi rigide, même si cela remet en question implicitement le principe

---

[80] J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007, p. 84.

constitutionnel d'unité absolue du territoire. Le droit à la différence juridique pour les DROM s'explique pour des raisons historiques. Le régime juridique du principe d'identité législative aurait pu s'appliquer pour l'ensemble des possessions françaises, mais le pouvoir constituant en a décidé autrement pour les TOM[81].

95. L'application aux COM du principe de spécialité législative est une brèche ouverte au principe de l'État unitaire, indivisible et marque le droit à la différence institutionnelle.

96. Le principe d'identité législative repose sur l'application des lois et des règlements édictés par le Parlement et par le Gouvernement pour la métropole aux DROM. Appliqué au droit du travail, il en résulte que les salariés métropolitains et des DROM sont indifférenciés. C'est-à-dire que le législateur partira du postulat qu'ils évoluent dans le même environnement économique et social. Cette volonté d'imposer ce Jus commune aux DROM en se basant sur les dispositions de l'article 73 de la Constitution prend le risque de ne pas prendre en considération certaines réalités économiques, sociales de ces territoires très fragiles[82].

97. Conformément aux principes d'identité législative, l'ensemble des dispositions du Code du travail national s'applique aux DROM. Ainsi les mesures relatives à la conclusion, à la rupture du contrat de travail s'imposeront aux Assemblées territoriales de ces collectivités, malgré la reconnaissance de leurs spécificités constitutionnelles.

98. Il résulte de l'analyse du Code du travail que le législateur a tempéré les effets du principe d'identité législative en prenant en compte certaines réalités locales. En application de ce régime, le législateur a délégué, par la voie de l'ordonnance, la compétence au Gouvernement pour adapter certaines mesures nationales aux réalités des DROM.

---

[81] La révision constitutionnelle du 23 mars 2003 est innovante car elle atténue les effets du principe d'identité législative en permetant aux départements et régions d'Outre-mer de s'immiscer dans les prérogatives du pouvoir législatif et réglementaire. C'est un pouvoir d'adaptation législatif et réglementaire.

[82] Selon les statistiques, les DROM ont le triste record du taux de chômage au niveau national. Il dépasse les 20 %. Source Eurostat, année des données : 2010. Ce sont des territoires insulaires, cela a des impacts sur le coût des produits de première nécessité qui sont importés. Voir à ce sujet : Institut d'émission des départements d'Outre-mer, la grande distribution de détail à la Guadeloupe et à la Martinique, IEDM, 1996.

Cette délégation de compétence au profit du Gouvernement ne contrevient-elle pas aux dispositions de l'article 73 de la Constitution ? La question mérite d'être posée car celles-ci avaient pour finalité d'accorder une plus grande autonomie aux citoyens de ces territoires qui dans l'esprit du pouvoir constituant étaient les mieux placés pour adapter les mesures législatives ou réglementaires métropolitaines à leurs besoins.

99. La volonté de construction du Jus proprium des DROM dans le domaine du droit du travail reste essentiellement l'œuvre du législateur métropolitain. L'ambition du pouvoir exécutif et législatif est d'uniformiser le droit du travail national avec les DROM. Il ne fait aucune distinction entre les réalités économiques, sociales de ces collectivités et les réalités nationales. Il reste fidèle aux dispositions de l'article 1er de la Constitution qui proclame l'indivisibilité de la République et l'unité de la Nation.

100. Ce souci d'uniformisation affaiblit considérablement l'alinéa 2 de l'article 73 de la Constitution qui permet aux DROM d'adapter dans certaines matières les mesures législatives ou réglementaires. Or la situation économique et le développement de ces collectivités insulaires ne peuvent pas se concevoir dans les mêmes conditions que celles de la métropole. En effet lorsque le législateur entreprend des réformes dans le droit du travail, il se base essentiellement sur les données économiques, sociales du territoire national.

101. L'examen des dispositions du Code du travail montre que le législateur fait une application différenciée du principe d'identité législative dans le champ des relations individuelles et des relations collectives.

102. Dans le premier cas, on constate une mise en œuvre stricte du principe d'identité législative. Ainsi dans les DROM, selon les dispositions de l'article L. 3423-1 du Code du travail, le salaire minimum applicable en métropole est équivalent. Le législateur va plus loin en précisant que le salaire est relevé à la même date et dans les mêmes proportions que dans l'hexagone.

103. Il est surprenant que le législateur applique d'une manière aussi rigoureuse ce parallélisme juridique aux DROM. Il semble ne pas tenir compte des spécificités de ces collectivités reconnues à l'article 73 alinéa 3 de la Constitution. En effet ces territoires sont

des îles ; cette insularité représente un handicap majeur pour le développement de l'économie.

104. L'ensemble du système économique repose essentiellement sur l'importation, l'agriculture et les services[83]. La production locale reste très faible. Il en résulte un surenchérissement du coût de la vie par rapport à la métropole. Donc, n'aurait-il pas été plus pertinent que les assemblées exécutives fixent elles-mêmes, conformément aux dispositions de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution, le salaire minimum ?

105. Dans le deuxième cas, c'est-à-dire dans le domaine des relations collectives, le législateur adopte une position diamétralement opposée. Selon l'article L. 2222-1 alinéa 3, les accords collectifs conclus par les partenaires sociaux au niveau national ne sont pas d'application immédiate dans les DROM. En effet, il revient aux partenaires sociaux de décider si le champ d'application de ces accords englobe ces collectivités. Le législateur métropolitain va encore plus loin dans la mise en œuvre différenciée du principe d'identité législative dans les relations collectives.

106. L'article L. 2622-2 du Code du travail métropolitain énonce que lorsqu'une convention ou un accord collectif de travail national s'applique dans les DROM, les partenaires sociaux peuvent prévoir des modalités d'adaptation à la situation particulière de ces départements.

Le raisonnement du législateur se construit en deux temps. Dans un premier temps, il autorise les partenaires sociaux à déterminer si un accord national sera applicable aux DROM. Dans un second temps, ce sont ces derniers qui devront prévoir les mesures d'adaptation qui respecteront les spécificités de ces collectivités insulaires.

107. En déléguant à des personnes privées, en l'occurrence les partenaires sociaux, la faculté de prendre des mesures d'adaptation respectant les spécificités des DROM dans le domaine du droit du travail, le législateur semble dénaturer les dispositions de l'article 72 alinéa 2 de la Constitution ; lequel réserve cette faculté d'adaptation

---

[83] J.-P. Doumenge avec la collaboration de F. Doumenge et de J.-Y. Faberon, *L'Outre-mer français : DOM, P-TOM, CTR*, A. Colin, 2000.

exclusivement aux assemblée exécutives.

Les partenaires sociaux métropolitains sont-ils les mieux placés pour déterminer les mesures spécifiques pour ces collectivités insulaires ? Ne rencontreront-ils pas les mêmes difficultés que le législateur métropolitain qui ne dispose pas de tous les éléments pour juger des réalités locales ?

108. Le principe d'identité législative accorde une priorité majeure à une application stricte de la législation hexagonale dans le domaine du droit du travail. Il nie totalement les spécificités locales des DROM et les rares fois où le législateur national tente de les prendre en considération, il délègue cette compétence aux partenaires sociaux.

109. Le principe d'identité législative est spécifique aux DROM qui ont une histoire particulière avec la métropole ; par contre pour les COM et pour certaines autres entités sui generis, le pouvoir constituant a pris en compte, dès le départ de la colonisation, les particularités de ces territoires en instaurant le principe de spécialité législative.

2) Le principe de spécialité législative

a) Son objet

110. Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'Outre-mer selon les dispositions de l'article 74 de la constitution[84]. Celui-ci ajoute que les collectivités d'Outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République.

111. La définition proposée par la Constitution est insuffisante si on la compare aux collectivités territoriales de la métropole que sont les communes, les départements et les régions. Selon l'article 72 alinéa 2, les collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon.

112. Par contre, lorsqu'on se réfère à l'article 74 de la Constitution, on observe

[84] Article 72 de la Constitution du 4 octobre 1958.

une plus grande incertitude juridique quant à la définition d'un TOM. En effet selon les dispositions du texte, les collectivités d'Outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République. Ce statut est défini par une loi organique. Présent deux fois dans ce texte, le mot statut ne définit nullement la notion de COM. Il est surprenant que le pouvoir constituant ne l'ait pas préalablement défini, car de sa qualification dépendra le régime législatif, donc d'autonomie, que la Constitution accordera à cette collectivité.

113. La réponse à la question ne se trouve pas dans la Loi Fondamentale du 4 octobre 1958, mais dans les travaux de la commission qui avait élaboré la Constitution de 1946. Selon Monsieur Coste-Floret, l'un des responsables de la commission, les territoires d'Outre-mer sont la totalité des territoires, à l'exception de la Corse, qui ne font pas partie de la France continentale.

114. Cette définition pêchait par son imprécision, car elle prenait le risque de créer une confusion juridique entre les DOM et les TOM qui ne dépendent pas du même régime législatif. Le ministre de la France d'Outre-mer, Marius Moutet a pris ses distances par rapport à la commission. Il a proposé la définition suivante : « les départements français sont fixés par la loi tandis que les territoires d'Outre-mer reçoivent pour leur part un statut particulier ».

115. Certes, cette proposition a le mérite d'être plus claire, mais elle amène à d'autres interrogations. Car que signifie un statut particulier pour un TOM ? A la lecture de l'article 74 de la Constitution, le pouvoir constituant ne le précise nullement.

C'est une décision du Conseil constitutionnel en date du 22 juillet 1980[85] qui définit la notion d'organisation particulière. Le texte des Sages énonce dans le considérant 2 que « la loi soumise à l'examen du conseil constitutionnel fixe la composition et la compétence des juridictions pénales dans les TOM et, par voie de conséquence, modifie les règles du code de procédure pénale qu'elle rend applicable dans ces territoires ; que pour tenir compte des particularités insulaires de ces territoires, de leur dispersion sur de grandes étendues, de leur faible densité géographique et des difficultés de communication, l'organisation des

[85] DC n° 80-122, 22 juillet 1980 Rec. p. 49.

juridictions pénales retenue pour cette loi diffère de la métropole ; que cette loi, qui établit pour la justice pénale dans les TOM une organisation spécifique tenant compte des conditions propres à chacun d'eux, constitue un élément de l'organisation particulière de ces territoires ».

116. Le Conseil constitutionnel adopte-t-il une conception organique ou matérielle de l'organisation particulière de ces territoires ? La réponse à cette question est fondamentale car en s'orientant vers la première hypothèse, le principe de spécialité législative ne concernerait que les organes institutionnels des COM. Par contre, si on retient une conception matérielle, le domaine d'application du principe de spécialité législative serait alors très large et augmenterait l'autonomie législative des COM par rapport au Jus commune.

117. Dans sa décision du 22 juillet 1980, le Conseil constitutionnel semble avoir adopté une conception matérielle de la notion de l'organisation particulière des COM.

Des auteurs soutiennent que le Conseil constitutionnel a interprété cette notion de façon extensive et l'a confondu avec la législation applicable dans les TOM[86]. La position des sages est confirmée dans une décision du 31 octobre 1981 autorisant les dérogations au monopole d'État de la radiodiffusion[87].

118. En conclusion, le principe de spécialité législative serait l'obligation pour le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif métropolitain de consulter les Assemblées territoriales des COM avant tout projet ou proposition de lois qui auraient des incidences sur leurs organisations particulières. La révision constitutionnelle du 25 juin 1992 modifiant l'article 74 de la Constitution va encore plus loin dans la conception de l'organisation particulière des COM.

119. En effet, elle instaure l'obligation pour le législateur, dans le cadre de la loi organique, de consulter les Assemblées territoriales. Cela permet ainsi à ces collectivités

---

[86] A.-M. Blandel, *Le particularisme du régime législatif des territoires d'outre-mer : contribution à l'étude du cas de la Nouvelle-Calédonie,* Thèse Rennes , 1996.

[87] Décision n° 81-129 DC du 31 octobre 1981, Rec. p. 35.

de déroger à des règles qui demeurent applicables au reste de la République. Le conseil constitutionnel l'a confirmé dans une décision du 2 juillet 1965[88] en énonçant qu'une Assemblée territoriale peut recevoir compétence pour délibérer de matières qui relèvent normalement de la loi.

120. Le principe de spécialité législative, à la différence du principe d'identité législative, affirme une grande autonomie législative des Assemblées territoriales par rapport aux autorités institutionnelles de la Métropole. Cette autonomie s'inscrit dans le processus du pluralisme juridique qui reconnaît aux collectivités d'Outre-mer, dans le cadre d'un État unitaire, de sauvegarder et de protéger leurs spécificités historiques, culturelles, économiques dans des domaines prédéfinis.

b) Son application

121. L'article 74 de la Constitution ne précise pas le contenu des domaines qui seront soumis au principe de spécialité législative. Il est interessant d'observer que pour un sujet aussi important ayant des conséquences sur la nature même de l'État et la répartition des compétences entre la métropole et ses Territoires, que le pouvoir constituant n'ait pas déterminé les domaines dans lesquels s'appliquera le principe de spécialité législative. Est-ce une omission volontaire ou involontaire ?

122. Cela suppose, si celle-ci est volontaire, que le législateur hexagonal ne veut pas prendre le risque de limiter son champ d'intervention au profit d'une Assemblée territoriale. Mais en prenant une telle position, il accentue une insécurité juridique qui serait une violation du principe constitutionnel de l'intelligibilité et de clarté de la loi. Par contre si cette omission est involontaire, il reviendra aux juges constitutionnels et aux juges judiciaires et administratifs de construire cette summa divisio qui consistera à définir le champ d'application et le contenu du principe de spécialité législative[89].

123. Il semblerait que le pouvoir constituant a volontairement crée cette summa divisio afin de permettre un développement d'un Jus proprium outre-marin qui prendra en

---

88 DC n° 65-34 L du 2 juillet 1965, Rec. p. 75.

89 Dans cette configuration, il relèvera de la compétence du juge de définir les domaines entrant ou non dans le champ d'application des compétences de l'autorité locale.

considération « l'organisation particulière » de ces territoires. En application de ce principe, les COM bénéficient d'une organisation des relations du travail distincte de celle de la métropole. Avant la réforme des statuts de la Nouvelle-Calédonie issue des Accords de Nouméa du 5 mai 1998 et de la loi organique du 19 mars 1999, celui-ci relevait de l'article 74 de la constitution.

124. En application de ce régime juridique, la Nouvelle-Calédonie possède une autonomie dans le champ du droit du travail. Ce qui signifie que les autorités locales, conformément aux dispositions de la Constitution, ont obtenu une délégation partielle du pouvoir législatif et réglementaire afin d'édicter des normes contraignantes qui seront d'application immédiate sur l'ensemble du territoire.

125. Certains auteurs[90] vont plus loin en constatant que « la construction du droit du travail est considérée comme indépendante au sein de la République française ». Autrement dit, le Jus proprium du territoire dans le champ du droit du travail était prééminent par rapport au Jus commune. Cela n'a été possible que par une application très large du principe de spécialité législative qui accorde une grande autonomie au Territoire dans l'élaboration et parfois l'adaptation des règles normatives dans le droit du travail.

126. C'est une rupture totale avec le principe d'identité législative qui applique d'une manière stricte les normes métropolitaines. Parfois le législateur métropolitain va au-delà en laissant la possibilité aux partenaires sociaux métropolitains de décider si une norme sera applicable dans les DROM, ou des mesures spécifiques qui seront mises en œuvre.

127. Le principe de spécialité législative a pour effet que l'ensemble des normes visant le droit du travail en Nouvelle-Calédonie ne figure pas dans le Code du travail métropolitain. Ce sont des ordonnances qui vont prévoir les mesures spécifiquement applicables au Territoire. La Nouvelle-Calédonie en a connu plusieurs régissant le champ du droit du travail. L'éclatement des sources du droit du travail du Territoire a pour effet de renforcer une insécurité juridique.

---

[90] J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat : droit privé : Paris 2, 1996.

128. Car à la différence du principe d'identité législative où l'ensemble des dispositions du Code du travail métropolitain s'applique dans leurs intégralités, en Nouvelle-Calédonie les sources du droit travail sont multiples. Elles reposent sur des normes métropolitaines et territoriales[91]. Dans cette profusion de normes la volonté du législateur n'est pas d'appliquer les nouvelles évolutions législatives du droit du travail métropolitain à la Nouvelle-Calédonie, mais de rechercher les dispositions qui seront en harmonie avec les réalités économiques, culturelles et sociales du territoire.

B) La reconnaissance d'un droit local du travail

129. Pour garantir la spécificité du droit local du travail, le pouvoir métropolitain a mis en place une summa divisio. Celle-ci se matérialise dans un partage de compétences entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie. Ainsi le Jus commune relève de la compétence exclusive de l'État (1), tandis que le Jus proprium reste dans le domaine exclusif du territoire (2).

1) Le Jus Commune, compétence exclusive de l'État

130. Le principe de spécialité législative ne peut se réduire qu'à une simple technique juridique qui prendrait sa source dans les dispositions de l'article 74 de la Constitution. C'est une conception du pouvoir[92] entre la Métropole et la Nouvelle-Calédonie. Il en découlera des répercussions, en premier lieu sur les relations individuelles du travail dans le cadre de la formation, l'exécution et la rupture du contrat de travail. En second lieu sur les relations collectives du travail qui portent sur les questions relatives aux institutions représentatives du personnel dans l'entreprise, et les conflits collectifs.

131. Lors de l'adoption de la Loi n°52-1322 du 15 décembre 1952 instaurant un Code du travail dans les territoires et territoires associés relevant du Ministère de la France d'Outre-Mer, les débats soulèvent déjà la question sur la portée de cette répartition des compétences entre la Métropole et ses TOM, devenus depuis la loi du 28 mars 2003 des

[91] Il faut comprendre par là toute la portée de la summa divisio. En effet, les destinataires de la règle de droit seront soumis à deux sources différentes ayant chacun leurs légitimités spécifiques.

[92] Il existera des points de convergences, parfois de divergences. Car le pouvoir métropolitain et le pouvoir local ne définissent pas de la même manière les intérêts des destinataires de la règle de droit.

COM[93].

132. Ce principe de spécialité législative se réfère à deux conceptions du code du travail pour les TOM. La première préconise une conception universelle. En substance, cette position s'appuie sur le fait que l'ensemble des relations dans le contrat de travail se construit sur le principe du pouvoir qui renvoie à la subordination juridique et économique[94]. Ainsi, selon Monsieur Coste-Floret : « Partout où il y a salariat, les rapports entre employeurs et travailleurs nécessitent une réglementation commune ».

133. Les partisans de la conception universaliste vont au-delà en énonçant que les préoccupations de l'employeur sous toutes les formes modernes du travail salarié revêtent sous toutes les latitudes et parmi tous les peuples un caractère invariable. Les préoccupations de l'employeur sont les mêmes à Shanghai et à Pointe-Noire; elles s'appellent rendement, qualité, prix de revient. Celles du salarié ne varient guère non plus : juste rémunération, conditions de travail normales, protection, sécurité. Cette conception universaliste du droit du travail s'étend à partir du moment où l'un des membres du Conseil de la République ajoute que, sous quelque latitude que ce soit, un homme est un homme, ses besoins et ses préoccupations ne varient guère.

134. En application de cette position universaliste, ses partisans préconisent l'adoption d'un Code du travail unique qui s'appliquerait sur l'ensemble des territoires de la République. La barrière géographique ne doit pas être un obstacle pour garantir l'effectivité des droits des salariés aussi bien en métropole que dans les TOM. Cette approche du droit rattacherait ce courant au principe d'identité législative prévu à l'article 73 de la Constitution qui applique l'ensemble des normes métropolitaines du droit du travail aux DROM.

135. La seconde conception qui devait s'appliquer en Nouvelle-Calédonie opte pour un droit du travail qui respecterait la diversité des peuples autochtones. Que faut-il entendre par ce concept ? Notamment renvoie-t-il à la culture des autochtones qui n'auraient

---

93 J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.

94 P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004.

pas le même rapport au droit ? Ou cela fait-il référence aux caractéristiques économiques de ce territoire insulaire qui ne recouvrent pas les mêmes réalités que la métropole ?

136. Pour la Nouvelle-Calédonie, la question est plus complexe dans la mesure où la démographie de la population est plurielle. La subdivision admise est que cette population se divise en deux principaux groupes. Le premier est la population originelle de l'île que l'on appelle les Kanaks et le second groupe est la population Caldoche, autrement dit les nationaux qui ont étés installés en Nouvelle-Calédonie.

137. Il semble que les auteurs n'ont pas apporté de considération à cette question démographique, ce qui est surprenant au regard de la spécificité historique et culturelle de ce territoire[95]. Dans l'esprit des parlementaires, ce code devait avant tout assurer la protection de la population autochtone. Dans cette deuxième conception, la notion de diversité représente plusieurs réalités.

138. Cela recouvre, dans un premier temps, les questions culturelles et sociales. Constatant une différence importante entre la culture de la métropole et celle de la Nouvelle-Calédonie, les tenants de la diversité estiment « qu'il n'y a pas de législation sociale de type absolu applicable à l'ensemble des rapports sociaux du monde entier, car une législation sociale est toujours dépendante d'éléments qui varient de pays à pays, même à l'intérieur d'un pays ».

139. D'autres énoncent « qu'il faut penser aux petits employeurs autochtones, souvent illettrés, occupant quelques ouvriers conformément à des vieux usages et à des vieilles coutumes ». Les aspects culturels conduisent certains observateurs qui étaient d'accord pour ce nouveau Code du travail à reconnaître qu'il est essentiel de garder la possibilité d'adopter la réglementation du travail aux conditions ethniques démographiques, climatiques, sociales, et économiques de chaque territoire.

140. Dans la seconde perspective, les partisans du respect de la diversité mettent en avant les questions relatives à l'économie. Ils estiment que ce nouveau Code du

---

[95] Mélanesie 2000, organisée en 1975 par J.-M. Tjiabaou.

travail serait une catastrophe, un effondrement de l'économie des TOM. Ils persistent en soutenant que l'accroissement des charges de l'économie par ce nouveau Code risquerait de réduire le volume de l'emploi pour le plus grand dommage de ceux que l'on entend protéger. Cela aura finalement des incidences sur les prix de revient et, par là, sur l'économie toute entière.

141. Ces discussions parlementaires qui entouraient l'adoption du Code du travail de l'Outre-mer rappellent les débats contemporains opposant les partisans de la place de la Loi dans le droit du travail et les conventionnalistes en droit du travail. Le premier courant estime que la Loi est la meilleure garantie pour assurer une protection effective des salariés dans le cadre de cette relation contractuelle basée sur la subordination juridique, tandis que l'autre courant soutient que les partenaires sociaux dans le cadre de l'unité économique (l'établissement, l'entreprise, le groupe) seront les mieux placés pour déterminer les normes applicables.

142. La Loi, générale, abstraite, impersonnelle, ne peut réellement prendre en compte toutes ces réalités économiques et représente donc une entrave à la compétitivité de l'entreprise, donc de l'économie nationale, par rapport à une économie globale mondialisée[96].

143. Vouloir une chose ne signifie pas toujours que l'on puisse déterminer son contenu, sa finalité. Pour le Code du travail de l'Outre-mer étendu à la Nouvelle-Calédonie, la problématique était similaire. L'ensemble des acteurs politiques, des syndicats étaient pour le principe d'un code ; par contre il existait une divergence quant à la philosophie de celui-ci. Devait-il être universaliste ou devait-il respecter les spécificités de ce territoire ? Pour ne pas heurter la sensibilité de ces deux courants et permettre l'adoption du Code, une synthèse a été réalisée. Celle-ci s'est traduite dans une « summa divisio » qui a conduit à une répartition de compétences entre l'État et les Territoires dans le champ du droit du travail.

144. Ainsi un Code-cadre doit fixer les grands principes pour servir de support

---

[96] Ch. ATIAS, Sur E. Mackay et St. Rousseau, « *Analyse économique du droit »,* Paris, Dalloz, éditions Thémis, 2008.

aux diverses réglementations propres à chaque territoire. Il reviendra aux pouvoirs locaux de les appliquer selon les possibilités d'évolution de chaque territoire ou partie de territoire.

145. Ces grands principes sont l'élaboration, la construction d'un Jus commune en droit du travail qui relèverait de la compétence exclusive de l'État métropolitain. Autrement dit, c'est un droit du travail applicable à l'ensemble des salariés métropolitains et autochtones vivant sur le territoire calédonien. Ce Jus commune serait un socle en-dessous duquel aucune dérogation ne serait possible dans le droit du travail de ce territoire insulaire. L'État serait le garant de la protection des droits fondamentaux des salariés de la Nouvelle-Calédonie.

146. En retenant cette solution, le législateur donne une portée plus grande au principe de spécialité législative qui, comme on le rappelait précédemment, est plus qu'une simple technique juridique servant à répartir des compétences entre la Métropole et ses Territoires outres-marins. Cela deviendra d'ailleurs une source créatrice de droits pour les salariés concernés et une source de protection des spécificités économiques et sociales de la Nouvelle-Calédonie. Le Parlement a créé un système mixte qui juxtapose un Jus commune et un Jus proprium en droit du travail. Le premier relèverait de la compétence exclusive de l'État et le second de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie.

147. A ce stade de la réflexion, il sera nécessaire de déterminer ce que recouvre cette notion de Jus commune dans le champ du droit du travail. Concept juridique majeur dans l'élaboration du droit romain, le Jus commune signifie le droit commun. Celui-ci s'est construit en deux temps.

148. Le premier « vise la rencontre au Moyen Age du droit canonique et du droit romain qui a créé une certaine union entre les deux droits ». Ainsi la confrontation de ces deux systèmes juridiques n'a pas eu pour effet d'exclure un système de pensée juridique, l'un basé sur la coutume, l'autre sur un droit écrit, mais il a produit un droit commun basé sur une unité. Le deuxième temps conduit à définir le Jus commune comme le droit normalement applicable en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles dérogatoires.

149. La France, dans le cadre de ses relations avec ses colonies a été confrontée à de nombreuses difficultés. En effet au delà du rapport de force deux systèmes juridiques vont s'opposer.

Le premier, calédonien, très complexe, est basé sur la coutume ; le second, français, repose sur un droit écrit. Paradoxalement, cela n'a pas débouché sur un système juridique unique applicable sur ce territoire, mais à une summa divisio qui avait pour objectif de préserver les spécificités juridiques de la métropole et du territoire calédonien.

150. Le Jus commune renvoie explicitement au préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Celui-ci dispose que la France forme avec les peuples d'Outre-mer une Union[97] fondée sur l'égalité des droits et des devoirs sans distinction de race ni de religion. Il rajoute que l'Union Française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.

151. Mais le Jus commune applicable au droit du travail en Nouvelle-Calédonie s'écarte de la première construction qui créa une unité juridique entre le droit canonique et le droit romain ; au contraire, il s'appuiera sur le deuxième processus qui définit le Jus commune comme le droit général s'appliquant à toute personne rentrant dans son champ d'application en l'absence de dispositions légales ou conventionnelles dérogatoires. La définition proposée du Jus commune va bien au-delà. Il représente de fait l'ensemble des droits fondamentaux reconnus et garantis aux salariés autochtones. Il forme un socle commun, donc un droit commun auquel les autorités locales, assemblée territoriale et pouvoir exécutif, ne pourront pas déroger.

152. Ce Jus commune englobe deux niveaux. Le premier se compose des normes constitutionnelles qui ne pourront faire l'objet d'aucune dérogation, ou d'adaptation

---

[97] L'avènement de la IVème République a vu l'instauration de nouvelles institutions pour les colonies. Basée sur le principe d'égalité avec les peuples autochtones, le pouvoir constituant a instauré l'Union française. Selon l'alinéa 17, le préambule prévoit que l'Union française est composée de nations et de peuples qui mettent en commun ou coordonnent leurs ressources et leurs efforts pour développer leurs civilisations respectives, accroître leur bien-être et assurer leur sécurité.
Cette unité rencontre des limites car la loi du 5 octobre 1956 fixe à « 38 le nombre des députés d'Outre-mer soit un député pour 800 000 habitants environ, contre 544 pour la seule métropole, soit un député pour 80.000 habitants». J. Ki-Zerbo, *Histoire de l'Afrique noire d'hier à demain,* Hatier, 1978, p. 501.

de la part des autorités locales. Elles s'imposent à l'ensemble du corps social du territoire. Le deuxième niveau renvoie aux normes législatives. Celles-ci fixeront un cadre général opposable aux autorités locales. Par contre ces dernières pourront, conformément au principe de spécialité législative, y déroger, ou les adapter.

153. C'est dans cette perspective que la notion de Jus commune trouve toute sa pertinence dans le champ du droit du travail outre-marin. Le législateur métropolitain et le pouvoir exécutif, conformément à la finalité du Préambule, doivent prévoir une législation commune qui garantira les droits fondamentaux de la population autochtone calédonienne.

154. À titre dérogatoire, ayant constaté qu'il existe une grande disparité économique et sociale[98] entre la métropole et les TOM, il met en place d'une manière implicite un Jus commune dans le champ du droit du travail de ce territoire. Il s'appuiera sur les dispositions de l'article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qui énoncent que le législateur peut déroger au principe d'égalité entre les citoyens lorsque ces distinctions sociales sont fondées sur l'utilité commune.

155. Elle pourra s'élaborer uniquement dans le cadre d'un Jus commune qui débouchera sur l'adoption d'un Code du travail applicable aux TOM. Son contenu fixera un cadre, une colonne vertébrale qui sera une base intangible à laquelle l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie ne pourra pas déroger. Ce Jus commune sera la matérialisation, l'élément déclencheur de l'élaboration des droits fondamentaux des salariés calédoniens, à savoir la mise en œuvre implicite du principe d'égalité réelle entre les métropolitains et les habitants des TOM.

156. Ce Jus commune ne sera pas exclusivement d'origine législative, mais comprendra une source jurisprudentielle. Ainsi les juges judiciaires et administratifs occuperont d'une manière indirecte un rôle important dans la définition de ce Jus commune. Les magistrats de l'ordre judiciaire et administratif, par leurs créations prétoriennes, vont

---

98 J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat : droit privé : Paris 2, 1996.

compléter ce Jus commune.

157. En outre, le Jus commune englobera deux notions : la première sera organique et la seconde matérielle. S'agissant de la notion organique, le législateur, dans le cadre de ses compétences, sera l'organe qui aura une compétence exclusive pour élaborer les normes dans le droit local du travail. L'Assemblée Territoriale et le pouvoir exécutif de la Nouvelle-Calédonie seront exclus puisqu'incompétents pour prendre des mesures d'adaptation et de dérogation.

158. La notion matérielle, au contraire, signifie que le législateur métropolitain, conformément au Préambule de la Constitution de 1946, doit élaborer une législation dans le droit du travail dont sa finalité sera d'assurer la protection des droits fondamentaux des salariaux autochtones et de garantir l'effectivité de l'égalité réelle entre salariés métropolitains et calédoniens. Mais ce Jus commune rencontre des limites au regard de la spécificité statutaire de la Nouvelle-Calédonie. Le 15 mai 1947, le général de Gaulle déclarait déjà, à Bordeaux, que chaque TOM, dans le cadre de la Souveraineté française, devait recevoir le statut propre à son territoire[99].

159. En application de ce principe, un Jus proprium dans le champ du droit du travail sera accepté et reconnu explicitement par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 qui dispose que la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires.

2) Le Jus proprium, compétence exclusive du Territoire

160. Le Jus proprium « s'identifie à la lex specialis dérogeant au régime général ; il constitue l'exception par rapport à la règle ». Cela laisse entendre qu'il subsiste un droit commun dans le droit du travail qu'on peut dénommer le Jus commune. Cette lex specialis, ce droit particulier, peut aussi s'analyser « ouvertement en une faveur concédée à telle catégorie ou à telle personne ». On parle dans ce cas de Jus privilegium.

---

[99] P. Quantin, *Les méandres d'un discours fleuve : le cas de la représentation de l'Afrique noire dans le discours de Charles de Gaulle*, Centre d'étude d'Afrique noire, 1978.

161. Appliqué au droit local du travail, ce Jus proprium ne doit pas être interprété comme un privilège au sens matériel, mais ses objectifs sont plus larges. Il fait apparaître que le législateur métropolitain, conformément au préambule de la Constitution de 1946, cherche, dans l'élaboration du code du travail de l'Outre-mer, à respecter les spécificités économiques et sociales de la Nouvelle-Calédonie.

162. Ainsi ce Code confirme la position des parlementaires qui s'opposaient à un Code du travail universel. Leurs préconisations établissent que les critères déterminants pour refuser l'application d'un code unique applicable à l'ensemble des territoires ne résultaient pas des principes élaborés par le Préambule de la Constitution de 1946, mais exprimaient prioritairement des considérations économiques.

163. On découvre que le Jus proprium sera le deuxième versant du principe de spécialité législative. Car au delà d'un Jus commune, son objectif sera de garantir un espace de liberté législative et réglementaire aux Assemblées territoriales et aux pouvoirs exécutifs locaux. Cependant, cette spécificité reconnue à la Nouvelle-Calédonie dans le domaine du droit du travail aura des conséquences sur d'autres principes reconnus par la Constitution, en l'occurrence le principe d'égalité des citoyens devant la loi. En effet la loi n'aura parfois qu'un caractère supplétif par rapport aux domaines de compétences du pouvoir exécutif local et à l'Assemblée territoriale[100].

164. Cette summa divisio va engendrer la création d'une autonomie locale reconnue constitutionnellement. Afin qu'elle soit effective, le pouvoir constituant dérogera au principe d'unité législative qui caractérise l'État unitaire. Pour conserver une cohésion de l'État, il acceptera que la Nouvelle-Calédonie possède un Jus singular. C'est la première porte ouverte pour conduire à une émancipation du droit du travail.

165. Comme le Jus commune, le Jus proprium dispose d'un contenu organique et matériel. Dans sa conception organique, le Jus proprium fait référence aux autorités locales compétentes pour créer ou adapter le Jus commune d'origine législative dans le champ du droit du travail. Il englobe d'une part les élus des Assemblées territoriales, d'autre

[100] Rappelons que le Conseil constitutionnel n'existe pas au moment de l'entrée en vigueur du Code du travail le 15 décembre 1952.

part les représentants du pouvoir exécutif local[101].

166. Dans sa conception matérielle, il renvoie aux différents domaines dans lesquels ces autorités locales pourront intervenir dans le droit du travail. Ce champ d'intervention sera déterminé, non pas à la lumière d'une summa divisio prévue par le législateur ou le pouvoir constituant, mais en fonction du degré de précision de la rédaction des dispositions du Code du travail. Cette situation représente un risque d'insécurité juridique. C'est la raison pour laquelle les juridictions administratives et judiciaires occuperont une place primordiale dans la qualification de ce pouvoir de dérogation ou d'adaptation accordé aux autorités locales.

167. Précisons que ce Jus proprium dans le droit du travail n'est pas sans limite. D'une part, ce droit particulier doit respecter le Jus commune d'origine constitutionnelle et législative et, d'autre part, respecter les droits fondamentaux des salariés autochtones. Enfin, il sera soumis au contrôle du juge judiciaire et administratif. Ce Jus particular est la manifestation d'une liberté locale encadrée par une norme constitutionnelle. Car il doit s'articuler avec d'autres normes constitutionnelles, incluses dans le jus commune, qui protègent et garantissent les droits fondamentaux des salariés autochtones et métropolitains.

168. La summa divisio dans le champ du droit du travail applicable en Nouvelle-Calédonie interpellera sur plusieurs points. Ce Jus Proprium ne va-t-il pas entrainer une summa diviso dans la qualification du contrat de travail, donc créer une rupture d'égalité entre les salariés calédoniens et métropolitains ? Comment les autorités locales calédoniennes vont-elles utiliser cette autonomie ? Enfin, quelle sera la place du juge en cas de conflit entre le Jus commune et le Jus proprium ?

169. Toutes ces questions renvoient aux mêmes faisceaux. À savoir, quelle conception retiendront les autorités nationales et territoriales du salarié calédonien dans ce territoire insulaire ?

---

[101] Pour une analyse des institutions de l'Outre-mer voir J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.

PARAGRAPHE 2 : UNE CONCEPTION DUALISTE DU SALARIÉ

170. L'autonomie du droit local du travail des territoires d'Outre-mer a des répercussions sur la conception du salarié. L'autonomie verticale relevant de la compétence de l'État développa une conception métropolitaine du salarié, (A) tandis que l'autonomie horizontale développa une conception territoriale du salarié (B). Par la suite la summa divisio du droit du travail des TOM restera un modèle dans le processus d'émancipation du droit local.

A) La conception Métropolitaine

171. Le droit du travail dans les territoires d'Outre-mer dont fait partie la Nouvelle-Calédonie est marqué par une subdivision du travailleur. Ainsi les autochtones étaient exclus des mesures protectrices du droit du travail métropolitain (1) réservées aux seuls nationaux (2).

1) *Exclusion des travailleurs autochtones du droit du travail métropolitain*

172. Avant l'adoption du Code du travail du 15 décembre 1952, le législateur métropolitain a une conception dualiste de la population en Nouvelle-Calédonie. On distingue deux catégories de résidents. La première concerne les métropolitains, titulaires de la citoyenneté française. La deuxième catégorie vise les travailleurs autochtones. Instaurant une discrimination directe, le législateur métropolitain distingue deux types de salariés.

173. Les premiers, les citoyens français, sont les anciens transportés[102]. Ils sont soumis à une triple sanction. La première est la peine privative de liberté, la deuxième réside dans l'éloignement du territoire pour l'exécution de la peine, la dernière les condamne aux travaux forcés. Ils sont les premiers « travailleurs [103] », dans ce territoire. Non soumis aux dispositions protectrices du droit du travail, ils sont marginalisés socialement, politiquement lorsqu'ils sont libérés.

---

[102] Cette catégorie de sujet de droit avait pour finalité d'assurer un peuplement de l'île.

[103] En tant que salarié métropolitain ayant volontairement immigré en Nouvelle-Calédonie, ils ont donné librement leur consentement pour travailler.

174. Les seconds sont les nationaux qui ont volontairement immigré en Nouvelle-Calédonie. En tant que citoyens français et conformément au principe d'égalité, ils restent soumis au droit du travail métropolitain. En conséquence, ils peuvent prétendre à l'ensemble des dispositions protectrices des salariés expatriés[104]. Aussi, s'ils souhaitent s'installer définitivement, la législation française s'applique.

175. Ne possédant pas la citoyenneté française, les autochtones sont exclus de droits civils, politiques et sociaux. Ainsi le Gouverneur, représentant du pouvoir exécutif, réglemente les rapports entre ces travailleurs non libres et les employeurs[105].

176. « Dépositaire des pouvoirs de la République[106] », il dispose d'un pouvoir réglementaire total en l'absence d'une législation métropolitaine. Le principe de la hiérarchie des normes est annihilé au profit d'un système de confusion des pouvoirs. En conséquence, la notion même des droits fondamentaux reconnus par la Constitution de la IIIème République ne s'applique pas aux autochtones.

177. Cette situation fait apparaître à l'évidence que cette concentration de pouvoirs conduit à la disparition du droit, donc au respect des droits élémentaires des autochtones. Le consentement est réduit à néant et remplacé par une double domination, l'une étatique représentée par le Gouverneur, la seconde résultant des grandes compagnies minières privées. La notion « de bien commun » disparaît pour laisser la place à un pouvoir factuel qu'un auteur qualifie d'inductif[107].

178. Ainsi le pouvoir retrouve son sens primaire dans la relation contractuelle. Autrement dit, il renvoie au concept de la puissance, de la dépendance ou de l'autorité[108]. Dans cette relation contractuelle, manifestation d'un rapport de force déséquilibré, le co-

---

[104] Bénéficiant du statut de salariés expatriés, ils ne peuvent pas prétendre pour autant, en cas de rupture du contrat de travail à l'iniative de l'employeur à un rapatriement.

[105] Les compagnies privées titulaires de concessions minières pour l'exploitation du nickel avaient besoin de beaucoup de main-d'œuvre. Le gouverneur réquisitionne les travailleurs autochtones pour satisfaire aux besoins des compagnies privées. P.-F. Gonidec*, cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966.

[106] P. Gascher, *La belle au bois dormant : regards sur l'administration coloniale en Nouvelle-Calédonie de 1874 à 1894*, Société d'études historiques de la Nouvelle-Calédonie, 1975, p. 232.

[107] P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004, p. 27.

[108] *Ibid.*

contractant est chosifié.

179. Les raisons pour justifier cette concentration des pouvoirs sont multiples. Constatant que la main d'œuvre faisait défaut en Nouvelle-Calédonie, le Gouverneur a comblé ce vide en recourant aux autochtones.

180. Dans le secteur public, le travail forcé est utilisé pour la réalisation de travaux d'intérêt généraux tels que les travaux publics[109]. Cette pratique se fait dans le secteur privé. Cela permet aux Compagnies privées titulaires d'une concession de recourir à cette main-d'œuvre bon marché. Enfin pour les travaux et tâches domestiques, les particuliers, en l'occurrence les fonctionnaires, utilisaient les travailleurs autochtones.
Pour contraindre les autochtones à travailler, l'Administration utilise de nombreux procédés, représentant une atteinte flagrante aux droits fondamentaux.

181. La première méthode recourt à la fiscalité. Le Gouverneur fixe un impôt tellement excessif par rapport à leurs revenus que les autochtones, ne pouvant honorer cette créance fiscale, se retrouvent dans l'obligation de travailler pour l'Administration afin que leur dette disparaisse. « Appelée aussi prestations en nature, la Commission des mandats voyait dans ces prestations une forme déguisée de travail forcé non rémunéré. Le législateur a adopté une position contraire en soutenant que les prestations en nature, rachetables en argent, ne sont qu'une mesure d'ordre fiscal [110] ».

182. La deuxième méthode instrumentalise l'appareil judiciaire. Les juridictions répressives peuvent condamner les autochtones aux travaux forcés, une mesure alternative à la peine privative de liberté. La dernière technique utilise le recours à la création du délit de vagabondage. Un décret du 11 avril l930 impose aux travailleurs en fin de contrat d'une menace de rapatriement dans leur village d'origine s'ils ne travaillent pas sur un chantier ou sur une plantation.

183. Ces méthodes de travail ont été supprimées par de nombreux décrets à

---

109 P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966. p. 29.
110 P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966, p. 30.

partir des années 1920[111]. A ce stade de l'analyse, force est de constater que le pouvoir exécutif a établi une zone de non droit visant exclusivement les travailleurs autochtones calédoniens et se révélant être une parfaite discrimination.

184. Après la première guerre mondiale, les pouvoirs du Gouverneur ont été réduits au profit du pouvoir central. Le Président de la République avait la compétence exclusive pour légiférer par décret. Le fondement juridique de ce pouvoir est le sénatus-consulte du 3 mai 1954.

2) Une Application exclusive aux salariés nationaux

185. Les nationaux immigrants sur le territoire et les expatriés se voient appliquer de plein droit les dispositions du Code du travail de 1922[112]. La protection des expatriés est renforcée dans le domaine du licenciement et dans le cadre de la conclusion du contrat de travail. Dans le premier cas, l'employeur a l'obligation de prendre en charge le coût du rapatriement. Dans le cas d'un recrutement, si la période d'essai n'est pas concluante, les charges financières relatives au retour doivent être supportées par l'employeur.

186. Ces salariés nationaux bénéficient du principe d'égalité entre tous les travailleurs se trouvant dans la même situation. Le champ d'application territorial du droit du travail ne se limite pas au territoire national, mais couvre aussi les colonies. A ce titre, ils bénéficient des lois protectrices en matière d'accident de travail et des dispositions des conventions collectives.

187. Par contre, les condamnés aux travaux forcés qui font l'objet d'une mesure d'éloignement du territoire ne peuvent aucunement bénéficier des mesures protectrices du droit du travail. Ils sont soumis au même régime juridique que les autochtones.

---

[111] Le décret du 4 novembre 1922 proclame la liberté du travail lorsqu'il s'agit d'intérêt privé.

[112] M. Fabre, *Le sort du travailleur expatrié aux colonies. Des juges entre intransigeance et mansuétude,* Extrait de, *Le Juge et l'Outre-mer. Les roches bleues de l'Empire colonial*, Lille, Centre d'histoire judiciaire, 2004, (*Histoire de la justice*), p. 345-370.

188. Les problématiques relatives au droit du travail en Nouvelle-Calédonie ne rentrent pas dans les priorités législatives du Parlement. Cette abstention s'explique pour plusieurs raisons. La première résulte d'une délégation totale de son pouvoir au profit du Gouverneur. Celui-ci, représentant du pouvoir exécutif, est aussi le représentant du pouvoir législatif. Concentrant tous les pouvoirs, l'objectif principal des Gouverneurs de la Nouvelle-Calédonie est d'accroître la démographie de l'île et d'assurer son développement économique. La seconde raison repose sur la faiblesse de la présence syndicale sur le territoire. En conséquence, il est bien difficile de voir les revendications des travailleurs autochtones relayées au niveau national du Parlement. La défense de ces derniers est assurée par les missionnaires français et anglais.

189. Les doléances, les observations sont portées directement auprès du Gouverneur. Enfin, le dernier motif s'appuie sur un problème géographique. La Nouvelle-Calédonie fait alors partie des Territoires d'Outre-mer mais, bien qu'étant une colonie, les enjeux financiers et territoriaux de ce territoire sont, évidemment, infiniment moins importants que ceux de l'AOF et l'AEF qui constituent la plus grande partie des territoires de la France d'Outre-mer.

Pour toutes ces raisons, un pan entier du droit métropolitain ne s'applique pas aux travailleurs autochtones. En l'absence d'un droit spécifique, c'est le droit international qui s'est substitué au droit national afin de leur garantir certains droits fondamentaux[113].

B) La conception Territoriale

190. La Nouvelle-Calédonie évoluait dans un système juridique où la discrimination entre les salariés nationaux et les autochtones était la règle. En l'absence d'un État de droit, la norme ne remplissait qu'une fonction primaire reposant sur la protection exclusive de l'ordre public et non celle de garantir l'effectivité des droits fondamentaux des

[113] Le Professeur Gonidec montre bien, dans son traité consacré au droit du travail dans l'Outre-mer le rôle majeur de la Société des Nations et de l'Organisation internationale du travail dans la protection des travailleurs autochtones. P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966.

sujets de droit. Ainsi cette réflexion portera, dans cette partie, essentiellement sur les travailleurs autochtones, car les salariés nationaux bénéficient des dispositions du Code du travail métropolitain.

191. En application de ce parallélisme juridique, la conception du travailleur autochtone a progressivement évolué. On constate que le législateur métropolitain et le pouvoir exécutif sont allés au-delà de l'incompétence négative, dans la mesure où ils ont délibérément délégué leurs compétences aux autorités administratives et exécutive représentées par le Gouverneur de la Nouvelle-Calédonie.

192. La conception du « salarié » autochtone évolue entre les deux périodes de transitions constitutionnelles entre la IIIème et la IVème République. Avant 1946, il n'existait aucune réglementation spécifique dans le domaine du droit du travail pour les travailleurs autochtones. Cette situation perdurera jusqu'à la première guerre mondiale. Ce n'est qu'en 1918, avec l'apparition de la Société des Nations (SDN), qu'une législation est apparue pour garantir les droits élémentaires de ces travailleurs. La possibilité de distinction entre les nationaux et les autochtones a permis aux institutions internationales d'occuper une place majeure pour garantir et protéger les travailleurs autochtones calédoniens.

193. Le fondement juridique de cette immixtion du droit international dans le droit interne est le traité de Versailles du 28 juin 1919. La partie XIII du traité de Versailles a mis en place l'Organisation Internationale du Travail (OIT). Cette organisation jouera un rôle majeur dans l'abolition des discriminations entre les salariés nationaux et les travailleurs autochtones des TOM[114].

Ainsi l'article 154 du traité prévoyait que les membres s'engageaient à appliquer les conventions auxquelles ils avaient adhéré à celles de leurs colonies ou possessions et à ceux de leurs protectorats qui ne se gouvernent pas pleinement eux-mêmes. Cela sous les réserves suivantes : 1° que la convention ne soit pas rendue inapplicable par les conditions locales ; 2° que les modifications qui seraient nécessaires pour adapter la convention aux conditions locales puissent être introduites.

---

[114] P.-F. Gonidec, M. Kirsch , *Droit du travail des TOM*, L.G.D.J, 1958, p.77.

194. La discussion de ce texte invite à faire plusieurs observations. La première concerne son champ d'application territorial. On constate que celui-ci n'a vocation qu'à s'appliquer dans les TOM. Autrement dit, cela visait les territoires qui ne possédaient aucune souveraineté. Possession française, la Nouvelle-Calédonie faisait partie des TOM, donc les conventions internationales devaient théoriquement s'y appliquer.

195. La deuxième observation repose sur l'absence de mention quant à son champ d'application personae. Etait-ce une omission volontaire ? Il semblerait que non car l'OIT adoptait une conception universaliste du droit. C'est-à-dire que les conventions internationales devaient s'appliquer d'une manière indifférenciée aux travailleurs autochtones et aux salariés nationaux. L'OIT s'interdisait elle-même d'installer une discrimination entre les salariés métropolitains et autochtones.

196. Sur la base de la convention n°4 de 1905 et 1906 relative à l'interdiction du travail de nuit des femmes employées dans l'industrie, la France, par le décret du 28 décembre 1937, l'a étendu à la Nouvelle-Calédonie.

197. Les conventions internationales n'ont pas d'effet direct et immédiat en Nouvelle-Calédonie, même si la France les ratifie. Sur le plan international, la France est le pays qui a ratifié le plus grand nombre de conventions ; par contre, dans les colonies, celles-ci n'étaient pas transposées. Seul un décret présidentiel pouvait leur donner un caractère contraignant. Lorsque cela fut le cas, les TOM ont dû parfois attendre le décret de transposition plus de 10 ans[115].

198. C'est donc avec l'influence du droit international que la conception du travailleur local a fortement évolué. Cette situation est paradoxale alors qu'un décret du 4 décembre 1911 a instauré un comité permanent de la législation coloniale et la prévoyance sociale. Cet organe était rattaché au Ministère des Colonies. Sur la base de ces recommandations, le pouvoir central, par décret du 14 décembre 1911, a étendu les dispositions du Code du travail métropolitain à la Nouvelle-Calédonie.

---

[115] P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J., 1966.

199. Durant cette période où il existait une négation de la loi, ce sont les conventions collectives, lorsqu'elles ont été étendues par décret à la Nouvelle-Calédonie, qui ont permis aux travailleurs calédoniens de basculer à un statut de salariés[116].

200. A ce stade de l'analyse, il est intéressant de constater que le pouvoir central refusait d'appliquer le principe d'égalité entre les autochtones et les nationaux. Lorsqu'une disposition législative dans le droit du travail devait s'appliquer dans les colonies, il revenait au Gouverneur, conformément à son pouvoir réglementaire élargi, de prendre les mesures afin que ce décret corresponde aux réalités locales. Ainsi, conformément au principe de spécialité législative, il revenait au Gouverneur de créer le Jus proprium dans le champ du droit local du travail visant exclusivement les travailleurs autochtones. L'objectif principal de ce Jus proprium était de répondre aux besoins des grandes compagnies et d'assurer une politique de peuplement du territoire en construisant les bases des grands services publics.

201. La fin de la seconde guerre mondiale jouera un rôle majeur dans l'évolution du droit local du travail qui était basé sur un système juridique différentialiste créant une inégalité injustifiée pour les travailleurs autochtones. Une grande partie du droit outre-marin classique basculera vers « un mystique de l'égalité »[117] qui sera le fil conducteur de la construction et de l'autonomie du droit du travail.

SECTION 2 : LA PRÉÉMINENCE DU POUVOIR LÉGISLATIF

202. Le Code du travail de 1952 fut la première codification d'un genre nouveau. Il avait pour objectif de reconnaître l'autonomie juridique des colonies françaises dans le champ du droit du travail. Les opposants au texte ont mis en avant que l'instauration d'un tel code, qui appliquerait les mêmes dispositions que le droit national, créerait un surcoût du travail et nierait la réalité culturelle des autochtones, tandis que l'autre courant préconisait le principe d'harmonisation afin de garantir les mêmes droits à l'ensemble des salariés. Malgré ces divergences, le Code du travail de 1952 reste une belle avancée pour le

---

116 Décret du 14 décembre 1936, 2 mars 1939, 4 décembre 1939.

117 P.-F. Gonidec, "*Une mystique de l'Egalité : le Code du travail des TOM.*," L.G.D.J., 1953, Paris.

respect des droits fondamentaux dans le champ du droit du travail (§1), aussi abandonne-t-il l'idée d'une conception universaliste du droit du travail (§2). A ce stade de la réflexion, le concept même d'autonomie se définissait exclusivement dans la relation entre l'autorité administrative, représentée par le Gouverneur, et le pouvoir métropolitain.

PARAGRAPHE 1 : UN DROIT DU TRAVAIL PROGRESSISTE

203. La qualification juridique est peut être l'exercice le plus difficile. En effet, les droits du sujet seront déterminés, en fonction de la qualification retenue par la loi, soit par le juge, soit par l'autorité administrative. Il en est de même pour les autochtones calédoniens.

204. Qualifiés dans un premier temps de travailleurs lorsque le droit local était sous la tutelle du Gouverneur, le Code du travail de 1952 s'est détaché de cette qualification. Il a consacré le principe de l'égalité entre les salariés métropolitains et les travailleurs autochtones conformément au préambule de la Constitution de 1946 qui proclamait aussi le respect des droits fondamentaux des salariés autochtones (A). Ce progrès juridique dans le droit local a eu pour effet une forte limitation des pouvoirs du Gouverneur (B).

A) Respect des droits fondamentaux

205. Le Code du travail des TOM a intégré les droits fondamentaux garantis auparavant exclusivement aux salariés nationaux. Il a supprimé une discrimination conduisant au respect du principe de l'égalité de traitement (1). Ces droits portaient sur une protection contre le travail forcé et le licenciement (2).

1) Suppression de la discrimination salariale

206. Après avoir institutionnalisé une discrimination sociale et politique depuis

la conférence de Berlin de 1885[118] qui consacre le partage du continent africain entre les puissances occidentales, l'Europe, après la fin de la seconde guerre mondiale, instaure une nouvelle philosophie politique qui se répercutera sur le système juridique. Il est utile de consacrer une réflexion sur la notion de discrimination qui recouvre plusieurs réalités dans le cadre de ce sujet. Elle jouera et occupera un rôle majeur dans l'émancipation du droit du travail.

207. Un célèbre auteur a peut-être[119] été le premier à constater que la suppression de la discrimination dans le champ du droit du travail devait être entendue d'une manière plus large. Autrement dit, les autochtones recherchaient cette égalité en droit qui ouvrirait la porte de « la liberté du travail, liberté de contracter, liberté de s'associer, liberté de cesser le travail comme moyen de faire triompher les revendications de la classe ouvrière »[120].

208. Ce rejet de la discrimination est le « rejet du phénomène colonial construit sur la domination ». Les autochtones « souhaitent substituer une société démocratique à base d'égalité où il n'y aurait plus ni dominants ni dominés».

209. Les rédacteurs de la Constitution de 1946 s'inspireront de ces grands principes pour fixer les nouvelles bases constitutionnelles qui bousculeront un pan entier du droit outre-marin. Ce bouleversement juridique a eu des répercussions dans le domaine du droit social.

210. Il a appliqué aux autochtones les principes fondamentaux issus de la DDHC de 1789 qui promeuvent dans l'article 1er le principe d'égalité de tous les citoyens devant la loi. Les distinctions ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

---

[118] Après la conférence de Berlin de 1885 qui consacre le partage du continent africain entre les puissances occidentales, la France instaure le Code de l'indigénat applicable aux populations autochtones des colonies. Elle ne fait qu'étendre le Code de l'indigénat applicable en Algérie dès 1823.
J. Ki-Zerbo, *Histoire de l'Afrique noire d'hier à demain,* Hatier, 1978.

[119] P.-F. GONIDEC, *Une mystique de l'Egalité : le Code du travail des TOM*., L.G.D.J., 1953.

[120] En ce sens s'inscrivent les idées libérales d'Alexis de Tocqueville qui déclarait que les peuples ont pour l'égalité « une passion ardente, insatiable, éternelle, invincible ; ils veulent l'égalité dans la liberté, et s'ils ne peuvent l'obtenir, ils la veulent encore dans l'esclavage, ils souffriront la pauvreté, la barbarie, mais ils ne souffriront pas l'artistocratie » .

211. C'est dans cette perspective que le pouvoir constituant va s'inspirer des dispositions de la DDHC de 1789 pour ouvrir les premières voies d'une politique d'action positive au sens du droit communautaire[121] pour combattre la discrimination étatique dans le domaine du droit du travail en Nouvelle-Calédonie.

212. En se basant sur la définition proposée par la Cour de justice de la Communauté européenne[122] (CJCE) dans son arrêt Kalanke du 17 octobre 1995[123], une action positive[124] est une mesure d'apparence discriminatoire visant à favoriser spécialement un groupe d'individus afin d'éliminer ou de réduire des inégalités de fait pouvant exister dans la réalité de la vie sociale.

213. Cette volonté du pouvoir constituant va se traduire dans plusieurs dispositions de la constitution de la IVème République qui mettront en lumière le principe d'égalité. Cela se traduira, dans un premier temps, dans l'article 80 de la Constitution qui octroiera la citoyenneté à tous les ressortissants des territoires d'Outre-mer de l'Union française leur assurant la jouissance des droits et libertés garantis par le préambule de la présente Constitution.

214. Dans un deuxième temps, le préambule de la Constitution de 1946 énonce que la France forme avec les peuples d'Outre-mer une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion. Enfin ces actions positives seront élevées aux rangs constitutionnels. C'est-à-dire que le pouvoir constituant va, d'une manière délibérée et permanente, viser une minorité dans la Loi Fondamentale afin de la protéger ou la prévenir d'une discrimination directe ou indirecte à l'encontre des travailleurs autochtones. Ces lois constitutionnelles constitueront la clef de voûte des institutions publiques qui mettront en œuvre les actions positives dans un territoire.

215. La prégnance de la discrimination entre les travailleurs autochtones et les

---

121 En France, on emploie le terme de discrimination positive.

122 Devenue, depuis le Traité de Lisbonne, la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE).

123 Kalanke, 17 oct. 1995 C-450/93.

124 Ce terme semble plus approprié. Car il a pour effet de mieux qualifer la réalité juridique. En effet lorsque les pouvoirs publics ou des acteurs privés mettent en place des actions normatives pour rééquilibrer certaines inégalités sociales, économiques cela s'inscrit dans un ensemble de processus que l'on pourrait qualifier d'action positive.

salariés nationaux est si fortement institutionnalisée que le pouvoir constituant a consacré plus de trois articles dans la Loi Fondamentale afin de rappeler le principe d'égalité entre les nationaux et les autochtones[125].

216. Mais cette recherche de l'égalitarisme constitutionnel va rencontrer des limites et susciter d'autres questions relatives à l'identité culturelle des autochtones. Ainsi dès 1945, un auteur anglais avait déjà soulevé les spécificités des sociétés d'Outre-mer[126].

217. La société d'Outre-mer est une société complexe : « une société complexe est une société dans laquelle deux ou plusieurs groupes vivent à côté mais isolés dans une unité politique donnée. Chaque groupe conserve sa propre religion, sa propre culture et ses propres manières de vivre. Le caractère le plus évident cependant est que la tension existant partout entre des classes ayant des intérêts économiques opposés est aggravée par des différences de race ».

218. Ainsi pour préserver ce particularisme des peuples de l'Outre-mer, le pouvoir constituant avait volontairement écarté le principe d'égalité entre les autochtones et les nationaux dans les colonies dans le cadre de l'application de la loi. Cette exclusion repose sur le principe de spécialité législative qui écarte l'application des lois votées dans les TOM[127].

219. Ce texte peut être analysé sous deux angles. Le premier aspect est le suivant : lorsqu'il a été mis en place par le pouvoir royal, la finalité du principe de spécialité législative était basée sur le réalisme culturel et économique et social. Cela conduisait à reconnaître les spécificités de la Nouvelle-Calédonie en tant que colonie. Le principe du réalisme a donné naissance au réalisme juridique qui excluait l'application directe et immédiate des mesures législatives prises au niveau de la métropole.

---

[125] Pendant la seconde guerre mondiale, les autochtones ont été mobilisés pour défendre la France. Pour les remercier et construire de nouvelles bases politiques, économiques et sociales, la France leur a donné les mêmes droits qu'aux nationaux (droit de vote).

[126] Dr L.S Furnivall. Netherlands india, a study of plural economy, 1939 et Fabian colonial essays, p. 194.

[127] Le principe de spécialité législative date des lettres royales de 1744 et de 1746. Elles prévoyaient que les décisions du Roi ne s'appliquaient dans les colonies que sur ordre spécial. Ce principe sera repris continuellement par toutes les nouvelles constitutions.

220. Le second aspect peut être traduit de la manière suivante : la reconnaissance des particularismes locaux a amené à exclure aussi la population autochtone de certaines avancées dans le champ du droit social acquis dans la métropole. Paradoxalement, cela a renforcé le pouvoir du Gouverneur dans le champ du droit du travail.

221. Cette réglementation spécifique a créé un relativisme juridique qui a permis l'émergence et l'institutionnalisation de la discrimination dans le droit du travail. Le Jus proprium dans le champ du droit du travail, qui reposait exclusivement dans la volonté du représentant de l'État, a instauré une inégalité qui reposait constitutionnellement sur le principe de spécialité législative.

222. La Constitution de 1946, en accordant la qualité de citoyens aux autochtones de la Nouvelle-Calédonie, va modifier le rapport au pouvoir entre les employeurs et les travailleurs autochtones. En effet le statut du travailleur autochtone va évoluer pour basculer partiellement dans le droit commun. Il deviendra un salarié qui bénéficiera des mesures protectrices du droit du travail.

223. Alors que la Loi Fondamentale de 1946 instaure le principe d'égalité entre les autochtones et les métropolitains, paradoxalement, on observe que cet élan d'égalitarisme, qui se confond dans le cadre du code du travail avec l'interdiction des discriminations, ne s'est pas matérialisé dans le code du travail des territoires d'Outre-mer d'une manière aussi explicite.

224. En effet, deux articles seulement font référence au principe d'égalité. Le premier concerne la définition du travailleur. L'article 1er du Code dispose qu' « est considérée comme travailleur au sens de la présente loi, quels que soient son sexe et sa nationalité, toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée. Pour la détermination de la qualité de travailleur, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employeur, ni de celui de l'employé ».

225. Cette notion d'égalité se retrouve aussi dans l'article 91 du code qui

prévoit « qu'à conditions égales de travail, de qualification professionnelle et de rendement, le salaire est égal pour tous les travailleurs quels que soient leur origine, leur sexe, leur âge et leur statut dans les conditions prévues au présent titre ».

226. L'analyse de ces dispositions montre que le législateur fait référence implicitement au principe de non-discrimination qui devra être la clef de voûte du droit du travail outre-marin et marquera la rupture avec la précédente législation basée sur une discrimination institutionnalisée.

227. Pour en arriver à cette conclusion, il est nécessaire de constater que le législateur utilise, dans deux articles différents du code, les mêmes termes qui, aujourd'hui, renvoient au principe d'interdiction générale de la non-discrimination prévu à l'article Lp. 112-1 du code du travail calédonien.

228. Il est regrettable que le législateur n'ait pas, dans le cadre de ce nouveau code, prévu de dispositions spécifiques qui interdisent d'une manière explicite l'interdiction de toute discrimination directe ou indirecte dans le champ du droit du travail outre-marin. On pourra avancer comme argument que cette rédaction n'était pas pertinente dans la mesure où, selon la théorie de la hiérarchie des normes[128], les normes supérieures s'imposent aux normes inférieures.

229. Après l'interdiction dans la Loi Fondamentale de toutes discriminations entre les nationaux et les autochtones, le législateur, fidèle aux principes directeurs du code civil basé sur le consensualisme et la liberté contractuelle, proscrira d'une manière claire le travail forcé dans le code du travail.

2) Suppression du travail forcé

230. Le travail forcé est apparu dans les colonies après que la France ait aboli l'esclavage sur son territoire et dans ses possessions[129]. Devenue colonie française en 1853,

---

128 G. Carcassonne, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Dalloz , 2005.

129 Le décret du 4 février 1794, inspiré par les idées des Lumières, a aboli l'esclavage dans l'ensemble des colonies. Napoléon rétablit celui-ci par la loi du 20 mai 1802. Ce n'est que 46 ans plus tard, par la loi du 25 février 1848, que l'esclavage est entièrement aboli. Voir Ch. Taubira, textes présentés par A. Castaldo, Codes noirs, Dalloz, 2006.

la Nouvelle-Calédonie n'a pas connu l'esclavage, mais les habitants ont été soumis comme l'ensemble des colonies aux régimes du travail forcé[130].

231. Le travail forcé, selon ses concepteurs,[131] avait pour objet d'assurer la réalisation des travaux d'intérêt général (routes, ponts, voies ferrées) dans les colonies afin de garantir « le développement des cultures d'exportation sur une grande échelle »[132]. Ne parvenant pas à peupler ces territoires et à attirer les travailleurs migrants, l'Administration a instauré le travail forcé.

232. Pour la Nouvelle-Calédonie l'organisation du travail forcé relève de la compétence du Gouverneur. Ayant une autonomie large, il détermine les grandes orientations économiques. La main d'œuvre autochtone remplit plusieurs fonctions sur le territoire. Elle supplée ce manque. Elle aide aussi les prisonniers condamnés aux travaux forcés pour la construction des axes routiers.

233. Juridiquement, les différences entre les travaux forcés et l'esclavage sont très légères. En premier lieu, ces deux systèmes ont comme point commun d'être organisés, réglementés par la puissance publique[133]. Dans ces deux régimes, le consentement de l'individu est annihilé, il est chosifié, et le sujet de droit disparait pour laisser la place à une machine-outil réduite à la seule force du travail.

234. Par contre, l'esclavage se distingue des travaux forcés car le premier vise le travail dans le secteur privé organisé par des personnes physiques ou morales de droit privé. Le second concerne essentiellement les travaux dans le secteur public organisé par la puissance publique[134].

235. Après la seconde guerre mondiale, les puissances coloniales, sous

---

130 P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J. , 1966.

131 Pendant cette période les colonies avaient une économie bilatérale qui se réalisait exclusivement avec la métropole. M. Guernier ; préface de H. Truchy, *Essai sur une politique économique de l'Empire français*, A. Pedone, 1936.

132 P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966.

133 Ch. Taubira, textes présentés par A. Castaldo, "*Codes noirs*", Dalloz, 2006.

134 Cela concerne essentiellement les travaux de voiries, aménagement des marécages.

l'impulsion de la S.D.N[135], de l'O.I.T, ont pris conscience qu'il était nécessaire de cesser cette pratique[136]. Pour l'abolir, les instances internationales ont dû la définir. En conséquence, la première définition retenue est celle posée par la Convention du 26 juin 1930 qui interdisait le travail forcé.

236. Ainsi, le travail forcé est « tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de son plein gré ». Autrement dit le consentement du salarié doit être donné librement. Mais les auteurs de la Convention écartaient certaines formes de travaux forcés.

237. La première exclusion concernait les lois qui exigeaient un travail dans le cadre du service militaire. La seconde écartait le travail ou le service qui faisait partie des obligations civiques normales des citoyens, dans un pays se gouvernant pleinement lui-même. La troisième ne retenait pas comme travail forcé celui qui est exécuté comme conséquence d'une condamnation judiciaire pour le compte de l'Administration. La quatrième notion rejetée comme travail forcé était celle qui était exigée dans les cas de force majeure : guerre, sinistre. Enfin la dernière, qui est discutable, écartait les menus travaux de village, ce qui vise les travaux exécutés sous la direction de chefs de village pour le compte de la collectivité[137].

238. La convention prohibant les travaux forcés a été ratifiée par 29 États. Par contre, la France l'a fait beaucoup plus tardivement. C'est la loi du 17 juin 1937 qui acte cette ratification. Faut-il en déduire pour autant que cette convention peut être invoquée par les autochtones calédoniens ? Au regard du droit interne, il semble que celle-ci, bien que ratifiée par l'État français, ne soit pas applicable directement en Nouvelle-Calédonie.

239. En effet, conformément au principe de spécialité législative, les lois et les conventions ne sont applicables en Nouvelle-Calédonie que si celles-ci la prévoient expressément. En l'absence de dispositions expresses permettant son application immédiate,

---

135 Elle a été remplacée par l'Organisation des Nations Unies (ONU) le 24 octobre 1945.

136 P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966 p.32.

137 Cette question n'est pas facile car les Kanaks n'ont pas la même conception du travail que le monde occidental. En effet, le travail doit être interprété comme une œuvre collective pour la collectivité. Même si l'on travaille pour le Chef du village, on travaille indirectement pour la collectivité.

il est nécessaire qu'il y ait une promulgation[138] locale prise par le Gouverneur, représentant du pouvoir exécutif et législatif en Nouvelle-Calédonie[139].

240. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu par la Chambre Criminelle le 16 et le 30 janvier 1913, a refusé qu'une convention internationale soit applicable dans une colonie française au motif que celle-ci n'a pas été promulguée par le Gouverneur général alors que le chef de l'État l'avait ratifiée[140].

241. Par analogie, on peut en déduire la même solution de principe en ce qui concerne la ratification par la France de la Convention abolissant le travail forcé dans les colonies. Celle-ci était inapplicable en Nouvelle-Calédonie en raison de l'absence du décret local du Gouverneur.

242. En raison de l'inefficacité de cette ratification, le Parlement a voté la loi du 6 avril 1946 interdisant d'une manière absolue dans les colonies le travail forcé. Cette loi, qui semble être un progrès, n'est pas exempte de critiques. Premièrement le législateur métropolitain, à la différence de la convention internationale de l'OIT, ne définit pas les travaux forcés et, deuxièmement, cette loi ne prévoit aucune sanction à l'égard des auteurs de telles pratiques.

243. Ce manque de clarté, qui aura des effets sur l'effectivité de la règle de droit, ne semble pas involontaire de la part du législateur. En effet les travaux forcés profitaient essentiellement à la puissance publique afin de mettre en œuvre sa politique de grands travaux dans le territoire.

244. Prévu dans les dispositions générales du code, celui-ci dispose que le travail forcé ou obligatoire est interdit de façon absolue. Le terme « travail forcé ou obligatoire » désigne tout travail ou service exigé d'un individu sous la menace d'une peine

---

138 La promulgation a été établie pour la Nouvelle-Calédonie par un décret du 12 décembre 1874.

139 La promulgation constitue un acte juridique, une décision prise par le gouverneur en forme d'arrêté. P. Lampué, *La Promulgation des lois et des décrets dans les territoires d'Outre-mer,* Guillemot et de Lamothe, 1956, p. 21.

140 Une telle solution montre la spécificité des territoires d'Outre-mer qui ont un régime juridique particulier. Ce qui est intéressant, c'est que la Haute juridiction administrative protège la spécificité juridique des territoires outre-marins même en présence de la ratification d'un traité international.

quelconque et pour lequel ledit individu ne s'est pas offert de plein gré.

245. Ce texte est complété par l'article 228 du code du travail des TOM qui prévoit que seront punis d'une amende de 2000 à 20 000 francs et d'un emprisonnement de 6 jours à 3 mois, ou l'une de ces deux peines, les auteurs d'infractions aux dispositions de l'article 2.

246. A plus d'un titre, ces mesures législatives nécessitent plusieurs remarques. Premièrement, il efface les lacunes rédactionnelles de la loi d'avril 1946 prohibant le travail forcé. Le législateur définit d'emblée la notion de travail forcé. Il adopte une conception large qui permet une plus grande protection des travailleurs autochtones. On observe que la définition du travail forcé proposée du Code du travail d'Outre-mer est plus novatrice.

247. Deuxièmement, l'article 2 va plus loin que la loi d'avril 1946 en s'intéressant à l'effectivité réelle de la norme. Le travail forcé devient un délit pénal. Les auteurs d'une telle infraction encourent une sanction pécuniaire et une peine privative de liberté. Il semblerait que le législateur vise particulièrement les grandes compagnies privées qui recouraient abondamment, et parfois avec la complicité des autorités locales, aux travaux forcés.

248. Enfin, par rapport à la convention OIT de 1930 prohibant les travaux forcés, le législateur métropolitain va plus loin. En effet, il n'admet aucune dérogation, même quand le travail forcé concerne les travaux d'intérêts généraux ou les réquisitions civiles. Cette exclusion des dérogations vise directement l'Administration publique qui avait instauré et légalisé le travail forcé après la loi de 1848 abolissant l'esclavage.

249. La suppression du travail forcé marque aussi la résurgence des principes fondamentaux du droit des obligations. En effet, la formation du contrat de travail reposera à l'avenir sur le principe du consensualisme, qui est la manifestation de la liberté contractuelle et l'une des bases majeures dans la formation des contrats. A l'avenir, le contrat de travail en Nouvelle-Calédonie sera soumis au régime général de la formation du contrat.

250. Ce principe est rappelé dans l'article 29 du Code du travail de l'Outre-mer

qui dispose que les contrats de travail sont passés librement. Malgré ces avancées contribuant à renforcer l'égalité entre les travailleurs autochtones et les métropolitains, le code du travail de l'Outre-mer n'échappe pas à la critique malgré l'ensemble des commentaires positifs[141] dont il a fait l'objet lors de son entrée en vigueur. En effet, les commentateurs de cette période n'ont pas vu que ce code marque aussi l'affaiblissement du pouvoir exécutif, en l'occurrence celui du Gouverneur par rapport au pouvoir du Parlement qui reprend toute l'étendue de ses attributions.

251. Ce renversement des pouvoirs exclut en conséquence toute idée d'émancipation du droit du travail, car l'idée même d'autorité politique calédonienne n'existait point dans l'esprit du pouvoir métropolitain.

B) L'encadrement de l'autonomie du Gouverneur

252. La création du code du travail des territoires de l'Outre-mer a eu pour effet de limiter les pouvoirs du Gouverneur en instaurant un encadrement par le pouvoir législatif (1) et exécutif métropolitain (2). Ce contrôle est renforcé par l'instauration des organismes publics calédonien et métropolitain (3).

1) L'encadrement par le pouvoir législatif

253. La loi du 15 décembre 1952 instaurant le Code du travail de l'Outre-mer met un terme au décret du 12 décembre 1874 qui dispose que le Gouverneur promulgue[142] les lois, ordonnances, arrêtés et règlements et en ordonne l'enregistrement. Un auteur[143] faisait déjà observer que le « Gouverneur puisait dans cette règle un pouvoir d'une importance exceptionnelle ».

---

[141] A. Lafond et J. Micholin, *Code du travail de la France d'Outre-mer, commentaires et textes*, 1954 ; J. Brethe de la Gressaye, *Le Code du travail des territoires d'Outre-mer,* Droit Social, 1952, p. 334.

[142] La promulgation constitue un acte juridique, une décision prise par le Gouverneur en forme d'arrêté. Définition de P. Lampué, *La promulgation des lois et des décrets dans les TOM*, Guillemot et de Lamothe, 1956, p. 20.

[143] P. Dareste, avec la collaboration de plusieurs Jurisconsultes préf. de M.-P. Matter, *Traité de droit colonial*, [s.n.] , 1931-1932.

254. Ainsi, avant cette loi, le Gouverneur était le représentant direct du pouvoir exécutif et le représentant implicite du pouvoir législatif. Ces pouvoirs élargis lui permettent d'influer considérablement sur le droit du travail. Cette influence se réalisait au motif que la promulgation des mesures normatives votées par la métropole prenait considérablement du temps. Grâce à cela, le Gouverneur disposait d'une liberté très élargie.

255. Sans être excessif, le Gouverneur de la Nouvelle-Calédonie est sûrement la première autorité qui a construit les embryons d'un droit du travail. Autrement dit, il a permis dans un premier temps de dissocier le droit du travail outre-marin, du droit du travail métropolitain.

256. Cependant les orientations de ce droit du travail, qui devaient répondre aux réalités locales, adoptaient une conception fonctionnelle. A ce titre, le Gouverneur avait pour objectif d'assurer le peuplement de la Nouvelle-Calédonie. En partant du postulat que la main-d'œuvre se faisait rare, il a dû créer un droit prétorien qui se basait sur un empirisme. Il faisait abstraction du sujet du droit pour ne laisser dominer que la relation économique.

257. Il est intéressant d'observer dans ce type de contrat que l'autorité publique va provoquer volontairement un déséquilibre dans la relation contractuelle. Ce déséquilibre sera double. Dans un premier temps, il sera matérialisé dans la relation entre l'employeur personne physique ou morale de droit privé et le travailleur autochtone. Dans un second temps, c'est l'État qui sera le bénéficiaire de ce déséquilibre contractuel.

258. Pour atteindre ces objectifs, il s'est basé sur le principe de spécialité législative qui interdisait l'application immédiate des lois métropolitaines dans les TOM sans que celles-ci ne soient enregistrées et promulguées par le Gouverneur. Cette mesure législative, qui avait pour origine de protéger les spécificités locales et permettre au Gouverneur d'écarter les lois ou décrets qui ne respecteraient pas les particularités locales, a été détournée de son but originel.

259. Cependant, on rétorquera que l'arrêté du Gouverneur est un acte administratif ; en conséquence, il est susceptible d'un recours pour excès de pouvoir devant

la Haute juridiction administrative[144]. Cette approche fonctionnelle du droit violait l'article 16 de la DDHC de 1789 qui interdisait le principe de la concentration des pouvoirs entre les mains d'une seule autorité. Certains auteurs n'hésitent pas à qualifier cette situation d'inédite par rapport aux évolutions institutionnelles de la France suite à la Révolution française[145].

260. Cette situation institutionnelle avait des répercussions dans la construction de l'autonomie du droit du travail qui était rattaché essentiellement au droit outre-marin. La notion d'autonomie recouvrait plusieurs réalités. La première signifiait que le droit outre-marin, conformément au principe de spécialité législative, était autonome par rapport au droit du travail métropolitain. La deuxième réalité signifie une autonomie du droit local du travail par rapport aux autres possessions françaises. Le paradoxe de cette autonomie[146] repose sur le fait que c'était le Gouverneur Calédonien qui mettait tout en œuvre pour la construire et la conserver, notamment vis-à-vis du pouvoir métropolitain et des autres normes applicables aux autres territoires outre-marins.

261. C'est dans ce contexte constitutionnel que s'est construit l'autonomie institutionnelle du Gouverneur dans le champ du droit du travail. Celle-ci devait prendre fin avec la réforme constitutionnelle de 1946 qui a abouti à l'avènement de la IVème République.

262. En effet la Constitution du 27 octobre 1946 a permis l'instauration d'un régime parlementaire assurant la prééminence du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif. Ce processus constitutionnel a eu des effets dans l'ordre juridique interne et aussi dans les colonies françaises. Cette nouvelle réalité constitutionnelle a réduit considérablement les pouvoirs des Gouverneurs qui matérialisaient la continuité du pouvoir exécutif dans les colonies.

263. Dorénavant, conformément à l'article 72 de la nouvelle Constitution répartissant les compétences entre le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif pour les TOM, le législateur métropolitain possède une compétence exclusive dans le domaine de la

---

144 CE, 27 mai 1955 Société Kovit, RJP de l'Union Française, 1955, p. 873.

145 P. Lampué, *La Promulgation des lois et des décrets dans les territoires d'Outre-mer,* p. 10 et 20.

146 Autonomie : droit, fait de gouverner par ses propres lois. Robert de la Langue Française.

législation criminelle, du régime des libertés publiques et de l'organisation politique et administrative.

264. L'adoption d'une conception large de la notion des libertés publiques a permis l'émergence du pouvoir législatif dans le champ du droit du travail dans les territoires d'Outre-mer. Alors une autre conception du sujet de droit calédonien est apparue. Tout un pan du droit du travail va être redéfini pour laisser la place à une nouvelle notion qui était inexistante dans les colonies. C'est le concept de salarié. Auparavant, lorsque la législation dans le droit du travail dépendait du Gouverneur calédonien, cette notion n'existait pas ; c'était plutôt celle de travailleur[147].

265. Ce salarié, en tant que sujet de droit ayant acquis la qualité de citoyen, bénéficiera des principes fondamentaux du droit du travail métropolitain qui garantissent une protection aux salariés en matière de stabilité de la relation contractuelle, de l'hygiène et de la sécurité.

266. Pour atteindre ce résultat, le législateur va limiter la portée du principe de spécialité législative conformément à l'article 72 de la Constitution. En tant que représentant de la Souveraineté populaire, ses pouvoirs dans le domaine législatif ne se limiteront plus à la métropole mais à l'ensemble des Territoires d'Outre-mer.

267. Cette conception rousseauiste du pouvoir qui caractérise la IVème République permet au législateur métropolitain de retrouver toute la plénitude de ses pouvoirs. Ainsi le concept d'État de droit sera total, absolu, puisque son champ matériel et géographique visera directement toutes les colonies françaises dont la Nouvelle-Calédonie.

268. En conséquence, rien ne lui interdit de restreindre les compétences du Gouverneur dans le domaine du droit du travail. Cette prééminence du pouvoir législatif aura aussi des répercussions sur le pouvoir exécutif métropolitain.

[147] Subtilité terminologique, mais dans les colonies, en l'occurrence en Nouvelle-Calédonie, le travailleur se distingue du salarié : le statut du travailleur est précaire face à l'expression du Pouvoir du gouverneur et de la Compagnie privée tandis que le salarié dispose d'un statut protecteur qui limite les prérogatives de l'employeur.

2) *L'encadrement par le pouvoir exécutif*

269. L'interventionnisme du parlement conduira les représentants du pouvoir exécutif métropolitain à moins déléguer leurs pouvoirs au Gouverneur. La Nouvelle-Calédonie n'échappera pas à cette nouvelle réalité. Le Président de la République participera directement à l'encadrement du pouvoir du Gouverneur. En tant que Président de l'Union Française dont il représente les intérêts permanents[148], le Président de la République disposera d'un pouvoir propre lorsqu'il s'agira de prendre des dispositions spécifiques à un territoire[149].

270. Ces nouvelles prérogatives se sont matérialisées dans trois domaines. Le premier concerne les conventions collectives. Le Président de la République pourra étendre aux salariés autochtones certaines dispositions facultatives des conventions collectives qu'il jugera utile[150]. Le deuxième domaine vise la formation professionnelle qui relèvera directement de sa sphère de compétence. Au titre de l'article 236 du Code, il reviendra au Président de l'organiser[151]. Le dernier touche les œuvres sociales des entreprises des TOM. Le Haut Représentant du pouvoir exécutif pourra décider de la création des caisses qui seront chargées de financer les œuvres sociales des entreprises des territoires d'Outre-mer.

271. Aux côtés du Président de la République, le Ministre de la France d'Outre-mer jouera un rôle majeur dans l'affaiblissement des compétences du Gouverneur dans le champ du droit du travail. Ses domaines d'intervention sont très larges. Par exemple selon les dispositions de l'article 31 du Code, il est le seul habilité à accorder une dérogation à la durée maximale du CDD. Ces mesures sont complétées par l'article 112 du Code qui dispose que les dérogations à la durée maximum du travail pourront toutefois être décidées par arrêté du chef du groupe de territoires, de territoire non groupé ou sous tutelle, pris après avis de la commission consultative du travail et soumis à l'approbation du ministre de la

---

148 Article 64 de la Constitution de 1946.

149 A. Lafond, J. Michollin, préface de G. Monnerville, *Code du travail de la France d'Outre-mer*, LITEC, Ed. Techniques, 1954.

150 A. Lafond, J. Michollin, préface de G. Monnerville, *Code du travail de la France d'Outre-mer*, LITEC, Ed. Techniques , 1954 article 74 du Code, p. 37.

151 Précisons que cette mesure est transitoire.

France d'Outre-mer[152].

272. Cet interventionnisme du pouvoir exécutif dans le champ du droit du travail amène à faire quelques observations. La première démontre que les relations individuelles et collectives auront une nature juridique fondamentalement différente. Auparavant, elles étaient essentiellement soumises aux droits communs de la formation du contrat[153] donc au droit privé et à quelques dispositions spécifiques du Gouverneur. Avec la présence accrue des autorités du pouvoir exécutif, le droit du travail se caractérise par une forte orientation publiciste. Autrement dit, la liberté contractuelle des parties sera fortement encadrée afin de prendre en considération le déséquilibre contractuel existant entre le salarié et l'employeur[154].

273. La seconde observation montre une rupture importante quant à la conception du pouvoir exécutif métropolitain dans le champ du droit du travail. S'inspirant des orientations du pouvoir législatif, celui-ci sera garant des droits fondamentaux des salariés autochtones. Ce « nouveau droit du travail » s'inscrit dans le principe de la mise en œuvre de l'État de droit[155] dans les colonies françaises. L'article 202 du Code illustre ces propos. Certaines décisions du chef du territoire[156] seront soumises au contrôle direct du Ministre de tutelle. Celui-ci dispose que « le jugement peut ordonner l'exécution immédiate, nonobstant opposition ou appel et par provision avec dispense de caution jusqu'à une somme qui sera fixée par arrêté du chef de groupe de territoires, de territoire non groupé ou sous tutelle, soumis à l'approbation du ministre de la France d'Outre-mer ».

274. Cet exemple permet d'illustrer encore plus cette méfiance du pouvoir

---

152 A. Lafond. J. Michollin, préface de G. Monnerville, *Code du travail de la France d'Outre-mer*, LITEC Ed. Techniques, 1954.

153 G. Lyon-Caen, J. Pelissier, *droit du travail*, Dalloz, 1990, 15ème édition.

154 C'est la raison pour laquelle le législateur métropolitain a renforcé les pouvoirs de l'inspecteur du travail et accorde une place primordiale au Tribunal de travail dans la protection des droits fondamentaux des salariés.

155 Il faut comprendre par État de droit l'organe qui va limiter sa souveraineté, expression de sa puissance, aux respects des normes qu'il a lui-même édictées. Ainsi, en instaurant le principe d'égalité entre les salariés autochtones et les métropolitains, l'État donne toute sa force aux dispositions de l'article 1 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

156 La mise en place de la Constitution de 1946 a pour effet de voir le gouverneur devenir le chef du territoire.

exécutif à l'égard de son représentant en Nouvelle-Calédonie[157].

3) L'encadrement par les organismes de contrôle

275. La concentration du pouvoir au profit du gouverneur dans les colonies était une atteinte à la construction d'un État de droit. Cette situation a eu des répercussions dans le droit du travail outre-marin et plus particulièrement en Nouvelle-Calédonie. L'avènement de la IVème République a permis une prééminence du pouvoir exécutif et législatif sur l'Administration coloniale et les compétences du Gouverneur.

276. Le pouvoir politique, certes, joue un rôle important dans la protection des droits fondamentaux des travailleurs autochtones. Mais conscient de la distance géographique qui le sépare de ses colonies, il avait délégué, conformément au principe de spécialité législative une grande partie de ses prérogatives au Gouverneur.

277. Avec l'influence du concept de l'État de droit qui s'enracine dans les colonies, la position du pouvoir métropolitain a évolué afin de mettre en place le principe de la séparation des pouvoirs qui nécessite un contrôle direct ou indirect des autorités administratives. De plus, ce contrôle dans le champ du droit du travail participe à la mise en œuvre de l'effectivité de la règle de droit. C'est dans cette perspective que le législateur métropolitain a mis en place plusieurs organismes publics[158].

a) Les organismes consultatifs

278. Ils sont au nombre de cinq. Les assemblées territoriales constituent la première base. Alors qu'elles ouvrent la voie à une démocratie locale dans les colonies, le législateur métropolitain ne leur a pas donné beaucoup d'attributions dans le Code. Il résulte

---

[157] L'incompétence négative est le fait, pour l'autorité compétente, de n'avoir pas utilisé pleinement les pouvoirs que les textes lui ont attribués tandis que l'incompétence positive est le fait qu'une autorité administrative prend une décision qu'elle ne pouvait pas prendre en sortant de son champ de compétences. Dans le cadre du droit local du travail caldédonien, le pouvoir exécutif, en s'abstenant d'utiliser ses prérogatives pour réglementer la matière, conduit à une dénaturation du principe de spécialité législative qui induit de facto à une incompétence négative. De ce fait, le Gouverneur prend des décisions qui s'inscrivent dans une incompétence positive. En ce sens P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966, p. 104.

[158] A. Lafond, J. Michollin, préface de G. Monnerville, *Code du travail de la France d'Outre-mer*, LITEC , Ed. Techniques , 1954.

de cela que leur avis n'est exigé que dans l'application des dispositions réglementaires. Ces avis concernent les mises à disposition de locaux pour les unions de syndicats, les limitations dans le recrutement, le contrat de travail, la commission consultative du travail et l'office territorial de la main d'œuvre[159].

279. Le conseil Supérieur du Travail de la France d'Outre-mer devient la seconde structure du nouveau droit du travail. Il dépend directement du ministre de la France d'Outre-mer (FOM). Son rôle est multiple. Selon les dispositions de l'article 161[160] du Code, il doit étudier essentiellement les problèmes concernant le travail, l'emploi des travailleurs. Il a un rôle de prospection lorsqu'il doit émettre des avis et formuler des propositions et résolutions sur la réglementation à intervenir dans le droit du travail outre-marin.

280. Comme l'observe certains auteurs, le Conseil Supérieur du Travail de la FOM « est habilité à examiner l'ensemble des problèmes de la législation sociale » outre-marine[161]. Cela démontre que ce « nouveau droit du travail » s'émancipe de la tutelle du Gouverneur afin de construire les bases d'un Jus commune propre à l'Outre-mer applicable en Nouvelle-Calédonie.

281. Les commissions consultatives représentent le troisième organe. Chaque territoire est doté d'une commission. Elles ont été instaurées en Nouvelle-Calédonie par un arrêté du 28 mars 1953. A la différence de la Commission supérieure du travail, elles sont instituées auprès des inspecteurs généraux et inspecteurs territoriaux du travail et des lois sociales qui en assurent la présidence[162]. Émettant des avis, elles peuvent être consultées sur

---

159 cf article 27, 29, 34, 162, 174 du Code du travail de la France d'Outre-mer (CTOM).

160 Article 161 du Code du travail : Une commission consultative du travail est instituée auprès des inspecteurs généraux et inspecteurs territoriaux du travail et des lois sociales Outre-mer qui en assurent la présidence. Elle est composée en nombre égal d'employeurs et de travailleurs respectivement désignés par les organisations d'employeurs et de travailleurs ou par le chef de territoire à défaut d'organisation, pouvant être regardée comme représentative en application de l'article 73 ci-dessus. A la demande du président ou de la majorité de la commission, peuvent être convoqués, à titre consultatif, des fonctionnaires qualifiés ou des personnalités compétentes en matière économique, médicale, sociale et ethnographique. Un arrêté du chef de groupe de territoires, de territoire non groupé ou sous tutelle, pris après avis de l'assemblée locale, fixe les conditions de désignation et le nombre de représentants des employeurs et des travailleurs, la durée de leur mandat, qui ne peut excéder trois ans, le montant des indemnités qui leur sont allouées, et détermine les modalités de fonctionnement de la commission.

161 A. Lafond et J. Micholin, *Code du travail de la France d'Outre-mer, commentaires et textes*, LITEC , Ed. Techniques , 1954.

162 Article 162 du Code du travail de l'Outre-mer.

toutes les questions relatives au travail et à la main d'œuvre. Elles sont chargées d'étudier les éléments pouvant servir de base à la détermination du salaire minimum. Ces travaux feront l'objet d'un rapport qui sera adressé au ministre de la France d'Outre-mer[163].

282. Le rattachement de cette commission collégiale aux inspecteurs du travail du territoire démontre encore une fois la méfiance du pouvoir exécutif et législatif à l'égard du pouvoir du chef du territoire. Soulignons que le rôle de la commission est encore plus important car elle permettra, grâce à ses avis, d'être au plus près des réalités sociales et économiques et d'éclairer le législateur métropolitain afin que ce dernier fasse des modifications législatives pour adapter le Code au territoire.

283. L'office de la main-d'œuvre, conformément à l'article 174 du code, sera le quatrième organisme. Sa mission est d'orienter, d'aider les travailleurs métropolitains qui travaillent dans l'Outre-mer. Pour cela, elle centralise les demandes et les offres d'emploi. Elle règle avec divers organismes métropolitains les formations complémentaires des travailleurs métropolitains et le recrutement de la main d'œuvre étrangère. Enfin, le dernier organisme est le comité technique consultatif qui est consulté sur toutes les questions relatives aux arrêtés intéressant l'hygiène et la sécurité des travailleurs[164].

284. La mise en place de ces organismes en métropole et sur le territoire calédonien se prête à deux analyses. La première consiste à envisager que l'instauration de ces institutions marque la fin d'une situation de négation des droits de l'autochtone qui devient un citoyen dont les droits fondamentaux sont garantis constitutionnellement.

285. Ces organes permettent d'assurer un contrôle permanent dans la protection des droits fondamentaux du salarié calédonien. Par contre, le principe de la liberté contractuelle perd de sa force juridique pour laisser la place à un droit mixte dans lequel les pouvoirs publics occuperont une place majeure. On regrette que le législateur métropolitain n'ait pas accordé une place plus importante aux assemblées territoriales ; car elles auraient pu être une force de proposition et d'innovation dans cette émancipation du droit du travail à l'égard de l'autorité administrative et du Gouverneur, devenu chef du territoire dans le Code

---

163 Article 163 du Code du travail de l'Outre-mer.

164 Article 133 du CTOM.

des TOM du 15 décembre 1952.

286. La seconde analyse invite à s'interroger sur la multiplicité de ces institutions. Certes on ne peut pas remettre en question leur principale mission qui est le contrôle de l'effectivité des droits fondamentaux des travailleurs. Par contre, n'existe-t-il pas un risque que la construction de ce Jus commune en droit du travail dans les colonies perde son objectif au motif que ces organes émettront parfois un avis divergent sur des questions communes, telles que la durée du travail, le salaire minimum ?

b) L'inspection du travail de l'outre-mer

287. L'inspection du travail a été créée par un décret du 17 août 1944. Autrefois incongrue[165] car sa mission dans les faits était très réduite en raison de la pleine puissance du Gouverneur, c'est dans le Code du travail de 1952 que cet « organisme administratif »[166] occupera une place importante.

288. Ce renversement du contrat social sera possible car l'instauration d'un corps d'inspection recouvre deux réalités. La première impose l'indépendance des inspecteurs du travail par rapport au pouvoir métropolitain et du pouvoir territorial et de leur hiérarchie. En effet l'article 146 du Code garantit cette indépendance. Celui-ci dispose que ces derniers « ont l'initiative de leurs tournées et leurs enquêtes dans le cadre de la législation du travail en vigueur ».

289. La seconde permet à l'inspection du travail de garantir l'effectivité des dispositions édictées dans le Code. A ce titre, elle est chargée de toutes les questions intéressant la condition des travailleurs, les rapports professionnels, l'emploi des travailleurs. Elle doit aussi veiller à l'application des dispositions édictées en matière de travail et de protection des travailleurs[167].

---

165 P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966, p. 291.

166 En retenant cette qualification dans le titre VII chapitre Ier du Code du travail, le législateur confirme directement la portée de l'analyse de P.-F. Gonidec concernant la place mineure de l'inspecteur du travail auparavant dans la protection des droits fondamentaux des travailleurs autochtones.

167 Articles 145, 146, 147 du Code du travail de l'Outre-mer.

PARAGRAPHE 2 : UN CODE DU TRAVAIL DE COMPROMIS

290. Le législateur a renoncé à unifier le droit outre-marin au droit national. Rejetant l'unification, il a préféré l'harmonisation qui, paradoxalement, ouvre implicitement la voie à une autonomie du droit local. En effet dans le cadre de l'harmonisation, il est amené à faire une comparaison entre les dispositions du droit local et du droit du travail métropolitain pour préserver les équilibres entre ces deux réalités juridiques.

Les débats pour l'adoption du Code du travail de 1952 ont montré que les parlementaires n'avaient pas la même perception de l'universalisme du droit du travail. Ainsi les discussions parlementaires mettent en évidence plusieurs thèses (A) qui sont très pertinentes ; c'est la raison pour laquelle le gouvernement a opté pour une harmonisation entre le droit du travail métropolitain et le droit local. C'est ainsi qu'il a créé un droit mixte (B).

A) Les thèses en présence

291. L'harmonisation du droit social outre-marin au droit national a été un progrès pour améliorer les conditions des travailleurs de l'Outre-mer et de la Nouvelle-Calédonie. Mais elle reflète un compromis entre les partisans du particularisme juridique (2) soucieux de respecter l'environnement économique fragile du territoire et les partisans du Jus commune qui s'appuient sur une conception universaliste du droit du travail (1).

1) La thèse pour un Jus commune universaliste

292. « La France forme avec les peuples d'Outre-mer une union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion »[168] .
Comment doivent être analysées ces dispositions constitutionnelles manifestant la volonté d'étendre la notion d'État de droit dans les TOM ? Plusieurs éléments prêtent à discussion quant à la notion de l'unité.

---

[168] Du 30 janvier 1944 au 8 février 1944, la Conférence de Brazzaville a occupé une place importante dans le processus de décolonisation des colonies françaises en Afrique. Elle a permis de fixer les grands principes du futur préambule de la Constitution de 1946, tels que l'égalité entre les autochtones et les citoyens français. Pour une analyse synthétique, voir ouvrage collectif sous la direction générale de R. Cornevin, Secrétaire perpétuel de l'Académie des sciences d'Outre-mer, *Les Mémoires de l'Afrique des origines à nos jours*, Robert Laffont, 1972. P. 565.

293. Il s'agit en premier lieu de savoir si cette unité est un idéal qui doit se matérialiser à travers un objet commun qui abolirait les frontières culturelles, économiques, sociales, linguistiques entre la métropole et ses Territoires. Si c'est le cas, cela doit-il aboutir à « un système normatif unitaire[169] » qui serait fondé sur l'universalité et la primauté du droit du travail national ?

294. Si tel est le cas, le Code du travail des TOM n'aurait pas dû exister donc le législateur métropolitain devrait étendre l'application du Code métropolitain ainsi que la législation sur la Sécurité sociale, les assurances sociales, l'allocation aux vieux travailleurs, les accidents du travail et maladies professionnelles, les allocations familiales et de salaire unique[170].

295. Cette conception universaliste du Jus commune se manifestait dans l'article 1er de cette proposition de loi qui visait à introduire le Code métropolitain. Celui-ci s'appliquait sans distinction de race et sans considération de statut personnel. Cet universalisme juridique n'aurait-il pas eu pour effet d'annihiler les spécificités locales des Tom ? Ainsi les réalités du territoire insulaire calédonien sont-elles comparables à celles de la Métropole ou du Sénégal ?

296. Conscients de la limite de ce Jus commune absolutiste, les auteurs de cette proposition de loi ont prévu qu'un décret devait fixer les modalités d'application des textes visés en tenant compte des conditions particulières dans chaque territoire[171].

297. Dans ce modèle universaliste, le Jus proprium disparaît. Ce nouvel ordre juridique a pour effet d'abroger explicitement le principe de spécialité législative dont la priorité était de préserver les particularités des Territoires.

---

[169] J.-L. HALPERIN, *L' approche historique et la problématique du jus commune : variation autour d'un droit commun,* UMR de droit comparé M. Delmas-Marty Société législation comparé.

[170] P. Huguet, *Code du travail d'Outre-mer (loi du 15 décembre 1952) / texte et commentaire*, Sirey, 1953. proposition de loi de M.-F. MAMADOU du groupe socialiste SFIO.

[171] Article 2 de la proposition de loi du Code du travail des territoires de l'Outre-mer. Voir P. Huguet, *Code du travail d'Outre-mer (loi du 15 décembre 1952) / texte et commentaire*, Sirey , 1953.

Le droit du travail est déterminé exclusivement par le pouvoir souverain métropolitain. La notion d'autonomie des pouvoirs locaux n'existe pas. La summa divisio entre le droit métropolitain et le droit outre-marin laisse la place à un Jus commune ; donc la notion de citoyen métropolitain et outre-marin disparaît. Auss il s'agit de déterminer si l'unité des citoyens garantie constitutionnellement doit être un idéal que doit respecter le pouvoir métropolitain sans pour autant remettre en cause les particularismes territoriaux.

298. L'Outre-mer est une société complexe. Dans celle-ci, deux ou plusieurs groupes vivent côte à côte mais sont isolés. Chacun conserve sa propre religion, sa propre culture et ses propres manières de vivre[172].

299. Dans cet ordre juridique, le concept de Jus commune n'est pas un système normatif mais un idéal. Ainsi ce droit commun serait le fil conducteur du dernier alinéa du préambule de la Constitution de la IVème République qui énonce que « fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus ».

300. Ce système s'écarte d'une unité juridique et s'oppose ouvertement à l'universalisme juridique métropolitain. Ce débat entre ces deux conceptions de l'unité cache d'autres réalités. En effet cette opposition montre qu'une « législation sociale ne peut être un acte gratuit du législateur, inspiré des seules considérations théoriques ou idéologiques »[173].

301. Pour le premier courant, l'unité entre les citoyens est la conséquence directe de l'égalité. Ainsi, celle-ci suppose un droit commun universaliste dans le droit du travail qui prendrait sa source exclusivement en métropole. Les juridictions nationales et outres-marines auraient pour mission d'assurer l'effectivité de cette « unité-égalité ».

---

[172] Dr L.S Furnivall. Netherlands india, a study of plural economy, 1939 et Fabian colonial essays, 1945.

[173] M. Durand-Réville C.R.P, 22 décembre 1951, p. 3227.

302. Pour le second courant, l'unité renvoie aussi à une égalité. Mais cette dernière ne doit pas être globalisante car cela conduirait à porter atteinte à la liberté des peuples autochtones. Ce serait un « système de colonisation fondé sur l'arbitraire » donc le droit du travail moderne irait à l'encontre du pouvoir constituant qui souhaitait voir disparaître l'arbitraire du Gouverneur[174]. Il est intéressant de constater que ce sont les populations autochtones qui réclament cette assimilation juridique dans le droit du travail donc l'effectivité du principe d'égalité.

303. C'est dans ce contexte que fut adopté le Décret du 17 octobre 1947 dit Code Moutet. L'auteur de ce texte a opté pour une conception universaliste du droit du travail. Autrement dit, au nom du principe de l'égalité de la métropole et des TOM, il ne devait subsister qu'un Jus commune qui proposerait « une réglementation unique pour les européens et les autochtones »[175].

304. Cette assimilation juridique du droit du travail métropolitain aux TOM avait pour ambition de rendre effectif le principe d'égalité et de la suppression de toutes les discriminations existant entre la métropole et les TOM[176].

305. Bien avant ce décret, le législateur métropolitain avait étendu à la Nouvelle-Calédonie les dispositions du Code métropolitain par plusieurs décrets. Le premier date du 14 décembre 1936, les autres du 2 octobre et 4 décembre 1939.

306. Ce projet de Code « déchaîna une tempête de protestations de la part des colons, inquiets de voir leurs charges augmentées et leur liberté restreinte »[177]. Il n'est jamais entré en vigueur. Son application a été suspendue par un décret du 25 novembre 1947.

307. Au côté de ce Jus commune universaliste qui remet en cause le principe de

---

174 Voir Préambule de la Constitution de 1946.

175 Ph. Mithouard, *Les relations individuelles de travail d'après le Code du travail des territoires de l'Outre-mer,* thèse dactylographiée, Paris, 1955.

176 Ph. Mithouard, *Les relations individuelles de travail d'après le Code du travail des territoires de l'Outre-mer,* thèse dactylographiée, Paris, 1955. Décret d'extension du 29 juil. 1942, p. 4.

177 Brèthe de la Gressaye, *Le Code du travail des territoires d'Outre-mer,* Droit Social, juin 1953, p. 334.

spécialité législative, une autre thèse défend le particularisme des autochtones qui doit se traduire par une extension minimaliste du droit du travail métropolitain aux TOM.

2) La thèse du particularisme juridique

308. Le travailleur métropolitain et le travailleur calédonien sont-ils dans une situation comparable ? D'autre part les employeurs autochtones et métropolitains sont-ils confrontés aux mêmes réalités sociales, économiques ?

309. La thèse du particularisme juridique ne recouvre pas exclusivement le droit mais elle a des incidences sur d'autres domaines. Le premier renvoie aux institutions. L'ordre juridique s'inscrit sur des institutions qui sont la représentation collective d'une société, d'une Nation. « Les institutions sociales prennent racine dans un certain milieu politique, économique et social, auxquelles elles doivent être adaptées, sinon la réalité se venge durement »[178]. Dans cette optique, les institutions selon certains auteurs sont la continuité du groupe social ; c'est la raison pour laquelle le droit du travail va traduire ces réalités.

310. Certains auteurs vont plus loin en affirmant que « le droit constitue la traduction de valeurs et qu'en conséquence la règle de droit mérite d'être saisie dans ses liaisons avec les valeurs qui la justifient. La norme constitue la traduction d'un système axiologique qui transcende le droit pour en assurer la justification »[179].

311. Lors des débats parlementaires visant à élaborer et construire un droit du travail pour les colonies, la question du respect des institutions sociales coutumières des autochtones était permanente. Ces réflexions s'inscrivent dans la continuité du préambule de la Constitution de 1946 qui déclare que l'Union française doit évoluer dans le respect des civilisations respectives des peuples qui la composent. Ce principe se traduit dans l'article 74 de la Constitution en posant la règle « que les territoires d'Outre-mer sont dotés d'un

---

[178] G. Scelle, *Précis élémentaire de législation industrielle*, Société anonyme du Recueil Sirey , 1927 p. 349.

[179] P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004, p. 3.

statut particulier tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble de la République ».

312. Le pouvoir constituant admet un Jus proprium dans le champ du droit du travail aux TOM. Les partisans du particularisme juridique estiment que « la réglementation du travail doit varier selon les territoires ; ils proposent une loi-cadre en 14 articles, qui posent les principes généraux. Ensuite, des décrets spécifiques devaient intervenir pour chaque territoire autonome ou groupe de territoires unis en fédérations ainsi que des arrêtés pris par les autorités locales après avis des assemblées territoriales »[180]. Cette proposition amène à faire quelques observations.

313. En premier lieu, le processus d'élaboration du droit du travail ne serait-il pas dénué de sens dans ces territoires soumis à la volonté d'un État souverain tel que la France ? Ce principe du particularisme juridique a du sens lorsqu'un peuple et un État sont souverains. C'est-à-dire que la « Source » du droit émane de la volonté exclusive de la Nation et ce peuple souverain s'imposera des restrictions normatives afin de construire ce bien commun qui transcendera le droit.

314. Quand bien même ces territoires pourraient élaborer, développer leur Jus proprium dans le champ du droit du travail, serait-ce réellement un droit du travail reflétant la volonté du bien commun d'une société ultra-marine si complexe ? On constate que, plus les différences territoriales se réduisent entre la métropole et les TOM, plus elles s'accroissent entre les territoires.

315. Ainsi le Jus proprium calédonien devait se construire en opposition à la métropole et aux autres colonies françaises. Cette volonté du législateur national de vouloir restreindre le champ du Jus proprium est manifeste dans la mesure où il accroît, non pas les compétences des assemblées locales pour construire un droit du travail local, mais celles du Gouverneur. Cette tentative laissait peu de place au droit privé, mais davantage au droit public qui manifestait essentiellement le pouvoir d'une autorité publique concentrant tous les pouvoirs.

---

[180] P. Huguet, *Code du travail d'Outre-mer (loi du 15 décembre 1952) / texte et commentaire*, Sirey , 1953.

316. La seconde observation montre que ce courant adopte une conception minimaliste de l'interventionnisme du Parlement dans le droit du travail outre-marin. Par contre, il accorde un pouvoir exorbitant à l'exécutif métropolitain. Ne serait-ce pas la manifestation d'une méfiance à l'égard de la loi, donc du Parlement, qui est le garant des droits fondamentaux des travailleurs ?

317. Après avoir vu la place de l'institution sociale dans la thèse du particularisme juridique, on observe que cette notion intègre aussi une analyse économique du droit[181] opposant les intérêts de l'employeur et celui des travailleurs autochtones. La construction d'un nouvel ordre social garant des droits fondamentaux des travailleurs nécessite pour certains que l'économie « puisse supporter les charges financières qui en découlent ». Selon ces mêmes auteurs « l'effet sera d'augmenter le prix de revient des entreprises et par conséquent le coût de la vie »[182]. Toujours selon cette analyse économique du droit, M. Durand-Réville faisait observer que « dans la Métropole, comme pour l'Europe occidentale la législation sociale est venue se plaquer sur une structure politique et économique déjà très évoluée »[183].

318. Si l'on essaie de bouleverser un tel ordre en ne respectant pas le particularisme juridique d'une société donnée, les partisans d'un Code-Cadre affirment alors qu'une transposition pure et simple du Code métropolitain risquerait de réduire le volume de l'emploi pour le plus grand dommage de ceux que l'on entend protéger[184].

319. Les partisans du particularisme juridique rejettent cette conception universaliste du Code car ils déclarent qu'à force de vouloir être unique et universel, le nouveau code fait abstraction de la diversité évidente des mœurs, des habitudes et des besoins. Ce discours contre le Jus commune sera d'une importance capitale ; en effet celui-ci

---

181 P. Huguet, *Code du travail d'Outre-mer (loi du 15 décembre 1952) / texte et commentaire*, Sirey , 1953.

182 P.-F. Gonidec, *Mystique de l'égalité,* L.G.D.J. , Extrait de : "Revue juridique et politique de l'Union française", numéro 2, avril-juin 1953, p. 180.

183 M. Durand-Réville C.R.P, 22 décembre 1951 p. 3227.

184 P. Huguet, *Code du travail d'Outre-mer (loi du 15 décembre 1952) / texte et commentaire*, Sirey , 1953. Aujoulat, intervention sur la LOI du 15 décembre 1952 P. 3.
Ces propos sont contestables au regard de l'institutionnalisation du travail forcé dans les TOM qui démontre que les autochtones ne manifestaient pas une volonté de travailleur pour les employeurs qu'ils associaient aux européens, donc à un contrat ne manifestant que la volonté d'une seule partie, en l'occurrence l'employeur.

occupera une place non négligeable dans le processus d'émancipation du droit du travail calédonien.

320. Entre les théoriciens de l'universalisme qui s'orientent vers l'instauration d'un code unique pour la Métropole et les TOM et les théoriciens du relativisme juridique, les représentants du pouvoir exécutif doivent prendre une décision et trancher afin de doter ces territoires d'une législation en droit du travail[185]. Pour trouver cet équilibre et ne pas heurter les deux sensibilités, le Ministre de la France d'Outre-Mer (FOM) a retenu un texte de compromis.

3) L' harmonisation du droit social

321. Le droit recourt de plus en plus à des mots qui, traditionnellement, ne relèvent pas du langage juridique. Ce phénomène participe à la complexité de la règle de droit et du droit en général[186]. Les débats entourant l'adoption du Code du travail n'échappent pas à cette réalité. Dans l'incapacité de trouver un fil conducteur pour construire ce droit local du travail dans les TOM, les représentants des citoyens au Parlement recourront à des notions sortant du langage juridique pour illustrer, marquer leurs convergences et souvent leurs divergences.

322. Le silence peut être parfois une source de droit. Comme le faisaient observer certains auteurs « il révèle souvent le désaccord des partenaires sociaux, des desseins qui ont du mal à être partagés. Mieux vaut, dans certaines occasions se taire, que de laisser écrire une règle contraignante précise et définitive. Le silence confère plus de souplesse au Droit, en abandonnant à une autre autorité le soin de l'adapter en fonction de chaque situation donnée, de chaque cas d'espèce »[187] . Le pouvoir exécutif métropolitain représenté par le Ministre de la France d'Outre-mer lors des discussions a gardé le silence.

---

[185] 4 ans de discussion ont été nécessaire depuis l'abandon du Code Moutet de 1947 pour l'adoption du nouveau code du travail de l'Outre-mer.

[186] A. Lyon-Caen avec la collaboration d'A. Fabre, *Le nouveau Code du travail*, Dalloz, 2008, P. 10.

[187] S. Drollet, *Le droit du travail en Polynésie entre autonomie et assimilation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille , 2000.

323. Ce silence était la manifestation d'un compromis pour trouver un équilibre entre les partisans d'une conception universaliste du droit du travail et les tenants d'un particularisme juridique. Ce compromis s'est matérialisé par l'intermédiaire du concept d'harmonisation juridique. De plus en plus souvent dans le langage juridique, ce terme cache souvent un échec dans la rencontre de volonté des parties lors de la conclusion du contrat, ou d'un texte de loi. Afin de construire ce « bien commun »[188], les parties doivent aller au-delà de leurs divergences pour instaurer un équilibre dans le processus d'harmonisation juridique.

324. Celle-ci a conduit le pouvoir exécutif à coordonner des concepts du droit du travail métropolitain avec le droit local du travail très pauvre et fortement marqué par le droit international. Cette inspiration du droit du travail issue de la métropole a permis de dégager un Jus commune entre le droit local outre-marin et le droit du travail métropolitain. Celui-ci a conduit à l'application d'un droit mixte qui a ouvert la porte à une autonomie du droit local du travail.

325. Cette summa divisio marquera une étape majeure dans le processus d'émancipation du droit du travail à l'égard du droit social de l'Outre-mer et du droit du travail métropolitain. Cette architecture sera une source d'inspiration pour l'ensemble des protagonistes qui élaboreront un « nouveau droit du travail » calédonien.

326. L'harmonisation juridique s'oppose à l'unification. La première renvoie au compromis entre deux pouvoirs tandis que la seconde interpelle sur la manifestation de la volonté d'une partie qui se situe en haut de la pyramide. En raison d'un droit du travail inexistant, la notion d'harmonisation du droit ne renvoie pas, dans notre réflexion, à la coordination entre un compromis entre le droit local et le droit métropolitain. Mais celle-ci est la manifestation entre deux conceptions du contrat de travail, donc du pouvoir, entre les travailleurs autochtones et les employeurs.

327. Pour construire cette harmonisation juridique, le pouvoir exécutif recourt

---

188 P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004.

au concept du « bien commun » qui permettra de dégager un consensus politique et juridique. Ce « bien commun », qui renvoie à la notion de Jus commune, comprend l'émergence des droits fondamentaux dans le droit local outre-marin. La possibilité de distinction entre les salariés métropolitains et les travailleurs sera moins accentuée. Ainsi ces derniers bénéficieront de l'ensemble des règles protectrices dans le champ du droit du travail. La liberté contractuelle des parties sera limitée pour prévenir, et parfois faire disparaître, des déséquilibres contractuels[189].

328. Le droit du travail local de l'Outre-mer sera fortement influencé par le droit public. C'est-à-dire que l'autorité administrative jouera un rôle majeur dans la relation contractuelle. Cette solution ainsi proposée mérite notre approbation car la plupart des travailleurs autochtones sont illettrés et que la présence des syndicats était très limitée dans les territoires d'Outre-mer. En conséquence, pour rendre effective la norme, il était nécessaire que les autorités administratives, l'inspecteur du travail, les tribunaux du travail, occupent une place principale dans la diffusion de ce nouveau droit local de l'Outre-mer.

329. Malgré cette volonté de construire ce Jus commune, le pouvoir exécutif métropolitain a refusé une unification du droit métropolitain avec le droit outre-marin. Cette situation inédite dans l'histoire de la République a permis la juxtaposition de deux Codes du travail. Le champ d'application territorial du premier s'étendait aux TOM et, pour le second, son champ d'application visait exclusivement la métropole.

B) Application d'un droit du travail mixte

330. A défaut d'un Code unique donc d'un droit du travail unique, le législateur métropolitain a créé un système juridique novateur. En effet deux législations ayant le même objet, la même cause et indirectement la même finalité vont coexister parallèlement. Cela va plus loin, car ce Code met en évidence deux principes protégés par la Constitution de 1946.

---

189 Il est institué des tribunaux du travail qui connaissent des différends individuels pouvant s'élever à l'occasion du contrat de travail entre les travailleurs et leurs employeurs. Ces tribunaux ont qualité pour se prononcer sur tous les différends individuels relatifs aux conventions collectives ou aux arrêtés en tenant lieu. Leur compétence s'étend également aux différends nés entre travailleurs à l'occasion du travail (Article 180 du CTOM).
Dans ce nouveau droit du travail, le juge aura une place importante, car il devra rendre effectives les dispositions protectrices du Code du travail. Ainsi le droit devient une arme de protection des travailleurs autochtones et non d'oppression.

Le premier garantit le principe d'égalité entre tous les citoyens de la République, tandis que le second protège les spécificités de la population autochtone et se donne pour objectif de leur accorder une autonomie politique.

331. Par droit mixte, il faut comprendre que c'est un système juridique dans le cadre d'un État unitaire qui appliquera deux législations différentes pour des personnes vivant dans un espace géographique distinct, et pourtant ces dernières seront soumises à un pouvoir législatif, exécutif et judiciaire unique. Ainsi le premier Code du travail de l'Outre-mer aura une vocation à s'appliquer aux travailleurs autochtones et le Code du travail de la métropole visera exclusivement les travailleurs métropolitains.

332. Dans le cadre d'un État Fédéral, ce parallélisme juridique ne pose aucune difficulté. L'État fédéral n'est pas le titulaire exclusif de la Souveraineté, les États fédérés en sont aussi les dépositaires. C'est la raison pour laquelle, étant titulaire d'une compétence exclusive et l'État fédéral possédant une compétence d'attribution, deux systèmes juridiques coexistent dans le même espace territorial. Dans ce système, le juge occupera une place importante en cas de conflit dans la répartition des compétences.

333. Par contre comment concevoir une législation différenciée dans un État unitaire, titulaire et dépositaire exclusif de la Souveraineté nationale ? Ne serait-ce pas une violation de l'article 1er de la Constitution de 1946 qui prévoit le caractère indivisible et uni du territoire ?

334. La loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952 instituant un code du travail dans les territoires et les territoires associés est la manifestation pure et simple d'un compromis entre les partisans d'un Jus commune et d'un Jus proprium dans le champ du droit du travail. Ne parvenant pas à trancher, le législateur a instauré un droit du travail mixte. Est-ce un choix judicieux de laisser subsister deux Codes du travail dans un État unitaire dans la mesure où l'une des missions de la codification est de rendre le droit accessible et intelligible à tous les citoyens ? Est-ce la meilleure option pour garantir l'effectivité d'une uniformité juridique au sein du système juridique ?

335. Conscient que cette situation juridique inédite pourrait être une source de

complexité juridique, le législateur métropolitain a particulièrement veillé à faire un travail de qualification très précis afin de prévenir tout contentieux. En effet les aspects pratiques du droit du travail ne doivent pas être exclus, car il a vocation à s'appliquer au quotidien. Afin de rendre effective la norme qui se donne pour objectif d'assurer la protection des travailleurs autochtones, il est primordial que celle-ci soit intelligible.

336. Pour atteindre ce résultat et délimiter les deux Codes, le législateur métropolitain s'est appuyé sur deux notions classiques en droit. Pour la première, c'est le champ d'application territorial. L'article 1er du Code dispose que la présente loi est applicable à tous les territoires et territoires associés relevant du Ministère de la France d'Outre-mer. Cet article invite à faire quelques remarques. Premièrement, cette définition est une tautologie. En effet la notion de territoire est indissociable à tous les États, car sans celui-ci pas de Nation donc sans Nation pas d'État. Constatant que cette première partie de qualification était insuffisante pour délimiter le champ territorial, le législateur a, d'une manière très subtile, délimité le champ territorial du Code non pas en nommant les territoires concernés, mais en visant seulement ceux gérés par le Ministère de la France d'Outre-mer.

337. On peut en déduire que cette définition minimaliste écarte la métropole qui n'est pas gérée par le Ministère de la France de l'Outre-mer. Il est fort intéressant de constater que les territoires dans lesquels le Code devra s'appliquer ne possèdent aucune cohésion géographique, culturelle et économique[190]. Cette absence de cohésion aura nécessairement pour effet d'accroître les compétences du Chef du territoire dans son pouvoir d'interprétation des dispositions du Code. Or cette liberté accordée au Gouverneur a eu des effets négatifs dans la protection des droits fondamentaux des travailleurs autochtones.

338. En résumé le champ d'application territorial du Code regroupe deux conditions cumulatives. La première vise l'espace géographique et la seconde, qui paraît la plus déterminante, implique que ce territoire dépende « directement » du Ministère de la France d'Outre-mer.

---

[190] Code applicable en Afrique équatoriale, Afrique occidentale, Côte des Somalis, Cameroun , Togo, Cameroun, Madagascar, Comores, Saint-Pierre et Miquelon, Etablissement français de l'Inde, Océanie, Nouvelle-Calédonie, les Nouvelles-Hébrides.

339. La seconde notion permettant de déterminer qui seront les destinataires du Code métropolitain renvoie au champ d'application personae. L'article 1er alinéa 2 dispose « qu' est considérée comme travailleur au sens de la présente loi, quels que soient son sexe et sa nationalité, toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée. Pour la détermination de la qualité de travailleur, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employeur, ni de celui de l'employé ».

340. L'examen de ce texte invite à faire plusieurs observations. La première montre que le législateur métropolitain suit un raisonnement en trois temps ; le premier, le conduit à exclure toute discrimination dans la qualification du travailleur. Le second, qui est la conséquence du premier, l'invite à adopter une qualification très large du travailleur. Le dernier, qui est la continuité des deux premiers axes, limite les cas dérogatoires.

341. « Est considéré comme travailleur quels que soient son sexe et sa nationalité »[191], telle est la première notion retenue par le législateur. En mettant en exergue une telle mesure, le législateur reconnaît explicitement que l'ancien « droit du travail » régissant les TOM avait institutionnalisé une discrimination dans les relations individuelles et collectives du travail au détriment des travailleurs autochtones. De telles dispositions soulignent aussi que le nouveau Code du travail rend effectif le principe de la hiérarchie des normes qui suppose que la norme inférieure doit respecter la norme supérieure. En effet le préambule de la Constitution de 1946 affirme son attachement au principe d'égalité et rejette toutes formes de discriminations. L'alinéa 2 du Code du travail est quasiment une reproduction fidèle du Préambule de la Constitution.

342. La deuxième notion est la suivante : « Est considérée comme travailleur toute personne qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne, physique ou morale, publique ou privée ». Ces éléments font apparaître plusieurs conditions dans la qualification juridique du travailleur. La première suppose explicitement que le contrat ne peut se former que si le travailleur s'est engagé. On peut en déduire que le législateur exige la liberté de

[191] Article 1er du Code du travail de l'Outre-mer.

consentement conformément à l'article 1101 du Code civil.

343. La dernière suppose un lien de subordination juridique défini selon le législateur de la manière suivante : « le travailleur doit être placé sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale, publique ou privée ». En faisant référence aux personnes morales de droit public, il semblerait que le législateur vise directement les établissements publics industriels et commerciaux (EPIC) et l'Administration qui étaient souvent outre les premiers employeurs et aussi les premiers à ne pas respecter les droits élémentaires des travailleurs autochtones.

344. Pour la détermination de la qualité de travailleur, il ne sera tenu compte, ni du statut juridique de l'employeur, ni de celui de l'employé. Par sa rédaction, cet article semble être une tautologie. En effet, en se basant sur l'alinéa 2 du Code, on observe que le législateur avait déjà rendu inopérant le statut juridique de l'employeur pour la qualification du travailleur. Dès lors que la subordination juridique et la subordination économique sont caractérisées, les mesures protectrices du Code s'appliquent sans tenir compte du statut juridique de l'employeur.

345. Quelle est la pertinence d'un tel article ? Serait-ce tout simplement une façon pour le législateur de marquer une rupture juridique avec les pratiques de l'ancienne Administration ?

346. Malgré les grandes avancées du Code garantissant la protection des travailleurs autochtones, son instauration soulève d'autres interrogations. Ainsi, que se passe-t-il si un salarié métropolitain décide de travailler dans un TOM ? Sera-t-il soumis à la législation métropolitaine ou ultra-marine ? Avant l'entrée en vigueur de ce Code, celui-ci reste soumis aux dispositions du droit du travail métropolitain. Dès lors, en cas de litige avec son employeur, les tribunaux du travail écartent le droit local pour privilégier le droit national. Dans ce cas, on observe que le critère déterminant est la nationalité.

347. Cette solution doit recevoir notre approbation dès lors que le droit du travail local est quasiment inexistant et ne dépend que de la volonté du Gouverneur. De plus, en cas de conflit de loi, le juge applique le principe de faveur qui l'amènera à appliquer la loi

la plus favorable.

348. Mais l'adoption du Code du travail de l'Outre-mer va-t-il changer ce principe ? A la lecture de l'article 1er alinéa 2 du Code « est considéré comme travailleur quels que soient son sexe et sa nationalité », il semble que cet article prévoit une application large du Code. C'est-à-dire que, dès lors qu'un travailleur se trouve dans un territoire relevant de la France d'Outre-mer, il rentre aussi dans le champ d'application dudit Code[192].

349. A contrario, si un travailleur autochtone vient travailler dans la métropole, ce sera alors le Code métropolitain qui s'appliquera. De ce fait, le critère de nationalité est inopérant ; seuls les critères géographiques et organiques rentrent en considération pour déterminer la loi applicable. En réalité, cette solution de principe retenue par le législateur métropolitain est la prégnance du principe d'égalité dégagé par la DDHC de 1789 et le préambule de la Constitution de 1946.

350. Par contre quelle serait la loi applicable, en cas de conflit entre les dispositions des deux Codes ayant le même objet ? La réponse à cette question repose, à notre avis, sur l'application du principe de faveur qui signifie que le juge devra appliquer la loi la plus favorable au salarié. A ce stade de l'analyse, la notion d'un droit mixte dans le cadre du droit du travail doit être relativisée. Plusieurs raisons justifient un tel raisonnement.

351. La première montre que les arguments qui excluaient l'application d'un Code du travail unique pour l'ensemble des territoires perdent de leur sens. En effet, que le travailleur soit métropolitain ou issu des territoires de l'Outre-mer, en cas de conflit entre les deux normes, le juge appliquera la norme la plus favorable.

La seconde met en évidence que ce système particulier, qui applique deux codes ayant le même objet, s'oriente vers une conception universaliste, donc assimilationniste, du droit du travail et, en conséquence, exclut la conception relativiste. Cette situation inédite dans le système juridique français résulte, non pas de la volonté du législateur, mais du juge qui, en cas de conflit de loi, appliquera le principe de faveur et donnera naissance à un Jus

---

192 Ph. Mithouard, *Les relations individuelles de travail d'après le Code du travail des territoires de l'Outre-mer*, thèse dactylographiée, Paris, 1955 p. 43.

commune qui écartera délibérément le Jus proprium lorsque celui-ci ne sera pas favorable au salarié métropolitain ou autochtone.

352. La mise en place de ces deux codes manifeste plus une décision politique pour trouver un compromis entre les partisans de l'assimilation et du particularisme juridique. N'oublions pas que le Code du travail de l'Outre-mer n'a été adopté qu'en 1952 alors que les discussions avaient commencé dès 1947. Il semblerait que cela soit une stratégie du pouvoir exécutif pour écourter les discussions et permettre aux travailleurs autochtones de bénéficier des lois protectrices dans le champ du droit du travail.

353. Dans le cadre de cette réflexion, il est intéressant d'observer tout l'intérêt que recouvre cette situation appliquant deux codes du travail dans un espace géographique commun, soumis à une souveraineté commune.

354. Cela démontre bien que l'on ne peut pas réduire le droit uniquement à un simple outil de résolution des différends entre deux ou plusieurs parties. C'est au contraire un outil protéiforme. Autrement dit, dès lors qu'il s'inscrit dans un cadre, dans un système qui est nécessairement complexe, il ne pourra pas être réduit qu'à la simple résolution d'un conflit, ou à l'encadrement du pouvoir de l'employeur.

355. Ainsi le processus d'émancipation du droit du travail n'échappera pas à ce constat. A ce titre l'émergence d'un nouveau droit du travail de l'Outre-mer a marqué une étape dans la construction d'une législation soucieuse de garantir les droits fondamentaux des travailleurs autochtones[193]. Par contre, la question de l'autonomie du droit du travail ne se pose guère. Certes le Gouverneur du territoire doit, par des arrêtés, prendre des mesures pour adapter certains éléments du Code aux réalités calédoniennes, mais on ne peut pas parler d'autonomie et encore moins d'émancipation du droit local du travail.

356. C'est à la suite des bouleversements politiques dans les colonies françaises allant de 1950 à 1960 que la question du droit du travail occupera une place prépondérante

[193] J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat: droit privé : Paris 2 : 1996.

en Nouvelle-Calédonie. En effet, après la proclamation de l'indépendance des territoires de l'AOF et de l'AEF, l'espace outre-marin a été divisé par quatre[194]. Cette nouvelle réalité a eu des répercussions institutionnelles sur les rapports entre la France et la Nouvelle-Calédonie.

357. L'indépendance des colonies a eu pour effet de marquer la première émancipation du droit local du travail par rapport au droit de l'Outre-mer ; par contre cette émancipation permettra-t-elle de concevoir une plus grande autonomie du droit local ?

358. Celui-ci n'était pas autonome et il était sous la tutelle du Gouverneur. Ce n'est qu'avec l'adoption de la loi du 15 décembre 1952 donnant naissance au Code du travail de l'Outre-mer que le pouvoir législatif a marqué sa prééminence et réduit fortement les prérogatives du Gouverneur. En revanche, on constate que cette émancipation à l'égard du pouvoir du représentant du pouvoir exécutif local n'a pas augmenté l'autonomie du droit local du travail. Mais il y a eu un basculement en faveur du pouvoir législatif. C'est la raison pour laquelle suite à l'adoption du Code, le droit local du travail s'est retrouvé sous la tutelle du pouvoir législatif métropolitain.

359. En conséquence les assemblées locales sont exclues dans le processus d'élaboration du Jus proprium. Ainsi ce Code n'accorde qu'une voix consultative aux institutions locales.

360. Après la période des indépendances, le Code du travail de l'Outre-mer n'a pas disparu. Il a continué à régir pendant plus de 30 ans le droit local du travail dans le territoire calédonien. Il est regrettable que le pouvoir métropolitain n'ait pas profité de ces bouleversements politiques pour repenser le droit local de la Nouvelle-Calédonie.

361. Cet immobilisme aura des conséquences désastreuses[195]. « Ce texte, plusieurs fois remodelé sur des points de détail, n'a connu depuis sa promulgation aucune

---

194 J.-Y. FABERON, J. Ziller, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.

195 En effet avec l'arrivée au pouvoir du Parti Socialiste en 1981, le Président de la République, François Mittérand adoptera une nouvelle vision politique pour la Nouvelle-Calédonie.

modification importante »[196]. Tel est le constat réalisé dans le rapport précédant l'adoption de l'ordonnance de 1982. En effet, la question de l'émancipation trouvera un nouveau souffle par rapport aux revendications indépendantistes qui secouent la Nouvelle-Calédonie. Paradoxalement, cette nouvelle réalité va créer deux situations inattendues.

362. La première sera l'apparition de la prééminence du pouvoir exécutif dans le champ du droit local du travail. La seconde sera le constat de l'émancipation de la Nouvelle-Calédonie à l'égard du Code du travail de l'Outre-mer et de l'émancipation de ce dernier de l'organisation statutaire des TOM[197]. Face aux revendications indépendantistes, le pouvoir exécutif métropolitain va mettre en place l'assimilation juridique en droit du travail. Autrement dit, il va transposer une grande partie des dispositions du droit du travail métropolitain par l'ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982. De ce fait, le droit local calédonien ne sera plus sous la tutelle du Gouverneur mais sous la tutelle du pouvoir exécutif.

---

[196] Voir rapport introductif remis au président de la république de l'ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la nouvelle-calédonie et dépendances.

[197] J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1 :

363. Soumis à un régime juridique particulier par rapport aux autres territoires de la République, la Nouvelle-Calédonie était sous la tutelle d'un Gouverneur émancipé du pouvoir exécutif et législatif. Cette émancipation lui a permis de mettre en place une législation dérogatoire au droit commun. Cette liberté représentait une atteinte aux droits fondamentaux des autochtones en raison de l'absence d'un contre-pouvoir.

364. Cette distance politique des représentants de la métropole sur le devenir des territoires d'Outre-mer a joué un rôle important dans la conscience collective des autochtones qui considéraient que l'État n'était pas une source de protection mais d'oppression. Cette réalité s'est impactée sur le droit du travail. Ainsi la notion d'émancipation était associée à l'isolement juridique. Donc le droit du travail n'a pas eu pour objet de les protéger d'un pouvoir car les autochtones étaient soumis à un statut dérogatoire au droit commun.

365. Ce statut particulier qui les exclut de la citoyenneté française permet l'installation d'un Jus proprium d'exclusion pour les personnes visées. Certes, il faudra attendre le code du travail du 15 décembre 1952 pour poser « les premières bases de l'égalité » entre les salariés autochtones et les métropolitains. Dans ce contexte, la notion d'émancipation du droit du travail renvoie à un pouvoir autoritaire et doit participer à construire l'unité de la Nation, de la République. Dans ce modèle, la centralisation du pouvoir écarte l'idée de permettre aux résidents du territoire de participer à l'élaboration d'un droit local du travail.

366. Toutefois ce modèle, qui pouvait se justifier dans un premier temps, a dû évoluer pour accompagner la volonté d'émancipation des travailleurs autochtones. Pour répondre à ces nouvelles revendications, le législateur métropolitain a proposé une assimilation juridique du droit du travail. Celle-ci s'est matérialisée dans l'ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982.

CHAPITRE 2 : LES LIMITES DE LA TUTELLE

367. Le droit du travail est peut-être la discipline qui est la plus sensible au changement politique, économique car il est soumis à des oppositions constantes obligeant à repenser, réinterpréter les textes en se basant sur de nouvelles réalités. La première est le triptyque employeur-salarié-syndicats qui renvoie, une fois de plus, au concept du pouvoir. La deuxième opposition est la place des autorités politiques qui, dans notre droit positif, occupe une place majeure en tant que source créatrice du droit. Cette autorité politique est particulière du fait qu'il n'existe pas de consensus entre les différents protagonistes quant à la définition et à la finalité du droit du travail.

368. Le droit du travail local n'échappe pas à ces oppositions. L'Ordonnance du 23 décembre 1982 en est une illustration. L'alternance politique de 1981 a amené au pouvoir une nouvelle force politique qui n'avait pas les mêmes perceptions et finalités du droit du travail.

369. Il est intéressant d'observer que celle-ci a détaché le droit local du travail du droit outre-marin. Cette émancipation à l'égard du droit du travail outre-marin montre que cette Ordonnance est un texte de rupture par rapport à la loi du 15 décembre 1952 ; elle ne dissociait pas la Nouvelle-Calédonie des colonies françaises et renforce l'idée que cette tutelle sur le droit du travail est une transition (Section 1). On pourrait croire que l'autonomie du droit local du travail a été une nouvelle voie ouverte par rapport à la métropole, mais c'est tout le contraire qui s'est produit. Paradoxalement, le législateur métropolitain s'est orienté vers une conception universaliste du droit du travail. En fait, il a tout simplement étendu le droit du travail métropolitain au territoire (Section 2).

SECTION 1 : UNE TUTELLE DE TRANSITION

370. Le mouvement de décolonisation n'avait pas eu de répercussion dans le champ du droit local du travail. Ce n'est qu'avec l'alternance politique de 1981 que ce droit a fortement évolué. Pour marquer la rupture avec l'ancienne majorité, le législateur métropolitain a abrogé partiellement les dispositions du Code du travail des TOM du 15

décembre 1952 (§1). En revanche, le législateur a conservé, à la demande des autorités politiques locales, les spécificités de la procédure judiciaire en droit du travail.

371. L'ordonnance du 23 décembre 1982 montre un retrait du parlement métropolitain dans l'élaboration du droit local du travail au profit du pouvoir exécutif. Ce n'est pas pour autant que les droits fondamentaux des salariés n'ont pas été préservés ; au contraire le pouvoir exécutif est allé plus loin en optant pour une législation assimilationniste. Autrement dit, il a fait abstraction des réalités socio-économiques du territoire pour appliquer les dispositions du droit du travail métropolitain. Cette « mystique de l'égalité »[198] a eu pour effet de voir le législateur métropolitain écarter les autorités locales dans le processus de création des normes en droit du travail en faisant prévaloir exclusivement sa conception du droit du travail.

Rejetée par les élus locaux et les partenaires sociaux, l'ordonnance de 1982 n'est devenue qu'un texte de transition (§ 2).

PARAGRAPHE 1 : L'ABROGATION PARTIELLE DU CODE DU TRAVAIL DE 1952

372. L'évolution statutaire de la Nouvelle-Calédonie[199] a toujours eu des répercussions sur le droit local du travail. Celui-ci reflète les oppositions sociales et économiques de l'île. En abrogeant partiellement les dispositions de la loi du 15 décembre 1952, le législateur a voulu marquer une rupture politique avec la conception coloniale du droit du travail (A), mais il n'a pas pu aller aussi loin qu'il le souhaitait car, devant faire face aux revendications locales, il a dû conserver certains éléments (B).

A) Les motifs de l'abrogation

373. La question politique occupe une place importante dans la détermination des statuts de la Nouvelle-Calédonie. Ce phénomène est accentué après les indépendances des colonies africaines. Le mouvement indépendantiste calédonien a pris de l'ampleur.

---

198 P.-F. Gonidec, *Mystique de l'égalité,* L.G.D.J, Extrait de la "Revue juridique et politique de l'Union française", n° 2, avril-juin 1953, p. 180.

199 Loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances plus connu sous l'appellation Statut STIRN.

Certains observateurs[200], estiment que celui-ci s'est structuré lors de la création du premier parti politique, l'Union Calédonienne (UC) en 1956. Les fondements idéologiques politiques du parti ne lui font pas envisager, pour le moment, l'indépendance du territoire, mais il veut que les habitants du territoire participent à la gestion de celui-ci afin de réduire les pouvoirs du Haut-Commissaire.

375. C'est en 1977 qu'une nouvelle orientation politique s'instaure au sein du parti en faisant le choix de l'indépendance. Cette option se renforce en 1979 avec la création d'un nouveau parti, le Front indépendantiste. En 1984, il change de nom pour devenir le Front de libération nationale Kanak et socialiste. Pour la première fois en 1982, les partis indépendantistes accèdent au pouvoir. Jean-Marie Tjibaou est élu à la présidence du Conseil du gouvernement. Avec l'arrivée au pouvoir en 1981 des socialistes, le courant indépendantiste a un écho plus important dans la métropole.

376. Cette convergence politique conduit à l'abrogation du Code du travail du 15 décembre 1952 qui résulte d'un conflit politique sur le territoire. En effet, tous les résidents de l'île ne sont pas pour l'indépendance. Pour répondre à cette crise, le Gouvernement français décide d'accroître l'autonomie législative de la Nouvelle-Calédonie dans le champ du droit du travail ; il abroge partiellement les dispositions du Code du travail de 1952. Afin de ne pas laisser un vide, l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 vient se substituer à certaines dispositions du code.

B) Les éléments conservés

377. La loi n°82-127 du 4 février 1982 a autorisé le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à promouvoir les réformes nécessitées par la situation en Nouvelle-Calédonie. Ces réformes visent plusieurs domaines[201] mais, pour notre étude, on s'intéressera exclusivement au domaine du droit du travail. Le Gouvernement a

---

[200] J.-Y. Faberon, Préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie,* La Documentation française, 1997 ; M. Levallois, *Le droit d'outre-mer et le défi de la décolonisation : le cas de la Nouvelle-Calédonie*, p. 162.

[201] Cette loi aborde toutes les questions spécifiques au territoire : le droit foncier, le domaine culturel, le régime minier, le domaine de la justice avec la création d'assesseurs coutumiers auprès des tribunaux pour les litiges coutumiers.

élaboré les nouvelles bases d'un droit du travail en édictant une Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

378. Il est fort intéressant de constater que lorsque le pouvoir métropolitain rencontre des difficultés d'ordre institutionnel en Nouvelle-Calédonie, le droit du travail est toujours impacté. Le législateur métropolitain confirme explicitement que cette discipline est fortement influencée et même liée avec son environnement politique, économique, et social.

379. L'article 83 de l'ordonnance de 1982 a abrogé la loi du 15 décembre 1952 qui a institué le Code du travail de l'Outre-mer dont le champ d'application territorial vise la Nouvelle-Calédonie. Par contre, dans le même article, il écarte de cette abrogation les articles 180 à 208 du même code.

380. Pour trouver le motif ayant conduit à une telle solution, il sera nécessaire de se référer au rapport remis au Président de la République de l'époque, M. François Mitterand. Le rapport dispose qu'au titre VI, il est prévu que les conflits individuels du travail continueront d'être réglés par le Tribunal du travail composé d'un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel, du président, de deux assesseurs employeurs et deux assesseurs salariés. Ces assesseurs sont nommés par l'assemblée générale de la cour d'appel.

381. Le Tribunal du travail est également une création de la loi de 1952. Le législateur ajoute que son fonctionnement est apprécié par les partenaires sociaux et les membres élus des institutions territoriales qui ont souhaité son maintien en vigueur, sous réserve des aménagements contenus dans ladite ordonnance de 1982.

382. D'emblée, le législateur métropolitain exclut de la compétence du Tribunal du travail les conflits collectifs et toutes les questions touchant aux relations collectives du travail. Cette summa divisio de la procédure s'inspire librement du droit métropolitain. Le maintien de cette juridiction d'un genre particulier dans l'ordre judiciaire calédonien amène à faire plusieurs observations.

383. La première s'intéresse aux motifs ayant amené le pouvoir local à exprimer le besoin du maintien du Tribunal du travail. Cette décision résulte, non pas de la volonté du législateur métropolitain, mais des organes locaux, représentés par les partenaires sociaux et les élus des institutions territoriales, qui apprécient son « fonctionnement ».

384. Paradoxalement cette solution marque les prémices d'une autonomie du droit local du travail par rapport au droit métropolitain. Cette autonomie prend sa source en se basant exclusivement sur les besoins exprimés par les organes locaux. De fait, cet article n'est pas l'expression de la volonté nationale mais celle d'un pouvoir local qui s'immisce dans un domaine qui relève des prérogatives de la loi.

385. L'État va pour la première fois en Nouvelle-Calédonie, « reconnaître non pas seulement l'individu » vivant dans un territoire donné mais « reconnaîtra leur appartenance à une communauté »[202]. C'est peut être cela qui explique que le pouvoir exécutif métropolitain n'a pas été insensible aux demandes du pouvoir institutionnel local.

386. Ces prémices de l'autonomie seront le préalable à l'émancipation du droit du travail. Cela démontre une fois de plus que les plus grands changements dans le domaine du droit ne résultent pas toujours d'un acte délibéré de la part de leurs auteurs. Il suffit de se référer aux grandes décisions[203] dégagées par le Conseil constitutionnel dans le domaine du droit du travail prenant pour fondement le préambule de la Constitution de 1946, alors qu'au départ ce n'était pas l'objectif recherché par le pouvoir constituant. Sans l'avoir voulu, le législateur métropolitain a ouvert une porte qui ne cessera de prendre de l'ampleur avec l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie.

387. Le maintien de ce particularisme juridique relatif à l'organisation du système judicaire en droit du travail ouvre la voie à la construction d'un Jus proprium propre à ce territoire. C'est une rupture qui confirmera l'existence d'un droit local du travail résultant d'une émancipation de celui-ci par rapport au droit du travail outre-marin.

---

[202] S. Louekchotte, Président de la Commission nationale d'évaluation de la loi de programme pour l'Outre-mer.

[203] Décision du Conseil constitutionnel n°79-105 DC, 25 juillet 1979, Recueil, p. 33 reconnaissant la valeur constitutionnelle du droit de grève.

388. La deuxième observation renvoie aux motifs justifiant le maintien du Tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie. Cette décision n'est-elle pas en contradiction avec les principaux motifs du rapport ayant justifié l'abrogation du Code du travail de 1952 ?

389. Dans l'introduction du rapport, le Gouvernement constate « qu'en l'espace d'une génération les contraintes qui conduisaient à distinguer le droit du travail Outre-mer du droit commun ont très nettement évolué. Cela explique qu'un texte conçu à l'origine, pour tenir compte de l'éloignement des terres administrées, de leurs dimensions et d'une économie fondée sur l'exploitation des ressources agricoles soit aujourd'hui dépassé et mérite une refonte complète ».

390. Ces propos démontrent que le pouvoir métropolitain ne prend pas toute la dimension économique, culturelle de la Nouvelle-Calédonie. Ce n'était pour lui qu'une « terre à administrer»[204] avec le concours principal du Gouverneur, détenteur des pleins pouvoirs.

391. En adoptant une nouvelle conception du droit du travail, le pouvoir métropolitain assigne une fonction inédite au droit du travail. Traditionnellement, le droit du travail se donne pour objectif d'encadrer, de limiter le pouvoir de l'employeur et d'assurer la protection des droits fondamentaux des salariés. Il neutralisait les principes fondateurs du Code civil qui reposait sur le principe de la liberté contractuelle et du consensualisme. Lors de l'adoption du Code de 1952 les rédacteurs sont allés plus loin dans les objectifs. L'entrée en vigueur de la Constitution de 1946 et du Préambule a, en effet, fixé comme priorité au droit du travail outre-marin d'atteindre une égalité réelle entre les travailleurs autochtones et les salariés métropolitains et de supprimer toutes formes de discriminations. Pour ce faire, il s'est émancipé du pouvoir du Gouverneur.

392. L'Ordonnance de 1982, adoptée dans un contexte fort différent, reprend

[204] Voir rapport introductif remis au Président de la République de l'ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

l'héritage du Code de 1952 mais marque une rupture avec ce dernier. L'objectif principal qu'il assigne au droit du travail est d'assurer la cohésion sociale d'une société multiculturelle[205] qui se compose de Kanaks, de Malgaches, de Caldoches, d'Européens, de Malaisiens, de Chinois. C'est une situation inédite en droit du travail.

393. « Indépendamment des congés prévus à l'article 4 de l'accord annexé à la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978, 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 ».

394. Un arrêté fixe en outre les règles selon lesquelles, dans la limite de 5 jours par an, des autorisations d'absence peuvent être accordées à l'occasion d'événements à caractère familial, coutumier ou culturel.

Issu de l'ordonnance de 1982, l'article 32 illustre bien la volonté du pouvoir exécutif métropolitain de permettre, à travers ces congés répondant à la culture Kanak, une représentation effective de toutes les communautés dans le droit local du travail.

395. Ces dispositions ne contreviendraient-elles pas à l'article premier de la Constitution de 1958 qui dispose que la France est une République indivisible, laïque, démocratique et sociale ? Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. Elle respecte toutes les croyances.

La question mérite de se poser car en principe, dans la tradition républicaine, c'est la Loi Fondamentale qui doit représenter cette cohésion nationale.

396. On pourra rétorquer que, traditionnellement, le pouvoir constituant a admis une limite à l'égalitarisme républicain. Cela a conduit à la sauvegarde des spécificités des peuples autochtones. Il a donc accepté que ces colonies puissent avoir une législation

[205] P. de Deckker et J.-Y. Faberon, *L'État pluriculturel et les droits aux différences : colloque organisé à Nouméa du 3 au 5 juillet 2002,* Bruylant, 2003. p. 57. L'État pluriculturel désigne la coexistence de groupes ethniques, culturels et religieux dans une même société.

particulière respectant leurs spécificités culturelles, économiques[206].

397. La Constitution de 1958 ne déroge pas à cette règle. En vertu de ce principe et de celui de la libre détermination des peuples, la République offre aux territoires d'Outre-mer qui manifestent la volonté d'y adhérer des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité et conçues en vue de leur évolution démocratique[207].

398. Malgré ses objectifs, l'ordonnance de 1982 n'aura pas une longévité aussi importante que la loi du 15 décembre 1952 instituant le Code du travail de l'Outre-mer. Adoptée dans un contexte politique très conflictuel[208], elle restera avant tout un texte de transition.

PARAGRAPHE 2 : UN TEXTE DE TRANSITION

399. En s'orientant vers une assimilation juridique, le législateur pensait qu'utiliser le droit du travail aurait été une solution pour atténuer les tensions socio-politiques, résultant principalement des revendications indépendantistes, qui traversent l'île. Cet objectif a été mis à mal en raison des nombreuses critiques des autorités politiques locales sur la loi du 23 décembre 1982 (B). Cette situation montre toute la complexité du sujet. En effet, malgré un contenu très élaboré (A), cette Ordonnance est victime de son excès de précisions qui, selon les acteurs locaux, est une atteinte excessive à leur autonomie.

A) Le contenu de la loi de 1982

400. Ayant abrogé les dispositions du code du travail des TOM, le législateur métropolitain a dû essayer de construire un droit du travail dans le domaine des relations

---

206 L'alinéa 9 de l'article 74 de la Constitution est une illustration parfaite de la législation applicable aux collectivités d'Outre-mer dotées de l'autonomie. Le Conseil constitutionnel est compétent pour constater qu'une loi est intervenue dans le domaine de compétence de la Polynésie française, de Saint-Barthélemy ou de Saint-Martin, et pour permettre ainsi à ces dernières de la modifier ou de l'abroger.

207 Préambule de la Constitution de 1958.

208 Avec l'alternance politique de 1981, le mouvement indépandiste prend plus d'ampleur en métropole car la nouvelle majorité a moins de réserve par rapport à cette question. Pour une analyse approfondie voir M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.

collectives (2) et individuelles (1). Ce travail a été élaboré dans la précipitation ce qui aura nécessairement des incidences quant à sa pérennité.

1) Les relations individuelles

401. L'article 74-1 de la Constitution de 1958 dispose que « dans les collectivités d'Outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité concernée, sous réserve que la loi n'ait pas expressément exclu, pour les dispositions en cause, le recours à cette procédure ».

402. Conformément à ces dispositions, le Gouvernement a étendu sur la base de l'article 2 de l'ordonnance de 1982 les livres Ier à VII du Code du travail métropolitain. Pour compléter, il a ajouté la partie législative des articles L. 900-1 à L. 900-3 et L. 920-4 du livre IX du code du travail. Mais conformément au rapport rendu, la finalité de celui-ci est d'aménager le Jus proprium du droit du travail. Ainsi « le projet d'ordonnance ne contient, de ce fait, que des dispositions spécifiques qui dérogent à certains articles du code du travail en raison des particularismes économiques et sociaux du territoire [209] ».

403. C'est la raison pour laquelle la plus grande majeure partie des mesures concernant les relations individuelles dérogent au Code du travail métropolitain. Dans le cadre de la réflexion, l'accent sera mis que sur les points les plus pertinents et innovateurs par rapport au droit métropolitain. Cela vise principalement la période d'essai (a), le salaire (b) et le tribunal du travail (c).

a) La période d'essai

404. Au terme de l'article 14, lorsque le contrat de travail à durée déterminée ou indéterminée prévoit une période d'essai, celle-ci fait, dans tous les cas, l'objet d'une

[209] Voir rapport introductif remis au Président de la République de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

stipulation écrite. La période d'essai ne peut excéder la durée nécessaire à l'appréciation par l'employeur des aptitudes professionnelles du salarié, compte tenu des usages de la profession et des techniques utilisées.

405. Ce texte qui déroge au Code du travail métropolitain était précurseur, voire en avance par rapport à la législation métropolitaine. Il a défini la période d'essai alors que, dans le droit positif métropolitain, c'est la jurisprudence et souvent les conventions collectives qui ont proposé une définition reprise par la loi n°2008-596 du 25 juin 2008[210]. Il va encore plus loin puisque le même article prévoit la durée maximale de la période d'essai. Ainsi celle-ci, en toute hypothèse, ne peut excéder, y compris le cas échéant son renouvellement, un mois, ou, s'agissant de cadres, trois mois.

406. Sur le plan interne, on constate que le pouvoir exécutif métropolitain propose des mesures innovantes dans le droit local du travail sachant qu'elles auraient étés difficilement adoptées dans le droit interne.

b) Le salaire

407. Le pouvoir exécutif métropolitain a pris deux grandes mesures relatives aux salaires qui se démarquent du droit du travail métropolitain. La première concerne son maintien en cas de maladie dûment constatée par un médecin ; l'employeur est tenu de verser au salarié, lorsque celui-ci ne peut bénéficier de l'article 7 de l'accord annexé à la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978, une indemnité égale à la rémunération de l'intéressé pendant la durée de son absence. Cette durée ne peut toutefois excéder celle du préavis applicable dans le cas de résiliation à l'initiative du salarié[211]. Dans le droit métropolitain, ce sont les partenaires sociaux, dans le cadre des accords de la branche, qui organisent les règles conventionnelles relatives au maintien de la rémunération en cas de maladie.

408. Comment faut-il interpréter cette immixtion du pouvoir exécutif dans des domaines qui relèvent traditionnellement de la négociation collective en métropole ? La

---

[210] Article L. 1221-19 et s. du Code du travail métropolitain.

[211] Article 15 de l'Ordonnance n° N°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

réponse résulte probablement de la faiblesse de cette pratique en Nouvelle-Calédonie. Songeons que l'amélioration des conditions de travail dans les territoires d'Outre-mer ne résulte pas, comme cela fut le cas en métropole, des conventions collectives, mais du pouvoir normatif.

409. La loi du 15 décembre 1952 instituant le Code du travail dans les territoires d'Outre-mer en est une illustration. L'article 26 de la même ordonnance confirme cette analyse : en cas de carence des partenaires sociaux, le chef du territoire représentant du pouvoir exécutif devra lui même réglementer la branche déterminée. Ainsi lorsqu'il ne peut être fait usage du pouvoir défini à l'article L. 133-12 du code du travail, le chef du territoire a la faculté, par arrêté pris en conseil de gouvernement après avis de la commission consultative du travail, de déterminer à titre provisoire les conditions de travail d'une branche d'activité.

410. La seconde mesure vise les bas salaires. La garantie du pouvoir d'achat des salariés dont les rémunérations sont les plus faibles est assurée par l'indexation du salaire minimum garanti sur l'évolution de l'indice officiel du coût de la vie en Nouvelle-Calédonie. Lorsque cet indice enregistre une hausse au moins égale à 0, 5 p. 100 par rapport à l'indice constaté lors de la fixation du salaire minimum garanti immédiatement antérieur, le salaire minimum garanti est relevé dans la même proportion à compter du premier jour du mois qui suit la publication de l'indice entraînant ce relèvement[212].

411. On observe que cette demande résulte de la volonté des partenaires sociaux qui, selon le contenu du rapport, sont unanimes pour exprimer leur attachement au maintien de ce système adapté aux spécificités économiques du territoire[213]. Ces propos peuvent porter à confusion. Car comment le Gouvernement métropolitain peut-il juger que ces mesures sont mieux adaptées par rapport aux réalités de l'île ? Or, la décision des partenaires sociaux, qui ne souhaitaient pas que la méthode de calcul du SMIC soit la même qu'en métropole, n'est-elle pas l'expression d'une méfiance à l'égard d'un pouvoir exécutif qui oublierait les spécificités de l'île ?

---

212 Article 26 de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

213 ibid.

c) Le Tribunal du travail

412. Vestige de l'ancien Code du travail de l'Outre-mer, « les partenaires sociaux et les membres élus des institutions territoriales apprécient son fonctionnement et ont souhaité son maintien en vigueur »[214]. Régi par les articles 180 à 208 du Code, quels sont les éléments qui distinguent et participent au particularisme de cette juridiction par rapport au Conseil de Prud'homme métropolitain ?

413. Par sa rapidité, sa composition, et le mode de nomination des juges, le Tribunal de travail de la Nouvelle-Calédonie se distingue par son originalité par rapport au droit métropolitain[215]. La rapidité s'exprime à deux niveaux. Le premier concerne les délais pour juger du différend. En effet, l'article 197 codifié par la loi 52-1322 du 15 décembre 1952 dispose que lorsque les parties comparaissent devant le Tribunal du travail, il est procédé à une tentative de conciliation. En cas d'accord, un procès-verbal rédigé séance tenante sur le registre des délibérations du tribunal consacre le règlement à l'amiable du litige.

414. Un extrait du procès-verbal de conciliation signé du président et du secrétaire vaut titre exécutoire. Jusque là, rien ne distingue la phase de conciliation du Tribunal du travail de la procédure de conciliation en métropole, mais c'est la réunion des articles 199 et 200 du Code qui marqueront à notre avis toute l'originalité de cette juridiction.

415. Ainsi il est prévu qu'en cas de non-conciliation, ou pour la partie contestée de la demande, le Tribunal du travail doit retenir l'affaire ; il procède immédiatement à son examen ; aucun renvoi ne peut être prononcé sauf accord des parties, mais le tribunal peut toujours, par jugement motivé, prescrire toutes enquêtes, descentes sur les lieux et toutes mesures d'informations quelconques. L'article ajoute qu'une fois que les débats sont clos, « le tribunal délibère immédiatement en secret. Sauf mise en délibéré dont le délai maximum

---

[214] Voir rapport introductif remis au Président de la République de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

[215] C'est peut être la première fois qu'un jus proprium local pourrait être précurseur d'une réforme dans le droit métropolitain.

est de quatre jours, le jugement est rédigé sur l'heure et l'audience reprise pour sa lecture ; il doit être motivé ».

416. Cette procédure s'inscrit dans un contexte particulier. Les anciennes colonies françaises étaient très étendues[216]. Les moyens de communication étaient très limités. Ainsi, pour permettre aux travailleurs d'exercer l'effectivité de leurs droits et que ces derniers n'y renoncent pas en raison des difficultés de transport sur des distances importantes pour se rendre au tribunal, le législateur métropolitain a privilégié une procédure et une phase de jugement la plus courte possible.

417. Rien de surprenant à cela car, conformément au principe du réalisme juridique le législateur métropolitain doit prendre en considération l'avis des institutions locales qui défendront leurs spécificités économiques, culturelles et géographiques.

418. La composition du Tribunal du travail marque une certaine originalité. C'est le premier Président de la Cour d'Appel qui occupe un rôle important. L'article 184 codifié par la loi n° 52-1322 du 15 décembre 1952, modifié par Ordonnance 82-1114 du 23 décembre 1982, dispose que le Tribunal du travail se composera, dans un premier temps, d'un magistrat désigné par le premier président de la cour d'appel, et aussi de deux assesseurs employeurs et de deux assesseurs salariés, pris parmi ceux figurant sur les listes établies en conformité de l'article 185 ci-après.

419. « Le président désigne, pour chaque affaire, les assesseurs employeurs et travailleurs appartenant à la catégorie intéressée. Les assesseurs titulaires sont remplacés, en cas d'empêchement, par des assesseurs suppléants dont le nombre est égal à celui des titulaires. Si l'un des assesseurs fait défaut, le plus jeune membre de la catégorie en surnombre ne siège pas. Par contre c'est le chef de territoire qui désignera un agent administratif qui sera attaché au tribunal en qualité de secrétaire ».

420. En métropole c'est le juge départiteur qui intervient en cas d'égalité

[216] La France dispose d'un Empire colonial de plus de cinq millions de kilomètres carrés ce qui représente neuf fois sa superficie. Voir J. Ki-Zerbo, *Histoire de l'Afrique noire d'hier à demain,* Hatier, 1978, p. 435.

parfaite entre le collège salarié et employeur dans la phase de délibération.
Enfin, à la différence des juges prud'homaux, les assesseurs ne sont pas élus par un collège de salariés. L'article 185 prévoit que les assesseurs du Tribunal du travail doivent être de nationalité française, être âgés de vingt et un ans au moins et n'avoir encouru aucune des condamnations prévues aux articles L. 5 et L. 6 du code électoral.

421. Ils doivent, en outre, exercer depuis trois ans, apprentissage compris, une profession mentionnée dans l'arrêté d'institution du tribunal et exercer cette profession, dans le ressort du tribunal, depuis au moins un an. Ils sont nommés par l'assemblée générale de la cour d'appel. Le mandat des assesseurs titulaires ou suppléants a une durée d'un an. Il est renouvelable. Après avoir élaboré le Jus proprium dans les relations individuelles du droit du travail local, le pouvoir exécutif calédonien en fera de même dans les relations collectives.

2) Les relations collectives

422. « C'est ainsi qu'en Nouvelle-Calédonie, des dispositions protectrices aussi fondamentales que celles régissant par exemple les comités d'entreprises, les comités d'hygiène et de la sécurité ou les sections syndicales n'ont aucune existence légale»[217] . Sur la base de ce constat, le législateur a décidé, dans le cadre de l'Ordonnance de 1982, d'unifier la législation calédonienne avec le droit métropolitain. L'ensemble de la réglementation applicable en métropole pour les comités d'entreprises, les comités d'hygiène et de la sécurité et les sections syndicales sont transposés dans le droit local.

423. Ce Jus commune dans les relations collectives participe à la protection des droits fondamentaux des salariés. C'est la raison pour laquelle cette ordonnance ne prévoit quasiment aucune dérogation par rapport au droit métropolitain.

La seule exception réside dans l'article 56 qui prévoit que la contribution prévue à l'article L. 432-9 du code du travail, calculée comme il est dit à cet article, ne peut être inférieure à 1, 5 p. 100 des salaires annuels.

---

[217] Voir rapport introductif remis au Président de la République de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

424. Cette singularité montre que le législateur métropolitain utilisait le droit local du travail comme champ d'expérimentation pour, peut-être, amorcer des réformes dans le droit du travail métropolitain[218].

B) Les critiques de l'ordonnance de 1982

425. L'ordonnance de 1982 marque une transition majeure dans le processus d'émancipation du droit local par rapport au droit de l'Outre-mer. Paradoxalement, cela a davantage renforcé l'emprise du pouvoir exécutif métropolitain et réduit l'autonomie des institutions locales dans la construction d'un Jus proprium en droit du travail. Cette situation inédite a suscité un ensemble de critiques dans le territoire qui ont conduit à l'abrogation de l'ordonnance de 1982.

426. Elle a été remplacée par un texte de même nature, en date du 13 novembre 1985. Les critiques portent essentiellement sur plusieurs points. La première renvoie au principe de clarté et d'intelligibilité qui, depuis une décision du Conseil Constitutionnel, en date du 16 janvier 1982 revêt une valeur constitutionnelle[219]. On constate que le droit local du travail est maintenant divisé. Cela se manifeste dans l'article 2 de l'ordonnance du 23 décembre 1982 qui rend applicable une grande partie des dispositions du droit du travail métropolitain en Nouvelle-Calédonie[220].

427. Dans le même article, le législateur dispose que des dérogations seront prévues et aménagées dans le cadre de cette même ordonnance[221]. Ce texte constitue le deuxième Corpus composant le droit local du travail. Le législateur complexifie ce droit local en permettant à d'autres acteurs d'intervenir dans la création des normes. Le chef du territoire a la faculté, par arrêté pris en conseil du gouvernement après avis de la commission

---

218 S. Drollet, *Le droit du travail en Polynésie entre autonomie et assimilation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille , 2000.

219 Décision du Conseil constitutionnel n°81-132 DC, 16 janvier 1982, Recueil, p. 18.

220 Les livre 1er à VII et les articles L. 900-1 à L.900-3 et L. 920-4 du livre IX du code du travail (partie législative)

221 Rapport introductif remis au Président de la République de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982: le projet d'ordonnance ne contient que des dispositions spécifiques qui dérogent à certains articles du code du travail en raison des particularismes économiques et sociaux du territoire.

consultative du travail, de déterminer à titre provisoire les conditions de travail d'une branche d'activité lorsqu'il ne peut être fait usage du pouvoir défini à l'article L. 133-12 du Code du travail[222].

428. Pour compléter, le Conseil d'État, dans le cadre de l'article 57, intervient dans l'élaboration des sources du droit local. Il est prévu que les mesures d'application des dispositions législatives du chapitre II du titre Ier du livre IV du Code du travail et des titres II et III du même livre sont, en tant que de besoin, fixées pour le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances par des décrets en Conseil d'État.

429. La technique du renvoi participe à rendre encore plus inintelligible le droit local du travail. Ces propos sont illustrés par l'article 36 de l'ordonnance qui prévoit que, pour l'application dans le territoire de l'article L. 223-8 du code du travail, la période du 1er décembre au 31 mai est substituée à celle qui figure au début du troisième alinéa du même article. Cette illustration n'est pas un cas isolé : une grande partie de la norme gouvernementale recourt à la technique du renvoi. Cette situation peut accentuer le risque du contentieux et aussi l'insécurité juridique.

430. Le second axe de la critique porte directement sur l'absence de concertation dans la rédaction de l'Ordonnance avec les représentants des institutions locales. Certes on rétorquera, dans le préambule de l'ordonnance du 23 décembre 1982, que le législateur a consulté l'assemblée territoriale calédonienne. Mais la valeur juridique de celle-ci doit être nuancée. Elle n'a aucun caractère contraignant pour le législateur métropolitain. Dans l'ordonnancement juridique, la consultation d'une assemblée territoriale revêt un caractère moins contraignant que l'avis. Donc le législateur n'avait aucune obligation constitutionnelle de consulter cette assemblée. C'est d'autant plus vrai que, conformément à l'article 74-1 de la Constitution, le droit du travail ne relève pas de la compétence de la Nouvelle-Calédonie.

431. Il semble que le manque de coordination entre le pouvoir local et le pouvoir métropolitain dans l'élaboration de l'Ordonnance a participé activement à son abrogation rapide. Le troisième point bascule sur la finalité du droit du travail dans un

[222] Article 26 de l'ordonnance N°82-1114 du 23 décembre 1982.

territoire en crise. L'Ordonnance de 1982 a été adoptée dans un contexte de remise en cause de la légitimité de l'autorité politique du pouvoir métropolitain. Ces contestations ont suscité des interrogations sur l'identité culturelle et l'avenir de la Nouvelle-Calédonie marqués par le pluralisme culturel[223]. A travers ce texte, le législateur métropolitain a utilisé le droit du travail pour répondre à une réalité économique, sociale, culturelle et institutionnelle spécifique au territoire.

432. Les rédacteurs font le constat qu'en « l'espace d'une génération les contraintes qui conduisaient à distinguer le droit du travail Outre-mer du droit commun ont très nettement évolué. Ceci explique qu'un texte conçu à l'origine pour tenir compte de l'éloignement des terres administrées, de leurs dimensions et d'une économie fondée sur l'exploitation des ressources agricoles soit aujourd'hui dépassé et mérite une refonte complète ».

433. Toute la finalité du texte repose sur le concept de « la refonte complète » du droit local qui aurait pour objectif principal de répondre à un besoin immédiat de reconnaissance d'un groupe social. L'article 32 exprime parfaitement cette instrumentalisation du droit. Indépendamment des congés prévus à l'article 4 de l'accord annexé à la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978, 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 5 jours par an, des autorisations d'absence peuvent être accordées à l'occasion d'événements à caractère familial, coutumier ou culturel.

434. Le législateur donne l'impression qu'en reconnaissant les spécificités d'un groupe social[224] en leur accordant une journée d'absence justifiée, il répondra aux attentes de ce dernier et rétablira une sérénité politique dans ce territoire.

---

223 P. de Deckker et J.-Y. Faberon, *L'état pluriculturel et les droits aux différences,* Bruylant , 2003.

224 Le champ d'application personnel visé par le législateur concerne les Kanaks. C'est le terme officiel employé dans l'Accord de Nouméa de 1998 pour désigner les habitants originels de la Nouvelle-Calédonie.

N'est-ce pas une entreprise vouée à l'échec ? Car le fondement même de l'interventionnisme législatif en droit du travail n'était-il pas de rationnaliser, de rééquilibrer les rapports de pouvoir entre l'employeur et le salarié ? Autrement dit, le contrat manifestation du pouvoir et aussi de l'autonomie de la volonté, donc de la liberté contractuelle, cache dans certains cas un déséquilibre contractuel. Mais à aucun moment il ne peut exprimer une caractéristique culturelle qui est hors champ dans le contrat.

435. Le législateur métropolitain ne détourne-t-il pas la fonction de la loi qui doit être avant tout « l'expression de la volonté générale »[225] ? Or l'article 32 de l'Ordonnance semble plus exprimer la revendication d'un groupe que celle de la population du territoire.

N'aurait-il pas été plus pertinent de laisser le soin aux partenaires sociaux, dans le cadre d'un accord territorial, de définir les spécificités locales, culturelles ? Ainsi le législateur aurait octroyé une plus grande autonomie aux institutions locales dans la construction d'un Jus proprium reflétant les besoins réels du territoire.

436. Cette conception centralisatrice du droit local cache deux versants. Le premier consiste pour le pouvoir métropolitain à édifier le Jus commune du territoire et le deuxième versant, matérialisé dans l'Ordonnance de 1982, vise l'élaboration du Jus proprium Calédonien.

Il est intéressant d'observer que la finalité du législateur métropolitain était de construire un droit du travail qui irait au-delà des antagonismes des travailleurs métropolitains et des travailleurs calédoniens. Selon ce dernier, il était nécessaire de réduire l'autonomie du territoire afin d'écarter toute idée d'émancipation du droit du travail.

SECTION 2 : UNE EXTENSION DU DROIT DU TRAVAIL METROPOLITAIN

437. L'alternance politique de 1981 a eu des effets importants en métropole. La Nouvelle-Calédonie n'est pas restée en dehors de ces réformes. Mais le gouvernement est intervenu dans le territoire en raison d'un conflit politique et institutionnel. Ce nouveau pouvoir ne connaissait pas toutes les réalités sociales, économiques du territoire. Ainsi,

[225] Article 6 de la Déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789

l'ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au droit du travail en Nouvelle-Calédonie a été élaborée et adoptée pour de multiples raisons (§1) qui ont marqué une nouvelle approche du droit du travail dans le territoire. Cette nouvelle conception a eu des effets (§2) importants pour le droit local du travail.

PARAGRAPHE 1) LES RAISONS

438. L'ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982 relative au régime législatif du droit du travail dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie a marqué une rupture avec le code des TOM du 15 décembre 1952. En effet, le législateur a écarté l'idée d'une harmonisation avec le droit métropolitain pour appliquer le principe d'identité législative (A). N'ayant pas fait l'objet d'une concertation avec les partenaires sociaux du territoire, cette ordonnance a été critiquée ; elle est aussi contestable (B).

A) Une application du principe d'identité législative

439. Le préambule de l'ordonnance du 23 décembre 1982 dispose « qu'en l'espace d'une génération les contraintes qui conduisaient à distinguer le droit du travail Outre-mer du droit commun ont très nettement évolué. Cela explique qu'un texte conçu, à l'origine, pour tenir compte de l'éloignement des terres administrées, de leurs dimensions et d'une économie fondée sur l'exploitation des ressources agricoles soit aujourd'hui dépassé et mérite une refonte complète.

Le projet d'ordonnance qui vous est soumis pose dans son article premier le principe de l'extension au territoire de Nouvelle-Calédonie des dispositions législatives du code du travail en vigueur en métropole et dans les départements d'Outre-mer ».

440. L'examen du raisonnement tenu par le législateur pour justifier l'abrogation partielle de la loi du 15 décembre 1952 instaurant un Code du travail pour l'Outre-mer nécessite un examen approfondi sur plusieurs points.

441. Le premier interpelle sur le constat de la summa divisio entre « le droit du travail Outre-mer et le droit du travail métropolitain ». En arrivant à une telle conclusion, il est nécessaire de nuancer ces propos qui ne prennent pas en compte toute la portée et les particularités du Code du 15 décembre 1952. Lors des débats concernant son élaboration,

deux courants s'opposaient au sein de l'hémicycle. Le premier était pour une séparation du droit du travail métropolitain du droit outre-marin, tandis que le second s'orientait vers une conception unitaire du droit du travail. Face à ces deux tendances, le gouvernement de l'époque a opté pour une harmonisation des deux droits dans le but de faire adopter, d'une part la loi dans un délai raisonnable[226], et d'autre part de respecter le particularisme territorial des colonies tout en garantissant les droits fondamentaux des travailleurs autochtones.

442. Le second point « explique qu'un texte conçu à l'origine, pour tenir compte de l'éloignement des terres administrées, de leurs dimensions et d'une économie fondée sur l'exploitation des ressources agricoles soit aujourd'hui dépassé ».

Encore une fois, une telle conclusion mérite d'être nuancée. Il est nécessaire de se rappeler que ce Code a marqué le droit du travail des TOM. C'était la première fois que le droit interne, en prenant sa source sur plusieurs textes fondamentaux tels que le Préambule de la Constitution de 1946, la Constitution de la IVème République et la DDHC de 1789, se donnait pour objectif d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux des travailleurs autochtones. A aucun moment il n'a pris en considération les particularismes économiques, géographiques pour réduire leurs droits fondamentaux ; le Code de 1952 a répondu favorablement aux thèses des universalistes en droit du travail. Ainsi, il est surprenant que le Gouvernement s'appuie sur une telle analyse pour justifier l'abrogation partielle de la loi du 15 décembre 1952.

443. Le dernier point marque une rupture importante par rapport aux orientations du Code de 1952. Dans son article 2[227], l'Ordonnance pose le principe de l'extension au territoire de Nouvelle-Calédonie des dispositions législatives du code du travail en vigueur en métropole et dans les départements d'Outre-mer.

444. En adoptant une telle mesure, le législateur calédonien se détache de la summa divisio classique entre le droit du travail métropolitain et le droit local. Il s'oriente

---

[226] Le Code du travail des Territoires de l'Outre-mer a été adopté après plus de 5 ans de discussions. Voir J. Brethe de la Gressaye, *Le Code du travail des territoires d'Outre-mer,* Droit Social, 1952, p. 334.

[227] Les livres Ier à VII et les articles L. 900-1 à L. 900-3 et L. 920-4 du livre IX du code du travail (partie Législative) sont applicables dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances sous réserve des dispositions de la présente.

plutôt vers une conception universaliste du droit du travail. Pour atteindre un tel objectif, il appliquera le principe d'identité législatif qui régit le statut des DROM[228]. Conformément à ce principe, les lois adoptées en métropole sont applicables dans ces collectivités ; elles pourront faire l'objet de légères mesures d'adaptations. Elles ne possèdent aucune autonomie dans le champ du droit du travail.

445. Par contre, en tant qu'ancien TOM[229], la Nouvelle-Calédonie n'était pas soumise à un tel régime juridique. Ce territoire était régi par les dispositions de l'article 74-1 de la Constitution de 1958. En effet les lois de la métropole ne sont pas d'application immédiate, il est nécessaire que le Parlement le prévoie. A défaut, c'est un règlement pris par le pouvoir exécutif après consultation des assemblées territoriales locales qui devront aménager son entrée en vigueur. Ce règlement doit prendre en considération les spécificités du territoire.

446. La possibilité de distinction entre le droit du travail national et le droit outre-marin est l'essence même du principe de spécialité législative. Comment peut-on expliquer les dispositions de l'article 2 de l'Ordonnance du 23 décembre 1982 qui viole la Constitution en instaurant une « assimilation juridique » entre le droit du travail métropolitain et le droit local du travail ? Une autre question se pose. Cette assimilation juridique résulte-t-elle de la volonté des calédoniens ou est-elle imposée ? Dans la première hypothèse, on s'oriente vers une autonomie du droit local du travail. Par contre dans la deuxième hypothèse, non seulement l'idée d'autonomie disparaît mais c'est la tutelle du pouvoir métropolitain qui se trouve renforcée.

447. Quelques éléments dans le rapport et dans l'Ordonnance permettent de trouver une réponse à ces questions.

Dans le visa de l'Ordonnance, le législateur indique que, préalablement à celle-ci, il a consulté l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie. Ces consultations ont eu des répercussions sur trois mesures. La première est le maintien du Tribunal de travail hérité du Code de 1952 ; la seconde permet un mode de calcul spécifique du SMIC au Territoire ; la

---

228 Article 74 de la Constitution. Voir J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, L.G.D.J, 2007.

229 J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, L.G.D.J, 2007, p. 365.

dernière accepte une non extension du régime d'assurance chômage métropolitain. Par contre, ce sont les partenaires sociaux de la Nouvelle-Calédonie qui détermineront la réglementation du nouveau régime d'assurance chômage.

448. Dans le contenu même de l'Ordonnance, l'article 51 dispose que les règles d'organisation et de fonctionnement de l'office ainsi que la définition de ses missions sont fixées par une délibération de l'assemblée territoriale prise après avis de la commission consultative du travail. Au regard de tous ces éléments, on constate que la volonté du pouvoir exécutif est prééminente. Certes il associe directement ou indirectement les autorités calédoniennes à l'élaboration d'un Jus proprium local en droit du travail mais il reste la principale source.

449. L'examen du raisonnement tenu par le pouvoir exécutif permet d'observer l'exclusion partielle des institutions locales dans la construction d'un droit local spécifique à la Nouvelle-Calédonie. Malgré cela, celui-ci a permis l'émergence de la thèse universaliste. Celle-ci était défendue par les partisans d'un Code unique, alors qu'un autre courant défendait le particularisme juridique qui octroyait une plus grande autonomie aux autorités locales dans l'élaboration d'un droit du travail.

450. Les sources de cette conception universaliste du droit du travail semblent être multiples. La première repose sur une application des principes énoncés par la Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789[230].

451. Plusieurs articles étayent cette approche. Le premier est l'article 1er énonçant que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune.

Le deuxième est l'article 6 qui affirme que « la Loi est l'expression de la volonté générale. Tous les citoyens ont droit de concourir personnellement, ou par leurs représentants, à sa formation. Elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. Tous les citoyens étant égaux à ses yeux sont également admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents ».

[230] Décision du Conseil Constitutionnel n° 74-54 DC du 15 janvier 1975, considérant n°8, Recueil, p. 19.

452. La dernière source visant entre autres la Nouvelle-Calédonie est le Préambule de la Constitution de 1946. L'article 6 garantit que la France forme, avec les peuples d'Outre-mer, une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

453. Dans une décision en date du 16 juillet 1971[231] le Conseil constitutionnel a intégré la DDHC et le Préambule de la Constitution de 1946 dans le corpus juridique de la Constitution de la Vème République. En conséquence, conformément au principe kelsenien, les normes émanant du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif étant d'un niveau inférieur à la norme constitutionnelle ne doivent pas être en contrariété avec cette dernière. Le législateur semble avoir suivi cette voie. On pourrait aller plus loin dans le raisonnement en constatant que cette conception universaliste du droit du travail s'inscrit dans le cadre du développement de l'État de droit dans les territoires d'Outre-mer[232]. En effet, en appliquant d'une manière stricte le principe d'égalité entre les travailleurs métropolitains et les travailleurs calédoniens, le législateur devait étendre le Code du travail métropolitain à la Nouvelle-Calédonie.

454. Il marque une rupture avec le législateur de 1952 qui refusait cette assimilation entre le droit du travail métropolitain et le droit outre-marin. Cela ne signifie pas qu'il était indifférent au principe dégagé par la Constitution mais il a préféré élaborer un Jus commune qui aurait une double fonction. La première serait d'assurer la protection des droits fondamentaux des travailleurs autochtones. En revanche, il voulait éviter une assimilation juridique qui aurait eu pour effet de ne pas respecter les particularismes du territoire.

455. C'est la raison pour laquelle il a permis, en marge de ce Jus commune, aux institutions locales et au chef de territoire, d'élaborer un Jus proprium dans le champ du droit local. En se démarquant des principes fondateurs du droit du travail de l'Outre-mer

---

[231] Décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Rec.* 29. Pour un commentaire de cette décision, voir L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15eme édition, 2009.

[232] J. del Carmen Ortega, *Le pluralisme juridique et les peuples autochtones,* directeur de thèse : M. J.-P. Ferrier, Thèse de Doctorat, Droit constitutionnel, Paris 2, 2005.

élaborés par le Code de 1952, le législateur métropolitain, paradoxalement, a créé une situation inédite qui ne restera pas sans effet sur le processus d'autonomie dans le champ du droit local du travail.

456. Comme toute nouveauté juridique, elle s'accompagne d'incertitude. Ainsi au regard du régime juridique spécifique des TOM, certains éléments invitent à penser que cet égalitarisme juridique viole certaines dispositions de la Constitution.

Pour trouver cet équilibre dans le droit du travail, le législateur calédonien a permis une interprétation moins stricte de certains principes constitutionnels tels que l'égalité devant la loi.

B) Un choix contestable

457. Les livres Ier à VII et les articles L. 900-1 à L. 900-3 et L. 920-4 du livre IX du code du travail (partie Législative) sont applicables dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances sous réserve des dispositions de la présente[233].

Un examen approfondi de cet article amène à conclure que le principe de spécialité législative, garanti constitutionnellement par l'ancien article 74 de la Constitution de 1958 pour les TOM devenus des COM, a été écarté pour céder la place au principe d'identité législative applicable aux DROM. L'ordonnance de 1982 n'est pas exempte de critiques. Mais les analyses ne porteront que sur sa légalité constitutionnelle au regard de l'alinéa 18 du préambule de la Constitution de 1958 et de la loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances (2).

1) Contrariété à l'alinéa 18 du préambule de la Constitution de 1958

458. Cet article est-il conforme à l'alinéa 18 du préambule de la Constitution de 1946, partie intégrante du bloc de constitutionalité[234] ?

459. « Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples

[233] Article 2 de l'Ordonnance N°82-1114 du 23 décembre 1982.
[234] Décision du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971. Pour un commentaire de celle-ci, voir L. Favoreu et L. Philip, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Dalloz, 15ème édition, 2009.

dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ».

D'un point de vue constitutionnel, la Nouvelle-Calédonie fait partie des TOM[235]. En conséquence, ce territoire insulaire rentre naturellement dans le champ d'application de l'alinéa 18 du préambule de la Constitution de 1946. Autrement dit, la métropole doit tout mettre en œuvre pour amener ce territoire à s'administrer d'une manière autonome et démocratique.

460. Que faut-il entendre par cette dernière expression ? Faut-il comprendre que cela renvoie à l'autonomie ou l'indépendance ? Cela doit-il se matérialiser aussi dans tous les domaines dévolus aux autorités métropolitaines ? En résumé, le droit du travail fait-il partie des domaines dans lesquels la France doit amener ce territoire à s'administrer par ses propres moyens ? Si tel est le cas, l'article 2 et l'intégralité de l'ordonnance de 1982 seraient frappés d'inconstitutionnalité.

461. Une première réponse vient d'une décision n° 65-34 L du 2 juillet 1965[236] émise par le Conseil constitutionnel :

« Il est dit que dans les collectivités d'Outre-mer visées à l'article 74 et en Nouvelle-Calédonie, le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de l'État, étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur en métropole ou adapter les dispositions de nature législative en vigueur à l'organisation particulière de la collectivité.

Les ordonnances sont prises en conseil des ministres après avis des assemblées délibérantes intéressées et du Conseil d'État. Elles entrent en vigueur dès leur publication. Elles deviennent caduques en l'absence de ratification par le Parlement dans le délai de dix-huit mois suivant cette publication ».

462. Cette décision interpelle sur plusieurs éléments par rapport à nos interrogations de départ. Dans le premier point, le Conseil constitutionnel indique que « le Gouvernement peut, par ordonnances, dans les matières qui demeurent de la compétence de

---

235 La définition du statut de la Nouvelle-Calédonie est très complexe. Voir à ce propos les décisions du Conseil constitutionnel du 30 août 1984 DC 84-178, Rec. 69 et décision du 25 janvier 1985 DC 85-187, Rec. 43.

236 Décision du Conseil constitutionnel n° 65-4 L DC du 2 juillet 1965, Recueil, p.75.

l'État étendre, avec les adaptations nécessaires, les dispositions de nature législative en vigueur ».

Il résulte de cette décision que le Conseil constitutionnel semble approuver le processus suivi par le législateur métropolitain. Celui-ci adopte une conception large de l'État.

463. Conformément à la définition Kelsenienne, c'est l'organe qui est le titulaire exclusif de la Souveraineté dans son espace terrestre, maritime et aérien. En conséquence, conformément à la conception classique d'un État unitaire, ce dernier dispose de l'ensemble des prérogatives dans le domaine législatif et judiciaire. C'est la raison pour laquelle, dans la même décision, celui-ci vise directement le domaine législatif, certes restreint depuis la réforme constitutionnelle de 1958[237].

464. Si l'on se réfère à l'article 34 de la Constitution énonçant que la loi détermine les principes fondamentaux en droit du travail, droit syndical et de la sécurité sociale, il ne fait aucun doute que ce domaine relève exclusivement de la compétence de la métropole. Donc la notion d'autonomie et d'indépendance doivent être écartées si on fait une combinaison des articles 34 et 74 de la Constitution. Conformément à ses compétences, il reviendra alors au Gouvernement, s'il le souhaite, d'étendre ou d'adapter, par Ordonnance, les mesures législatives métropolitaines à la Nouvelle-Calédonie.

465. Le deuxième point indique deux options d'intervention pour le Gouvernement. La première permet d'étendre simplement les dispositions de nature législative à la Nouvelle-Calédonie. En l'espèce, c'est ce qu'il réalise par le biais de l'article 2 de l'Ordonnance de 1982 élargissant l'application du Code du travail de la métropole au territoire calédonien.

L'autre option lui donne la faculté d'adapter certaines mesures législatives au particularisme de la Nouvelle-Calédonie. La même ordonnance remplit aussi cette fonction.

---

[237] Cette réforme constitutionnelle a rationnalisé le rôle du Parlement dans la nouvelle architecture de la Vème République. Dorénavant celui-ci, conformément à l' article 34 de la Constitution, aura une compétence d'attribution au Parlement tandis que, pour le pouvoir exécutif, le Gouvernement aura une compétence de droit commun sur le fondement de l'article 37 de la Constitution lui attribuant le pouvoir réglementaire.

466. Le dernier point résulte de l'emploi du conditionnel utilisé par le Conseil constitutionnel et l'article 74 de la Constitution. Il énonce que « le Gouvernement peut par Ordonnance ». Ce qui signifie que le pouvoir exécutif métropolitain n'est pas obligé d'intervenir dans un domaine qui relèverait de la compétence de l'État. Autrement dit, il n'a pas l'obligation d'utiliser toutes ses prérogatives dans les domaines relevant de la compétence de l'État en Nouvelle-Calédonie. Cette abstention ne signifie pas l'existence d'un vide juridique.

467. En s'appuyant sur ce dernier élément, on constate que la solution dégagée par le Conseil Constitutionnel ne peut pas avoir toute notre approbation et ce pour plusieurs raisons.

468. La première repose sur le fait que le Conseil semble insensible aux spécificités identitaires, économiques et sociales du territoire. Il interprète d'une manière stricte l'article 74 de la Constitution. Or tout l'intérêt du principe de spécialité législative instauré depuis le XVIIIème siècle est de permettre aux territoires colonisés de préserver leur particularisme et, d'une certaine manière, leur autonomie.

469. Comme le souligne l'alinéa 18 du Préambule de la Constitution de 1946, « la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ».

Certes la notion du peuple est une question très complexe et occupe une place majeure dans la politique interne de l'île[238].

470. Mais en étendant les dispositions du Code du travail à la Nouvelle-Calédonie, le pouvoir exécutif vide de sa substance le principe de spécialité législative propre aux territoires d'Outre-mer. Cette assimilation juridique non concertée, prévue à l'article 2 de l'Ordonnance de 1982, semble être une violation des dispositions du Préambule de la Constitution de 1958. Par contre le Conseil constitutionnel, en s'appuyant sur l'article 74 de la Loi Fondamentale, soutient le contraire.

---

[238] C. Gindre-David, directeur de recherche J. Gicquel et co-directeur de recherche G. Agniel, *La loi du pays en droit constitutionnel français : expression de la spécificité calédonienne dans un État unitaire en mutation,* Thèse de doctorat, Droit public, Paris 1, 2005.

471. Donc que faire en présence de deux normes ayant la même valeur constitutionnelle ? Le Conseil constitutionnel utilisera-t-il le principe de faveur qui permet, en droit du travail, en présence d'un conflit de normes, d'appliquer celle qui serait la plus favorable au salarié ? Appliqué au cas de la Nouvelle-Calédonie, le principe de faveur revêt une réalité plus complexe. Car en tant qu'ancienne colonie devenue Territoire d'Outre-mer en 1946, ce territoire[239] qualifié par certains de pluriculturel est habité par plusieurs populations n'ayant pas le même rapport historique à la France. Les habitants originels, les Kanaks, demanderont une application stricte de l'alinéa 18 du Préambule de la Constitution de 1946 pour refuser une extension pure et simple des dispositions du Code du travail métropolitain. Tandis que les seconds, descendants des métropolitains, demanderont une mise en œuvre de l'article 74 de la Constitution au nom du principe d'égalité entre les métropolitains, et les habitants des TOM exigeront de bénéficier de l'ensemble des dispositions du Code du travail métropolitain.

472. A l'issue de cette réflexion, on constate que la décision du Conseil constitutionnel en date du 2 juillet 1965 est insatisfaisante car cela ne répond pas à la véritable question. Cette décision ne prend aucun risque sur le plan juridique. En substance, le Conseil ne fait que rappeler la procédure du principe de spécialité législative, mais il occulte toute la complexité qui se voile derrière l'article 74 de la Constitution. Pour ce dernier, le principe de spécialité législative ne serait que la non application en Nouvelle-Calédonie des lois votées en métropole.

Or, lors des débats parlementaires[240] relatifs au Code de 1952, le législateur avait à l'esprit toutes ces réalités. C'est peut-être pour cela que son adoption a pris plus de 4 ans !

473. Dans les faits, le Conseil constitutionnel ne se prononce pas. Il laisse le Gouvernement prendre ses responsabilités qui auront des incidences juridiques quant au processus d'émancipation du droit du travail. Une autre voie ne résiderait-elle pas, pour le Conseil constitutionnel, à proposer un équilibre entre le Jus commune et le Jus proprium qui a occupé une place importante dans l'élaboration d'un droit du travail garantissant les droits fondamentaux des travailleurs autochtones tout en respectant leurs particularismes dans les

---

239 P. de Deckker et J.-Y. Faberon, *L'état pluriculturel et les droits aux différences,* Bruylant , 2003.

240 P. Huguet, *Code du travail d'Outre-mer (loi du 15 décembre 1952) / texte et commentaire*, Sirey , 1953.

territoires outre-marins ?

474. Après avoir démontré que cette Ordonnance ne respecte pas les dispositions prévues au préambule de la Constitution de 1946, elle semble aussi non conforme à la loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances.

2) Contrariété à l'article 7 de la loi du 28 décembre 1976

475. La loi du 28 décembre 1976[241] donne, pour la première fois, à la Nouvelle-Calédonie, une compétence de droit commun, tandis que l'État obtient une compétence d'attribution. Conformément à ce principe d'organisation, spécifique aux États fédéraux, tout ce qui ne relève pas des attributions du gouvernement central par la loi relève de la compétence du Territoire. Cette compétence d'attribution à l'État concerne 3 domaines. L'article 7 de la loi du 28 décembre 1976 la répartit de la manière suivante : les missions régaliennes[242], les domaines qualifiés de stratégiques[243] et le domaine public maritime et aérien[244] relèveront de la compétence de l'État. Le même article se termine en énonçant que « toutes les autres matières seront sous la compétence du territoire ».

476. En conséquence non mentionné parmi les domaines clés de l'État, le droit du travail relève de la compétence du territoire. A partir de ce constat, il était interdit au Gouvernement métropolitain de prendre une disposition qui rendrait applicable le Code du travail métropolitain à la Nouvelle-Calédonie.

477. Cet article est frappant tant par sa simplicité que par sa clarté dans sa rédaction et surtout par rapport à sa finalité. Il affirme clairement une autonomie en faveur des élus locaux dans l'élaboration du Jus commune et du Jus proprium dans le champ du droit local du travail.

---

[241] J.-Y. Faberon, préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie,* La Documentation française, 1997, pour une analyse synthétique de la loi voir communication de G. Agniel, p. 41.

[242] Relations extérieures, défense, Monnaie et Trésor, Justice.

[243] Il est regrettable que le législateur n'ait pas défini cette expression qui, dans le contexte calédonien, est un enjeu primordial pour la stabilité institutionnelle.

[244] Communications extérieures (navigation maritime et aérienne, postes et télécommunications).

La réalité invite à nuancer ces propos. En effet, les titulaires de cette prérogative n'ont pas pleinement utilisé cette autonomie pour construire un Jus commune et un Jus proprium dans le champ du droit du travail. Pour l'élaboration du droit commun, les autorités locales se sont appuyées sur le Code du travail de 1952 ; en ce qui touche le Jus proprium, il semblerait que sur la base du rapport accompagnant l'ordonnance 82-1114 du 23 décembre 1982[245], que celles-ci n'ont pas trop usé de leurs prérogatives.

478. La question qui se pose est la suivante : comment est-il possible que le législateur métropolitain ait pris une Ordonnance réglementant le droit du travail alors que cela ne relevait pas de sa compétence mais de celle du territoire, conformément à l'article 7 de la loi du 28 décembre 1976 ? Il est regrettable que cette Ordonnance n'ait pas été soumise au Conseil d'État qui aurait pu, peut-être donner un début de réponse.

479. L'Ordonnance n° 82-1114 de 1982 abrogeant partiellement le Code du travail et faisant abstraction de la loi 28 décembre 1976 a marqué le droit local du travail. En effet le législateur a pris ses distances par rapport à la subdivision existant entre le droit métropolitain et le droit local pour mettre en œuvre une assimilation juridique partielle. Ajoutons que cette même Ordonnance aménage aussi quelques particularismes pour conserver les spécificités du droit local du travail.

480. Conscient des limites de l'application du principe d'identité législative, le pouvoir exécutif s'appuiera, non pas sur les élus locaux pour adapter certaines dispositions nationales au droit local, mais il confiera cette faculté au chef du territoire. Les effets d'une telle décision seront importants car ils éloigneront encore plus l'idée de l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie dans l'élaboration de son droit local.

PARAGRAPHE 2) LES EFFETS

481. En fusionnant le droit du travail métropolitain avec le droit local calédonien, l'Ordonnance du 23 décembre 1982 permet de casser une « barrière juridique » entre la métropole et les salariés de l'Outre-mer. On aurait pu penser que cet élan d'égalitarisme permettrait une unification de certains concepts du droit du travail entre ces

[245] Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982.

deux espaces géographiques comme, par exemple, le licenciement. Mais cela ne s'est pas produit. Cela montre une fois de plus que la volonté politique et la réalité juridique diffèrent.

482. Pour construire cette unité sociale qui devait être source de paix dans le territoire, le gouvernement métropolitain ne s'est pas appuyé sur les autorités politiques, mais plutôt sur l'autorité administrative. Ce changement d'orientation a paradoxalement renforcé les prérogatives du chef du territoire dans le champ du droit local du travail (A). Qu'est-ce qui aurait pu motiver une telle position de la part du législateur métropolitain alors que l'ordonnance du 23 décembre 1982 semble être précurseur d'une avancée dans la protection des droits fondamentaux des salariés calédoniens ? Ainsi ce renforcement des pouvoirs du chef du territoire sera-t-il encadré pour éviter les détournements de pouvoir ? Pour répondre à ces questions, il sera nécessaire de s'interroger sur la nature de ses pouvoirs et l'étendue de ses missions (B).

A) Renforcement des prérogatives du Chef du territoire

483. Ce nouvel ordonnancement juridique dans le droit local du travail aura également des répercussions sur la redistribution du pouvoir entre le chef du territoire, les élus locaux et les partenaires sociaux. Dans le droit local du travail outre-marin, l'interventionnisme du pouvoir exécutif métropolitain n'est jamais neutre. Traditionnellement, il a pour effet de limiter ou d'encadrer les pouvoirs de son représentant[246] sur le territoire. Ainsi l'autonomie des autorités locales et des acteurs sociaux se trouve renforcée dans la création d'un Jus proprium local en droit du travail.

484. Paradoxalement, c'est l'effet inverse qui se passe dans cette nouvelle Ordonnance. Les prérogatives du chef du territoire dans le champ du droit local du travail se consolident au détriment des autres acteurs locaux. Plusieurs dispositions de l'Ordonnance de 1982 confirment cette analyse en renforçant le pouvoir de ce dernier. Il occupera la présidence de plusieurs organismes territoriaux ; il sera le représentant de l'État pour assurer l'exécution de l'Ordonnance. Il pourra même, en cas de carence des partenaires sociaux dans certaines branches, prévoir des dispositions provisoires.

[246] Le Haut Commissaire est le terme qui remplace le Chef du territoire. Il reste toujours le représentant du pouvoir exécutif sur le territoire.

485. Il semblerait que le législateur de 1982 ait pris conscience de certaines erreurs du passé. Car après une analyse approfondie du texte, on observe que certaines décisions, qui auront des conséquences importantes dans le droit local du travail, sont encadrées, non plus par le pouvoir exécutif métropolitain mais par le gouvernement local.

486. Cela aura pour incidence que l'ensemble des arrêtés pris par le chef du territoire seront nécessairement émis dans le cadre du Conseil de Gouvernement calédonien[247].

Ainsi pour la mise en place de certaines institutions locales, telle que la Commission consultative de l'emploi entre autres, il est prévu que « l'arrêté du chef du territoire soit pris en conseil de Gouvernement ». Il fixe les mesures d'application des alinéas précédents et notamment le nombre des représentants des employeurs et des salariés, la répartition des sièges entre les organisations d'employeurs et de salariés, les modalités de désignation de ces représentants, la durée de leur mandat qui ne peut excéder trois ans et le montant des indemnités qui leur sont allouées[248].

487. La prééminence du Chef du territoire renvoie inexorablement au droit du travail avant 1982. En revanche, cette liberté d'action du chef du territoire se fera sentir dans la construction et l'élaboration du Jus proprium du droit local du travail. Il pourra aussi définir la portée, la pénétration dans le territoire de l'application du droit métropolitain sur l'île.

488. L'article 26 de l'Ordonnance est une illustration parfaite du pouvoir de création que possède le chef du territoire et de l'ascendance de ce dernier sur les autres acteurs locaux. Le texte dispose que « lorsqu'il ne peut être fait usage du pouvoir défini à l'article L. 133-12 du code du travail, le chef du territoire a la faculté, par arrêté pris en conseil de gouvernement après avis de la commission consultative du travail, de déterminer à titre provisoire les conditions de travail d'une branche d'activité ».

489. On pourra rétorquer que le pouvoir métropolitain associe d'une manière

[247] Cette nouvelle organisation mise en place dans le cadre de la loi du 28 décembre 1976 s'inspire du statut de la Nouvelle-Calédonie en 1957. Le Haut-Commissaire dispose de prérogatives importantes puisqu'il préside le Conseil du gouvernement.

[248] Article 6 de l'Ordonnance du 23 décembre 1982 ; pour d'autres exemples voir les articles 26, 32, 41, 43, 48, 75.

directe ou indirecte les acteurs locaux dans ce nouvel ordonnancement juridique, mais il donne l'impression que le pouvoir d'impulsion repose avant tout entre les mains de son représentant, le chef du territoire.

490. En renforçant les pouvoirs du chef du territoire, l'Ordonnance de 1982 accentue la disparition de l'autonomie des élus locaux dans la construction d'un Jus proprium local en droit du travail. Ces derniers seront sous la dépendance du pouvoir exécutif à travers, non seulement l'extension du Code du travail métropolitain, mais aussi de l'impossibilité pour eux d'élaborer leurs propres normes.

491. En prenant de telles mesures, le pouvoir exécutif ne manifeste-t-il pas une défiance à l'égard de la démocratie locale ? La question mérite d'être posée car l'Ordonnance de 1982 donne l'impression que derrière la conception d'assimilation, le Gouvernement cherche à rappeler sa Souveraineté dans le droit du travail conformément aux articles 34 et 74 de la Constitution. On pourrait même dire qu'il abroge implicitement la loi n° 76-1222 du 28 décembre 1976 relative à l'organisation de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, modifiée par la loi n° 79-407 du 24 mai 1979 qui attribuait une compétence au territoire dans le domaine du droit du travail.

492. Ces propos se confirment dans plusieurs dispositions de ce texte. L'article 71 en est l'illustration parfaite. Il détermine que la formation professionnelle et la promotion sociale font l'objet d'une politique coordonnée et concertée, notamment avec les organisations représentatives des employeurs et des travailleurs. Cette concertation et cette coordination sont assurées au sein du comité territorial de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi qui comprend, sous la présidence du chef du territoire :

- des membres élus par l'assemblée territoriale ;
- des membres désignés par le chef du territoire ;
- des représentants des travailleurs et des employeurs ;
- des personnes qualifiées, tant en matière d'enseignement qu'en matière de formation professionnelle.

493. Le chef du territoire, non seulement préside, mais allie, de surcroît, la

compétence pour désigner certains membres de cette commission[249]. Une telle centralisation du pouvoir en faveur du chef du territoire amènera à s'intéresser à la nature juridique de ses pouvoirs et de l'étendue de ses missions.

B) La nature juridique du pouvoir du Chef du territoire et ses attributions

494. L'ordonnance du 23 décembre 1982 relative au droit local du travail a pour effet de réduire considérablement les pouvoirs et compétences du Gouverneur dans le champ du droit du travail, alors que ses attributions sont très variées (1). Il reste tout de même le référent principal du pouvoir exécutif métropolitain et rend plus complexe la nature juridique des pouvoirs du chef du territoire. Autonome au niveau local, il fonctionne parfois comme un représentant de l'exécutif dans le champ du droit du travail (2).

1) Ses attributions

495. A ce stade de l'analyse, l'Ordonnance de 1982 marque une rupture par rapport au Code de 1952, créant un précédent par l'extension du Code du travail de la métropole à l'ensemble des salariés calédoniens, excepté les agents publics[250]. Il est évident que le pouvoir exécutif métropolitain ne peut pas en permanence prendre toutes les mesures nécessaires pour son application.

496. Conscient des limites de l'assimilation juridique, le Chef du territoire se voit attribuer des attributions qui relèvent en métropole de la compétence de plusieurs autorités administratives ou du ministre du travail[251]. Il en résulte que ses champs d'interventions sont multiples. Il occupe une place prépondérante dans plusieurs commissions territoriales.

---

249 Voir article 51, 71 et 81 de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982.

250 Article 2 de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982.

251 Articles 3, 7, 23, 42, 43 de l'ordonnance du n°82-1114 du 23 décembre 1982 du Préfet, du Directeur départemental de la Direction Départementale du Travail et de l'emploi, directeur régional du travail et de la main-d'oeuvre.

497. La première est la commission consultative du travail. Elle est régie par l'article 6 de l'Ordonnance du 23 décembre 1982 et elle est rattachée au Chef du territoire. A ce titre, il en occupe la présidence. Aussi devra-t-il prendre un arrêté en conseil de Gouvernement qui fixe les mesures d'application dudit article. Il devra notamment fixer le nombre des représentants des employeurs et des salariés, la répartition des sièges entre les organisations d'employeurs et de salariés, les modalités de désignation de ces représentants, la durée de leur mandat qui ne peut excéder trois ans et le montant des indemnités qui leur sont allouées.

Le chef du territoire pourra saisir cette commission pour :

- examiner toute difficulté née à l'occasion de la négociation des conventions collectives ;
- émettre un avis sur toutes les questions relatives à la conclusion et à l'application des conventions collectives ainsi que sur les conséquences économiques de celles-ci[252].

498. La seconde commission régie par l'article 72 est le comité territorial de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi. Sa fonction principale est d'étudier et de proposer, en fonction des orientations prioritaires de la politique des pouvoirs publics, les mesures de nature à :

- provoquer des actions de formation professionnelle et de promotion sociale ;
- soutenir par un concours financier ou technique les diverses initiatives prises en ces matières.

499. Le chef du territoire n'est pas membre de ce comité ; par contre, il interviendra d'une manière indirecte dans son fonctionnement. L'Ordonnance prévoit que les mesures d'application des dispositions des articles 72, 74 et 78 sont fixées par des arrêtés du chef du territoire en conseil de gouvernement, après avis du comité créé par l'article 72.

500. L'office du travail[253] est le bureau de placement pour l'emploi des

---

[252] Article 7 de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 du 23 décembre 1982.

[253] Article 50 de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982.

demandeurs d'emploi[254]. C'est la dernière structure à vocation territoriale dans laquelle le chef du territoire aura une mission prépondérante. Cet office est un établissement public territorial doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Il est placé sous l'autorité du chef du territoire.

501. Il aura un pouvoir réglementaire lui permettant de prendre des arrêtés dans des domaines qui sont du ressort, en métropole, du Ministre du travail.

Dans le cadre de l'ancien article L. 117-10 du code du travail, il doit fixer le salaire minimum de l'apprenti. Cet arrêté sera pris dans le cadre d'un Conseil de gouvernement, après avis du comité territorial de la formation professionnelle, de la promotion sociale et de l'emploi.

Le chef du territoire intervient conformément à l'article 31 de l'Ordonnance pour fixer l'indemnité de départ en retraite prévue à l'article 6 de la loi n° 78-49 du 19 janvier 1978 relative à la mensualisation et à la procédure conventionnelle applicable dans le territoire.

502. Ensuite, la même Ordonnance l'autorise à intervenir dans le domaine des relations collectives. En cas de carence des partenaires sociaux, le chef du territoire a la faculté, par arrêté pris en conseil de gouvernement après avis de la commission consultative du travail, de déterminer à titre provisoire les conditions de travail d'une branche d'activité[255]. Il occupera un rôle majeur dans les licenciements collectifs. Ainsi l'article 44 de l'Ordonnance dispose qu'avant de se prononcer dans les conditions définies par l'ancien article L. 321-9[256] l'autorité administrative peut recourir à une expertise. Dans ce cas, les délais fixés audit article sont prolongés de quinze jours. Si les besoins de l'expertise le justifient, ce délai peut être encore augmenté de dix jours par décision du chef du service de l'inspection du travail. Il reviendra au chef du territoire, dans cette procédure, de désigner les experts sur une liste arrêtée en conseil de gouvernement. Les conditions de rémunération des experts sont fixées par un arrêté du chef de territoire en conseil de gouvernement.

503. A travers les différentes missions confiées au Chef du territoire, le

---

254 ANPE métropolitain devenue pôle emploi depuis la loi n° 2008-126 du 13 février 2008 relative à la réforme de l'organisation du service public de l'emploi.

255 Article 26 de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 du 23 décembre 1982.

256 Article L. 1233- 8 du nouveau Code du travail du 1er mai 2008.

législateur métropolitain montre les limites du principe d'identité législative ou de l'assimilation juridique. Ainsi il n'est pas évident de déconstruire un système qui avait trouvé sa propre autonomie par rapport à la métropole. Le Code de 1952 a été, « plusieurs fois remodelé sur des points de détail », et « n'a connu depuis sa promulgation aucune modification importante »[257]. Certes le constat du Gouvernement est juste. Mais ce texte n'a-t-il pas eu le mérite de construire les grands principes fondamentaux d'un droit du travail outre-marin ayant permis l'émancipation de millions de travailleurs du pouvoir arbitraire du Gouverneur ?

504. Les multiples attributions confiées au chef du territoire de la Nouvelle-Calédonie interpellent sur la nature juridique de ses pouvoirs qui dépassent largement celui d'un préfet ou d'un représentant d'une autorité administrative en métropole.

2) La nature juridique de son pouvoir

505. L'Ordonnance étend certes le Code du travail métropolitain à la Nouvelle-Calédonie, mais elle ne va pas au bout du processus. En attribuant un ensemble de mission au Chef du territoire, elle complexifie son rôle vis-à-vis des partenaires sociaux, des autorités administratives territoriales, et des élus locaux. Cela accentue le risque de contentieux, donc accroît l'incertitude juridique.

506. A ce stade de l'analyse, le chef de territoire occupe trois fonctions différentes dans le droit local du travail. La première lui permet d'avoir les attributions du ministre du travail et parfois celles du ministre de l'agriculture. Dans le cadre de ses prérogatives, il met en œuvre les pouvoirs réglementaires du ministre prévus à l'article 37 de la constitution de 1958.

507. Ainsi les attributions conférées au ministre chargé du travail et au ministre chargé de l'agriculture par le titre III du livre Ier du code du travail sont, pour l'application de ce titre dans le territoire, exercées par le chef du territoire[258]. Seul titulaire du pouvoir

---

[257] Voir le rapport introductif de l'Ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail et du Tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie.

[258] Article 3, 23, 42 de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982.

réglementaire, il possède une autonomie très large dans l'interprétation et la mise en œuvre du Jus commune dans le territoire.

508. Sa seconde fonction est plus conforme au droit du travail métropolitain. L'Ordonnance lui attribue un rôle de préfet ; il prend des décisions qui revêtent la forme d'arrêté préfectoral. Dans cette configuration, il est davantage un représentant de l'État. A ce titre, il met en œuvre la politique du Gouvernement. Il sera l'interlocuteur privilégié des partenaires sociaux pour les conflits collectifs et les restructurations majeures. Ces arrêtés sont des actes administratifs susceptibles d'un recours pour excès de pouvoir[259].

509. Enfin, la dernière attribution le désigne responsable d'un établissement administratif. A ce titre ce service sera « placé sous son autorité »[260]. Aussi, il arrive parfois que son pouvoir soit restreint. L'Ordonnance prévoit dans l'article 51 que les règles d'organisation et de fonctionnement de l'office du travail ainsi que la définition de ses missions soient fixées par une délibération de l'assemblée territoriale prise après avis de la commission consultative du travail.

Dans cette configuration, le chef du territoire est plus un observateur et assure le bon fonctionnement et l'application des règles décidées par les élus locaux.

Dans le cadre de ses fonctions, il n'est plus sous la tutelle de l'État mais d'un ministère[261].

510. Cette nouvelle organisation particulière à la Nouvelle-Calédonie ne peut pas échapper aux critiques.

La première met en évidence un conflit d'intérêt. Comment le chef du territoire siégeant dans plusieurs établissements distincts pourrait faire preuve d'impartialité lorsque ce dernier est à la fois le représentant de l'État ou le représentant d'un ministère ? La commission consultative illustre ces propos. La présidence de l'office du travail est occupée par le chef du territoire. Dans l'hypothèse où la commission préconiserait un avis, une décision, qui irait à l'encontre des intérêts de l'office du travail, quelle serait l'attitude du chef du territoire sachant que cet organisme administratif a la personnalité morale ?

---

259 R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, DL 2006.

260 Article 50 de l'Ordonnance n°82-1114 du 23 décembre 1982.

261 L' Ordonnance vise directement le ministère du travail.

Fera-t-il prévaloir le Jus commune dont le représentant est le ministère dont il dépend ou le Jus proprium représenté par les autorités locales ? La question se pose car les problèmes relatifs à l'emploi occupent une place importante dans l'île[262].

511. La deuxième critique démontre une centralisation excessive du pouvoir dans le cadre du droit local du travail. N'aurait-il pas été plus judicieux qu'une partie des fonctions assurées par le chef du territoire soit mieux répartie avec les élus locaux ? Au-delà de leur légitimité politique, ils connaissent aussi bien les spécificités de la Nouvelle-Calédonie.

512. La dernière critique montrera les limites de l'assimilation juridique dans le champ du droit du travail. Celle-ci s'est construite autour d'une summa divisio entre un Jus commune dont la source est le droit du travail métropolitain et un Jus proprium dont la principale source est l'ordonnance du 23 décembre 1982. Dans le même temps, le pouvoir exécutif hexagonal désigne son représentant sur l'île qui n'est autre que le chef du territoire. En tant que représentant de l'État, il doit veiller à rendre effective l'application des mesures réglementaires et législatives. Donc ce chef de territoire devra-t-il assurer la promotion du Code du travail métropolitain conformément à l'article 2 de l'Ordonnance ou accordera-t-il la prééminence au Jus proprium élaboré par la même ordonnance ?

513. Cette question met en évidence une seconde fois le conflit d'intérêt qui pèse sur le chef du territoire. Certes, cette assimilation juridique marque une rupture avec le Code de 1952 mais, paradoxalement, elle participe à troubler l'ordre interne du droit local du travail[263]. Ce constat est d'autant plus vrai que la disparition du Code entraîne irrémédiablement l'exclusion des élus locaux dans l'élaboration d'un droit local du travail et, par conséquent, éloigne le spectre de l'autonomie par rapport au droit du travail métropolitain.

514. Pourtant le législateur aurait pu s'appuyer sur la loi du 28 décembre 1976

---

262 J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat: droit privé : Paris 2, 1996.

263 *Ibid.*

qui accordait une autonomie majeure au territoire dans le droit du travail en appliquant le principe de subsidiarité pour innover et adapter le droit social du territoire aux nouvelles réalités économiques, sociales et politiques.

515. Il en a décidé autrement. Cette précipitation dans l'élaboration de l'Ordonnance et le manque de concertation ont eu des conséquences très graves quant à l'application de cette nouvelle réglementation. Les premiers destinataires de cette extension du Code métropolitain ne se sont pas appropriés toute la richesse du droit du travail métropolitain et les employeurs locaux se sont montrés réticents quant à son extension[264].

516. Au-delà de ces réalités juridiques et sociales, le droit du travail ne peut pas se réduire uniquement à la création d'un ensemble de normes qui devront être appliqués dans un espace et temps donné. En effet cette discipline, comme l'ensemble des sciences, répond en général à un besoin exprimé par un groupe social à un moment donné. C'est peut-être le point de départ de la règle de droit. En faisant fi de ces principes, l'ordonnance de 1982 aura une durée de vie largement moins importante que le Code de 1952.

517. Celle-ci disparaîtra de l'ordre juridique calédonien pour être abrogée par l'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985 qui marquera une nouvelle étape dans le processus d'autonomie du droit local du travail.

---

[264] J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat: droit privé : Paris 2, 1996.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

518. L'Ordonnance du 23 décembre 1982 marque une rupture idéologique et fonctionnelle du droit local du travail. Idéologique car le pouvoir métropolitain adopte une conception universaliste du droit du travail. Dans son approche fonctionnelle, cette rupture a pour effet de voir le législateur étendre l'ensemble des dispositions du droit du travail métropolitain à la Nouvelle-Calédonie. En prenant de telles mesures, il espère résoudre ou atténuer les revendications indépendantistes.

519. Cette volonté d'assimilation juridique a créé un phénomène inattendu ; les résidents du territoire ont rejeté ce processus juridique. De ce fait, les indépendantistes et les partisans de l'unité de la République se sont unis pour demander la suppression de l'ordonnance du 23 décembre 1982. La manifestation de cette émancipation ne signifie pas pour autant une demande d'indépendance par rapport à la métropole, mais davantage une volonté d'être associée à l'élaboration de la norme. Les auteurs de cette demande estiment être plus proches des réalités sociales, économiques du territoire pour proposer les normes les plus adaptées.

520. Toutefois ces arguments doivent être nuancés. La même question se pose en France pour savoir quel est le niveau le plus approprié pour négocier les accords collectifs. Depuis la loi Fillon du 4 mai 2004, suivie de la loi Borloo du 18 janvier 2005, le législateur privilégie la négociation au niveau de l'entreprise ; il prend le risque de fragiliser le statut protecteur des salariés au profit d'accords qui ne sont pas obligatoirement plus favorables.

521. Pour la Nouvelle-Calédonie, les mêmes interrogations se posent : cette nouvelle approche de l'émancipation a-t-elle pour finalité d'améliorer le statut des salariés ou de rendre le droit du travail plus flexible, afin qu'il réponde aux besoins de l'activité des entreprises ? Le législateur métropolitain n'est pas resté insensible à ces revendications puisque l'ordonnance du 23 décembre 1982 disparaîtra de l'ordre juridique calédonien.

522. En prenant une telle mesure, le pouvoir métropolitain n'a-t-il pas pris le risque d'ouvrir une nouvelle conception de l'émancipation du droit local du travail en l'orientant vers la voie de l'autonomie ?

CONCLUSION DU TITRE 1 :

523. La Nouvelle-Calédonie a été soumise dès le 24 septembre 1853 à de nombreux statuts. Cette situation a eu des répercussions sur le droit local du travail qui, lui-même, a subi les effets de cette instabilité statutaire. Toutefois, cette situation a permis l'émergence d'un débat politique et juridique sur la place du droit du travail dans une collectivité territoriale ayant un statut particulier.

524. En métropole, le principe d'égalité permet d'avoir une certaine homogénéité du statut des salariés sur le territoire. Certes, dans le cadre de la négociation collective, il est possible d'adapter certains domaines du droit du travail à la réalité de l'entreprise ou de la zone géographique. Mais ce modèle peut-il s'appliquer à un territoire de la métropole situé à plus de 15. 000 km ? Dans le processus de la colonisation de la Nouvelle-Calédonie, le législateur a fait preuve d'un certain réalisme en permettant la création d'un droit spécifique pour le territoire s'émancipant de la métropole. Cette approche de l'émancipation ouvre les prémices d'une certaine autonomie du droit local du travail. Celle-ci ne signifie pas pour autant que les autochtones et les résidents sont associés à l'élaboration de la norme, mais, dans le champ du droit du travail, elle sera différenciée par rapport à la métropole.

525. En écartant le pouvoir local, il revenait au pouvoir exécutif de construire les bases de ce droit local. Il a privilégié la mise en place d'une assimilation juridique qui a mis un terme aux violations des droits fondamentaux des autochtones. Comme c'est souvent le cas en droit, ce sont dans les moments de crise que de nouvelles questions juridiques ou de nouveaux principes s'élaborent et deviennent une source d'innovation. Le droit local du travail n'échappe pas à ce principe car la crise institutionnelle que traverse la Nouvelle-Calédonie depuis le début des années 1980 va participer à redéfinir un nouveau droit local du travail s'orientant vers une autonomie.

TITRE 2 : L'ordonnance du 13 novembre 1985, les prémices d'une autonomie

526. « Détenir du pouvoir, c'est disposer de la faculté de disposer. Le contraste est radical entre le titulaire du pouvoir et le contractant, le second étant dépourvu de la faculté de prendre seul une décision. Il ne peut qu'émettre une offre qui n'acquerra force juridique qu'à la condition de rencontrer l'acceptation d'autrui»[265]. Donc que signifie pour une entité sui generis l'autonomie dans le droit du travail, alors que détenir du pouvoir c'est avoir la faculté de disposer ?

Serait-ce la faculté d'élaborer des normes opposables à l'ensemble des sujets calédoniens rentrant dans son champ d'application sans devoir se référer au pouvoir métropolitain ? Dans cette hypothèse, cette autonomie ne s'apparenterait-elle pas à une émancipation, et, si tel est le cas, serait-ce une indépendance qui ne dirait pas son nom ?

Ou serait-ce la faculté de participer à l'élaboration de la norme dans le droit du travail avec le pouvoir exécutif et législatif métropolitain ? Si tel est le cas, comment assurer cette répartition des compétences ? Se déterminerait-elle par rapport aux réalités métropolitaines ou aux spécificités calédoniennes ?

527. Derrière ces questions se cache toujours le voile du pouvoir. Autrement dit, quelle autorité aura la faculté d'établir un ensemble de règles dans les relations collectives et individuelles en droit du travail qui seront opposables aux personnes rentrant dans son champ d'application ? L'ordonnance du 13 novembre 1985 a intégralement abrogé l'ordonnance de 1982 et l'a aussi remplacée.

528. En abrogeant l'Ordonnance de 1982, le pouvoir métropolitain a pour la première fois fait le constat des limites de l'assimilation juridique qui a conduit à repenser la notion même de tutelle qui est le corollaire de l'aliénation de l'autonomie.

L'Ordonnance du 13 novembre 1985 a eu pour effet de marquer une nouvelle étape dans l'émergence d'un droit local du travail. A ce stade de l'analyse le concept

---

[265] P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels*, L.G.D.J, 2004.

d'indépendance est précipité mais c'est une première étape de l'émancipation qui accorde une plus grande autonomie aux autorités locales.

529. Dans la mesure où c'est la première fois que la métropole se trouve face à une telle situation dans l'ordre juridique, plus particulièrement dans le champ du droit du travail, il n'existe aucun terme pour qualifier ce nouvel ordonnancement juridique. C'est la raison pour laquelle dans le cadre de cette réflexion, on a emprunté au droit romain certains termes pour qualifier des situations différentes par rapport à leurs sens originel. Cette terminologie permet de mieux saisir toute la portée du concept de Jus proprium et de Jus commune. On ne doit pas exclure que la force de l'Empire romain résidait dans sa capacité à respecter les spécificités juridiques des peuples conquis et d'ajouter quelques éléments du droit romain[266].

530. Ainsi, on observe que, face à une situation de crise, l'équilibre ne peut être établi que si les parties trouvent un consentement dans la réduction de leur pouvoir de décider[267]. L'ordonnance du 13 novembre 1985 exprime cette nouvelle réalité qui repense le schéma traditionnel dans le droit local du travail.

531. Cette nouvelle autonomie du droit local est un compromis entre le pouvoir métropolitain et calédonien. De ce fait, l'Ordonnance marquera l'apparition d'un Jus proprium dans le droit local (chapitre 1). Autrement dit, les autorités calédoniennes auront un espace autonome dans lequel elles pourront construire des normes correspondant à leurs réalités économiques et sociales. Par contre, cette autonomie ne signifie pas indépendance, car le législateur métropolitain, en se réservant le droit de déterminer les principes directeurs du droit du travail, montre par là un attachement au Jus commune qui est peut-être l'expression de la garantie des droits fondamentaux des salariés calédoniens (chapitre 2).

---

266 J. GAUDEMET, *Droit et société aux derniers siècles de l'Empire romain,* Jovene , 1992.

267 P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004.

CHAPITRE 1 : L'APPARITION D'UN JUS PROPRIUM DANS LE DROIT LOCAL

532. L'ordonnance du 13 novembre 1985 marque un pas important dans le processus d'émancipation du droit du travail. Certes on ne peut guère parler d'indépendance, mais cette dernière ne peut se concevoir que si l'autonomie se réalise. En effet l'autonomie est le préalable à l'indépendance.

533. Mais il est intéressant d'observer dans le cadre du droit local que la question de l'autonomie ou de l'indépendance a toujours été étroitement liée à l'évolution institutionnelle de ce territoire. Ainsi, pour comprendre toute la portée de l'ordonnance du 13 novembre 1985, il sera nécessaire de s'intéresser à la portée juridique de celle-ci (Section 1) ; elle met en évidence que l'extension des pouvoirs des autorités locales est l'expression d'un pouvoir propre (Section 2).

SECTION 1 : La portée de l'Ordonnance du 13 novembre 1985

534. L'avènement de la IVème République marque un tournant institutionnel pour la Nouvelle-Calédonie. De colonie, elle passe au statut de territoire d'Outre-mer. Ce n'est pas simplement un changement sémantique, mais l'impact sur l'extension des droits fondamentaux de la population autochtone est remarquable[268]. En octroyant la citoyenneté à l'ensemble des Kanaks, le pouvoir constituant a aussi permis un rapprochement politique et social de l'île à la métropole.

535. Mais la période des indépendances des années 1960[269] a vidé de sa substance le concept même des territoires d'Outre-mer. C'est sur cette nouvelle réalité que la Nouvelle-Calédonie a contraint le pouvoir métropolitain à repenser ce concept de TOM. C'est ainsi que, face aux spécificités du territoire, les autorités métropolitaines ont proposé plusieurs statuts[270]. On constate que la question de l'autonomie ou de l'indépendance occupe une place de plus en plus importante dans l'évolution des statuts.

---

268 J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.

269 J. Ki-Zerbo, *Histoire de l'Afrique noire d'hier à demain,* Hatier, 1978.

270 R. Rimbon-Ngango, thèse sous la direction du Professeur J. Ziller , *Le régime juridique des DOM en droit français et en droit communautaire (1946-2006)*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris 1, 2006.

536. Le droit local du travail a été impacté par ces évolutions statutaires. Cela se manifeste clairement dans la loi du 6 septembre 1984 (§ 1), texte précurseur dans le processus d'autonomie du droit local du travail. Dorénavant celui-ci reposera sur l'ordonnance du 13 novembre 1985 permettant aux autorités locales calédoniennes d'avoir une véritable autonomie dans l'élaboration d'un Jus proprium en droit du travail (§ 2).

PARAGRAPHE 1 : LA LOI DU 6 SEPTEMBRE 1984

537. Les lois modifiants les statuts de la Nouvelle-Calédonie reposent souvent sur des raisons politiques (A) qui ont des impacts sur le processus juridique du droit local du travail (B) et influencent aussi l'économie de l'île (C).

A) Les objectifs politiques

538. La politique n'a jamais autant influencé le droit du travail d'une collectivité de l'Outre-mer depuis la période des indépendances. Celle-ci occupe une place majeure dans le processus d'émancipation. Ainsi le concept d'indépendance a toujours tenu un rôle primordial dans la construction des institutions du Territoire et aura nécessairement une répercussion sur le droit du travail.

539. Le recours à d'autres disciplines, telles que la sociologie, l'anthropologie, la théologie permet de mieux cerner ce territoire aux paradoxes multiples[271].

540. Cet élément permet de montrer toute l'originalité et la complexité du sujet. Car en fonction de la place où l'on se situera, le droit du travail n'aura pas la même source ni la même orientation. Il ne faut pas voir cela comme un élément négatif qui créerait une incertitude juridique pour les sujets de droit mais, au contraire, c'est peut-être la seule discipline qui oblige des personnes ayant des points de vue antagonistes à adopter une position commune pour construire un droit qui aura une portée non pas identitaire mais territoriale[272].

---

[271] J.-B.-M. Vincent, *Les Canaques de la Nouvelle-Calédonie : esquisse ethnographique,* A. Challamel, 1895.

[272] D. Dommel, *La crise calédonienne, rémission ou guérison ?*, L' Harmattan, 1993.

541. La loi du 6 septembre 1984 a été adoptée dans un contexte politique très conflictuel[273]. L'île est marquée par deux grandes orientations politiques. La première, représentée par Jacques Lafleur, anti indépendantiste, estimait que cette loi ne respectait pas le principe de l'unité et de l'indivisibilité de la République. C'était un texte qui annonçait, selon ce dernier, l'indépendance du territoire et indirectement du droit du travail. Ce courant se rattache au principe moniste de l'État républicain dont « l'uniformité des lois est le garant de l'égalité des citoyens et à l'unité du peuple français »[274].

542. La seconde orientation politique qualifiée d'indépendantiste soutenait que cette loi n'allait pas aussi loin que le projet initial qui était l'indépendance. Pour Jean-Marie Tjibaou l'un des leaders indépendantistes[275] l'autonomie partielle proposée par la loi du 6 septembre 1984 ne doit pas être confondue avec la souveraineté qui est le droit de choisir ses partenaires, et l'indépendance qui est le pouvoir de gérer la totalité des besoins créés par la colonisation, par le système en place. Ces deux points ne sont pas négociables. Il s'opposait ouvertement au pluralisme juridique qui était une voie autonomiste et non indépendantiste.

543. Les effets de la politique sur le droit du travail ne peuvent s'analyser que si l'on recourt une fois de plus à une summa divisio entre la politique territoriale et la politique métropolitaine. Car ce sont deux approches différentes qui, parfois, convergent vers le même point et, à d'autres moments, divergent.

544. Pour commencer, on s'intéressera à la politique interne de la Nouvelle-Calédonie. Elle est marquée par les clivages culturels, démographiques, linguistiques qui ont eu des répercussions sur les rapports entre les différents groupes sociaux et aussi sur l'élaboration du droit du travail. En se basant sur l'Ordonnance de 1982 qui a étendu sur la

---

[273] B. Trepied, sous la direction de M. Alban Bensa, *politique et relations coloniales en Nouvelle-Calédonie, ethnographie de la commune de Koné 1946-1988*, Thèse de doctorat en anthropologie sociale et ethnologie, EHESS, 2007.

[274] J. del Carmen Ortega, sous la direction M. J.-P. Ferrier, *Le pluralisme juridique et les peuples autochtones,* Thèse de Doctorat, Droit constitutionnel, Paris 2, 2005.

[275] J.-M. Tjibaou, B. Vienne, A. Saussol, P. Pillon, Revue les Temps modernes, mars 1985, num. 464 ; H. Mokaddem, *Pratique et théorie kanak de la souveraineté : 30 janvier 1936, Jean-Marie Tjibaou, 4 mai 1989*, Koné : Province Nord, 2009.

base de l'article 2 le droit du travail métropolitain au Territoire[276], on constate toute la complexité dans la réception de ce nouveau droit.

545. Ainsi pour les représentants du courant indépendantiste, cette extension du droit métropolitain conduit à une assimilation juridique qui a pour effet de ne pas respecter leur identité culturelle marquée par la coutume[277]. Celle-ci « englobe toute la réalité sociale, familiale, politique, foncière et économique et ne se laissent pas enfermer dans l'espace culturel »[278]. En conséquence, le droit du travail métropolitain qui s'est construit autour d'un sujet isolé, le salarié, ou d'un groupe représenté par une personne morale, le syndicat, le CE est en opposition avec la Coutume calédonienne. En effet « l'individu n'y est pas isolé, mais s'insère dans une lignée clanique dont la fonction sociale est déterminée par la tradition ».

546. Pour autant, il ne faut pas en déduire que les autochtones étaient contre le principe d'égalité dans le domaine social et économique entre les salariés autochtones et les salariés métropolitains. Mais ils estiment que celui-ci doit se réaliser, non pas dans un cadre autonomiste, mais indépendantiste. Ce qui signifie que la destinée politique, économique et bien évidemment le droit du travail doivent trouver leurs sources et leurs impulsions dans le territoire.

547. Par contre, cette extension métropolitaine des normes du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie est aussi rejetée par les non indépendantistes mais pour d'autres motifs. De ce fait ce courant ne s'oppose pas au principe d'égalité social et économique entre la métropole et le territoire. Mais celui-ci ne doit pas avoir pour effet de nier les spécificités économiques et sociales des salariés calédoniens. C'est la raison pour laquelle ces derniers réclament aussi une autonomie afin d'élaborer des normes en droit du travail tenant compte de leurs réalités.

548. En présence de ces deux représentations de l'espace territorial calédonien, quel sera le rôle de l'État ? Va-t-il se mettre au dessus de ces divisions afin de trouver un

---

276 Article 2 de la loi du 23 décembre 1982 Les livres Ier à VII et les articles L. 900-1 à L. 900-3 et L. 920-4 du livre IX du code du travail (partie Législative) sont applicables dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances sous réserve des dispositions de la présente ordonnance.

277 A. Christnacht, *La Nouvelle-Calédonie,* la documentation française, 2004.

278 J.-M. Tjibaou, B. Vienne, A. Saussol, P. Pillon, Revue les Temps modernes, mars 1985, n° 464.

équilibre ou au contraire va-t-il privilégier un camp par rapport à l'autre ? Face à ces deux courants, le pouvoir politique métropolitain s'est aussi fissuré car aucun consensus national ne s'est dégagé.

549. Comme dans le territoire calédonien, la question sur les revendications indépendantistes a crée un schisme dans le paysage politique métropolitain. Avant l'alternance politique de 1981, il existait un consensus au sommet de l'État pour confirmer l'unité et l'indivisibilité de la République et le rattachement de la Nouvelle-Calédonie à la France. Certes cette orientation politique n'était pas aussi rigide qu'elle semblait le paraître. En effet la Constitution de 1958 avait reconnu dans les articles 53 et 72 et du Préambule, une certaine spécificité des territoires d'Outre-mer sans pour autant reconnaître un droit au pluralisme juridique[279]. Se définissant de la manière suivante : « c'est la situation dans laquelle un individu peut, dans une situation identique, se voir appliquer des mécanismes juridiques relevant d'ordres juridiques différents »[280], cette conception du droit est incompatible avec « le principe de l'unité nationale et de l'universalisme juridique qui est le garant de l'égalité républicaine »[281]. Comme le fait observer un auteur, le clivage espace public, espace privé relègue dans l'espace privé toutes les différences afin que l'égalité règne dans l'espace public[282].

550. Le droit du travail n'échappe pas à cette règle. Ainsi, l'entreprise est une structure privée soumise, elle-aussi, à certains principes issus du droit public. La Chambre sociale de la cour de cassation rappelle que celle-ci est « une structure privée d'un genre spécifique ». Dans un remarquable arrêt en date de 2001, elle a très bien rappelé toute l'étendue du principe d'égalité entre les salariés. L'exception n'est possible que si l'auteur de la mesure apporte la preuve que celle-ci est justifiée pour des motifs objectifs inhérents à la personne[283].

551. Bien avant cet arrêt de principe, le législateur, dans le cadre du Code du 15

---

279 J. del Carmen Ortega, sous la direction M. J.-P. Ferrier, *Le pluralisme juridique et les peuples autochtones,* Thèse de Doctorat, Droit constitutionnel, Paris 2, 2005.

280 J. VANDERLINDEN, *Histoire de la common law,* Bruylant , 1996.

281 J. del Carmen Ortega, sous la direction M. J.-P. Ferrier, *Le pluralisme juridique et les peuples autochtones,* Thèse de Doctorat, Droit constitutionnel, Paris 2, 2005.

282 *Idem.*

283 Arrêt Ponsol, Soc., 29 octobre 1996, Bull. n° 359 1996 ; RJS. 12/96, n°1272.

décembre 1952, avait déjà rappelé son attachement au principe d'égalité et écarté le pluralisme juridique dans le champ du droit du travail qui, contrairement au préambule de 1946, privilégiait un égalitarisme juridique entre les résidents de la Nouvelle-Calédonie et la Métropole.

552. Cette orientation juridique s'est affaiblie avec l'arrivée du parti socialiste au pouvoir en 1981. La nouvelle majorité au sein du parlement et du pouvoir exécutif avait une autre vision des dispositions constitutionnelles relative aux territoires d'Outre-mer. Elle n'était pas insensible au pluralisme juridique qui aurait pu être une réponse aux revendications du peuple Kanak qui exigeait un droit à la différence afin de préserver sa spécificité culturelle. Dans la première ordonnance du 23 décembre 1982 qui abrogeait la loi du 15 décembre 1952 instaurant le code du travail des territoires de l'Outre-mer, le législateur pensait que l'extension des dispositions du Code du travail de la métropole aurait pu être une réponse pour apaiser les revendications des indépendantistes et des non indépendantistes. Cette conception universelle du droit du travail n'a pas fait l'unanimité parmi les autorités politiques et sociales[284].

553. La loi du 6 septembre 1984 sera une réponse partielle aux critiques puisque, dès le premier article, elle ouvre déjà une brèche vers une autonomie du territoire ; par contre cette dernière sera élaborée dans le cadre d'un pluralisme juridique respectant les principes fondamentaux de l'ordre constitutionnel. L'article 5 de cette loi en est une illustration parfaite, puisqu'il reviendra à « l'État de fixer les principes directeurs du droit du travail applicables dans le territoire ». L'apparition de cette notion est un bouleversement juridique car elle préfigure cette summa divisio qui marquera un processus irréversible vers l'autonomie du droit local du travail.

554. Cette loi n'est pas le fruit d'un consensus entre la majorité et l'opposition[285]. Pour cette dernière, la loi est la porte ouverte vers une indépendance, donc vers un abandon du territoire français dans la zone stratégique du pacifique[286]. Fidèles au

---

284 J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat: droit privé : Paris 2, 1996.

285 Le Sénat, composé d'une sensibilité politique différente, a rejeté le texte.

286 I. Cordonnier, *La France dans le Pacifique sud : approche géostratégique,* Publisud, 1995.

consensus de la IVème République qui refusait toute idée d'indépendance ou de pluralisme juridique, les opposants à cette loi ont saisi le Conseil constitutionnel.

555. Mais à notre grande surprise, les problèmes de droit soulevés par les auteurs de la saisine marquent un très grand décalage entre la rhétorique du discours politique et la raison juridique. Le principal grief contre la loi du 6 septembre 1984 a porté sur deux points : le premier concerne les incompatibilités et le second vise le principe de l'égal accès aux emplois publics proclamé par l'article 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.

556. Sur la question des incompatibilités les auteurs estiment que l'article 12 alinéa 2 n'est pas conforme aux articles 23, 25 et 71 de la Constitution. Il modifie le régime des incompatibilités applicables aux membres du Gouvernement de la République, aux membres du Parlement et aux membres du Conseil économique et social, alors qu'il relève de la compétence exclusive de la Constitution pour les premiers, et de la loi organique pour les autres.

557. Toujours selon les auteurs, cette loi est contraire au principe d'égalité en ce qu'elle crée, à l'encontre des membres du gouvernement de la Nouvelle–Calédonie et dépendances, une incompatibilité avec la qualité de membre de l'Assemblée des communautés européennes, alors que celle-ci est compatible avec les fonctions de maire et de président de conseil général ou régional.

558. Le Conseil constitutionnel a répondu favorablement à cette première demande dans une décision n° 84–178 DC en date du 30 août 1984[287].

Son raisonnement juridique, qui se construit en deux temps, est d'une logique implacable.

En premier lieu, il va vérifier les fonctions visées par la Constitution qui sont frappées d'une incompatibilité. Aux termes de l'article 23 de la Constitution, les fonctions de membre du Gouvernement sont incompatibles avec l'exercice de tout mandat parlementaire,

[287] Décision du conseil constitutionnel, DC 84–178 DC 30 août 1984, Rec. p.166.

de toute fonction de représentation professionnelle à caractère national et de tout emploi public ou de toute activité professionnelle.

559. En second lieu, il regardera la fonction visée par le projet de loi sur les incompatibilités. En l'espèce, celui-ci prévoit la création d'un gouvernement territorial dans l'ordre juridique institutionnel calédonien. Or en faisant une lecture littérale de la Loi Fondamentale, « la qualité de membre du gouvernement du territoire de la Nouvelle–Calédonie et dépendances n'entre dans aucune des catégories de fonctions ainsi énoncées »[288]. En conséquence l'article 12 alinéa 2 du projet de loi viole les termes des articles 23, 25 et 71 de la Constitution.

560. Le second point de la saisine porte sur les articles 131 et 137 du projet de loi de 1984 qui prévoient une dérogation pour le recrutement des fonctionnaires de catégorie C, D, A, B sans concours dans le territoire. Dans sa décision, le Conseil constitutionnel rejette la demande des auteurs.

561. La question posée par les auteurs de la saisine interpelle sur plusieurs éléments qui auront une influence majeure sur l'autonomie et l'émancipation du droit du travail. En substance, ils invitent les juges constitutionnels à savoir s'il est possible au législateur métropolitain d'instituer au profit des Territoires d'Outre-mer, en l'espèce la Nouvelle-Calédonie, des mesures de discriminations positives[289] dans le domaine de l'emploi. Il est intéressant d'observer dans les articles 131 et 137 du projet de loi de 1984, que la mesure de dérogation concerne les concours d'entrée dans la fonction publique.

562. Ces dispositions visent-elles l'ensemble des personnes qui vivent en Nouvelle-Calédonie ou concernent-elles exclusivement une catégorie de la population dans ce territoire ? Dans l'esprit de la loi, il semblerait que le législateur se donnait pour objectif d'aider les peuples autochtones, en l'occurrence les Kanaks, à rattraper leur retard dans le processus économique, professionnel par rapport aux résidents métropolitains qui dès la

[288] Décision du conseil constitutionnel, DC 84–178 DC 30 août 1984, Rec. p.166.
[289] Actions positives, affirmative action en anglais. Ce terme semble plus juste pour qualifier les mesures proposées par le pouvoir métropolitain pour tenter d'aider le territoire à surmonter son retard économique. Une discrimination ne peut jamais être un fait positif.

colonisation du territoire ont été privilégiés par rapport à ces derniers.

563. Ainsi la véritable question est de savoir si le législateur métropolitain peut prévoir des actions positives en faveur d'une catégorie de la population de l'île pour l'aider à intégrer la fonction publique. Le Conseil constitutionnel ne répond pas directement à la question. Par contre, il utilise la même technique pour la précédente question relative aux incompatibilités. Il fait une analyse littérale du texte. En revanche, cette fois-ci, elle ne sera pas favorable aux auteurs de la saisine.

564. En effet, les juges constitutionnels estiment que la Constitution n'est pas violée car aucune règle ou principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de prévoir que les statuts particuliers de certains corps de fonctionnaires pourront autoriser le recrutement d'agents sans concours. Ils rajoutent, pour confirmer l'analyse, que les dispositions critiquées ne violent par l'article 6 de la DDHC de 1789, car elles n'excluent personne vivant sur le territoire. Pour les concours de catégorie A et B, le fait que le législateur ait prévu une commission présidée par un magistrat de l'ordre administratif suffit à assurer que les candidats retenus dans la liste auront les compétences pour occuper les fonctions visées.

565. Cette décision constituera une innovation dans le droit du travail. À notre avis, elle marque la naissance d'un Jus proprium calédonien dont les auteurs ne seront pas les autorités calédoniennes mais le législateur métropolitain. Celui-ci reconnaît d'une manière explicite les spécificités économiques du territoire qui nécessitent un traitement différencié. De ce fait, le droit local est effectivement très lié à la situation économique de l'île.

B) Sa portée juridique

566. La loi du 6 septembre 1984 relative au statut de la Nouvelle-Calédonie prend sa source dans la Constitution du 4 octobre 1958 en accordant une prééminence au préambule et à l'article 74 du même texte (2). Mais celui-ci va au-delà car il va constituer le fondement de la summa divisio du droit du travail et marquer une étape importante dans le processus d'émancipation (1).

1) Le fondement de la summa divisio du droit du travail

567. Adoptée le 6 septembre 1984, la loi numéro 84-821 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances marque un tournant dans le concept de l'autonomie. Celui-ci ne vise pas seulement le droit du travail mais toutes les branches du droit qui, traditionnellement, relèvent de la compétence de la métropole sur le fondement des articles 34 et 37 de la Constitution du 4 octobre 1958.

568. Ce qui est d'autant plus remarquable dans cette loi, c'est qu'elle aborde ouvertement et explicitement la question de l'autonomie dans un sens global[290]. Ainsi l'article 1er de la loi énonce que la présente loi a pour objet de doter la Nouvelle-Calédonie d'un nouveau statut évolutif et spécifique. A l'issue d'un délai de cinq ans, les populations de la Nouvelle-Calédonie et dépendances seront consultées par voie de référendum conformément aux dispositions de l'article 53 alinéa 3 de la Constitution[291]. Pour assurer la mise en œuvre de ces mesures, le même article prévoit dans son alinéa 2 qu'un comité État-territoire sera créé pour préparer les conditions dans lesquelles seront exercées le droit à l'autodétermination.

569. De ce fait, la loi du 6 septembre 1984 envisage une nouvelle conception de la Souveraineté de l'État métropolitain vis-à-vis de la Nouvelle-Calédonie, qualifiée de territoire. L'État consent à réduire son champ d'action afin de permettre aux représentants du territoire « d'administrer librement les affaires du territoire ». Que faut-il entendre par de tels propos ? Par le terme 'affaires', faut-il comprendre que les autorités calédoniennes pourront gérer les domaines traditionnellement réservés aux collectivités locales ou pourront-elles avoir des compétences plus élargies qui empièteraient sur celles du Parlement et du pouvoir exécutif métropolitain ?

570. À la lecture de l'article 4 de la loi du 6 septembre 1984, il semble que le législateur métropolitain s'est orienté en direction de la seconde hypothèse. L'article prévoit que « les autorités du territoire sont compétentes dans toutes les matières qui ne sont pas

---

290 Sur la question de l'autonomie, de l'indépendance voir J.-Y. Faberon, Préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie*, La documentation française, 1997.

291 Nulle cession, nul échange, nulle adjonction de territoire n'est valable sans le consentement des populations intéressées.

réservées à l'État en vertu des dispositions de l'article 5 de ladite loi ». Autrement dit, le législateur métropolitain progresse vis-à-vis de cette notion d'autonomie. Ainsi la compétence de principe appartient au territoire et la compétence subsidiaire reste du ressort de l'État.

571. En prenant une mesure aussi importante, le législateur ne prend-t-il pas le risque de dénaturer l'article 1er de la loi du 6 septembre 1984 qui prévoit de doter la Nouvelle-Calédonie d'un nouveau statut évolutif et spécifique ? Or, en instaurant un régime « quasi fédéral [292] », le législateur n'a-t-il pas défini d'une manière arbitraire, donc imposé aux futurs électeurs un système institutionnel ? De plus cette nouvelle configuration entre l'État et le Territoire n'aura pas été discutée dans le cadre du comité État-territoire qui, en principe, devait, aux regards des réalités institutionnelles, politiques, économiques, culturelles, proposer un nouveau modèle institutionnel respectant ses réalités.

572. Afin de respecter cette nouvelle répartition des pouvoirs entre la métropole et le territoire, la loi de 1984 construit cette autonomie selon deux processus interdépendants, lesquels auront des incidences directes sur la construction de l'autonomie du droit local du travail.

573. Le premier processus est une autonomie institutionnelle. Elle se matérialise par la mise en œuvre d'un véritable pouvoir exécutif calédonien. Selon les dispositions de l'article 7 de la loi du 6 septembre 1984, le territoire sera composé d'un gouvernement composé de six à neuf ministres. Il sera dirigé par un président et un vice-président. Ils présideront le Conseil des ministres du territoire. Dans cette autonomie interne, le législateur métropolitain s'abstient de les nommer. Le choix du représentant de l'exécutif relève de la compétence de l'assemblée territoriale. Il devra être élu par la majorité des membres composant cette assemblée. Le président élu désignera alors le vice-président devant assurer son intérim en cas d'absence ou d'empêchement.

574. Evoluant dans un régime autonomiste, le président du pouvoir exécutif

[292] La qualification d'État fédéral n'est pas appropriée car la France est un État unitaire. Voir J.-Y. Faberon, préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie,* La Documentation française, 1997.

formera son gouvernement. Il pourra choisir ses ministres parmi les membres de l'assemblée territoriale ou en dehors de celle-ci. Ces nominations ne seront valables qu'à la condition qu'ils obtiennent la majorité des élus composant l'assemblée territoriale.

575. Cette autonomie institutionnelle se compose aussi d'un pouvoir législatif représenté par l'assemblée territoriale, dont les membres sont élus au suffrage universel direct. Il est dirigé par un président, lui-même élu par cet organe.

576. Il se dégage de cette organisation institutionnelle une volonté d'instaurer une coopération, un consensus parfait entre les différents organes de la Nouvelle-Calédonie. Faut-il en déduire que celle-ci imprégnera aussi la configuration du droit local du travail ?

577. La sphère des compétences respectives de l'État et du Territoire renvoie aux articles 4 et 5 de la loi du 6 septembre 1984. Le Territoire a une compétence de droit commun et l'État une compétence d'exception. Tout l'enjeu de ces articles, plus particulièrement l'article 6, reposera sur les compétences que le législateur accordera à l'État. De ce fait, si celles-ci sont étendues, la compétence de droit commun du territoire se verra elle-même réduite et anéantira les effets de l'article 5 relatif à l'autonomie interne du Territoire.

578. Le législateur métropolitain adopte une conception large de la compétence d'attribution. Ainsi, au delà des compétences traditionnelles de l'État qui relèvent du domaine régalien[293], il octroie aussi le soin à l'État de fixer les principes directeurs du droit du travail. En adoptant une telle position, le législateur estime clairement que le droit du travail fait partie du socle des droits fondamentaux des salariés calédoniens ; c'est la raison pour laquelle ce domaine de compétences ne peut relever des attributions exclusives du Territoire.

579. Cette immixtion des autorités calédoniennes dans le champ du droit du travail n'amorce-t-elle pas une nouvelle conception de l'article 74 de la Constitution du 4 octobre 1958 et du droit du travail ? Effectivement, cette nouvelle configuration du droit du

[293] Les affaires étrangères, la défense, la monnaie et le maintien de l'ordre, article 5 de la loi du 6 septembre 1984.

travail permet de créer une summa divisio. Celle-ci semblerait confirmer l'analyse sur le processus d'autonomie du droit local du travail. Ainsi les principes directeurs du droit du travail seraient, en quelque sorte, le Jus commune qui relèverait de la compétence exclusive de l'État, tandis que le Jus proprium serait le domaine propre du territoire qui permettrait aux autorités locales d'adapter la discipline selon leurs propres réalités culturelles, économiques.

2) Une prééminence du Préambule et de l'article 74 de la constitution

580. La loi du 6 septembre 1984 fait un double écho à la Constitution de 1958 et à son préambule. Pour être plus précis, elle vise directement l'alinéa 18 et l'article 74 de la Loi Fondamentale. Ces deux textes ont un point commun ; ils abordent directement la relation institutionnelle entre la métropole et les peuples de l'Outre-mer dont la Nouvelle-Calédonie est une partie intégrante. Les idées essentielles qui se dégagent de l'alinéa 18 du préambule sont le principe d'égalité entre les peuples autochtones et ceux de la métropole, et le principe de responsabilité qui doit amener ces peuples à « s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ».

581. C'est dans cette perspective qu'on peut dire que les articles 1, 4 et 5 de la loi du 6 septembre 1984 s'inscrivent dans la continuité de l'aliéna 18 du Préambule. On constate que cette summa divisio, qui attribue à l'État la compétence exclusive pour fixer les principes directeurs du droit du travail, est la première étape pour envisager une émancipation du droit du travail. Car l'État est prêt à céder une partie de sa Souveraineté au profit d'une collectivité d'Outre-mer. Le droit du travail sera le « laboratoire » de cette coopération entre la métropole et le Territoire.

582. L'étendue des effets du préambule qui aborde ouvertement la question de l'autonomie est tempérée par l'article 74 de la Constitution qui propose à ces mêmes collectivités un statut qui tient compte seulement de leurs « intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République ». Selon le même texte, le statut est défini par une loi organique, adoptée après avis de l'assemblée délibérante, qui fixe :

- les conditions dans lesquelles les lois et règlements y sont applicables ;

- les compétences de cette collectivité ; sous réserve de celles qu'elle exerce déjà, le transfert de compétences de l'État ne peut porter sur les matières énumérées au quatrième alinéa de l'article 73, précisées et complétées, le cas échéant, par la loi organique ;
- les règles d'organisation et de fonctionnement des institutions de la collectivité et le régime électoral de son assemblée délibérante.

583. La loi du 6 septembre 1984 marque une nouvelle relation dans le domaine du droit du travail entre la Nouvelle-Calédonie et la France. Ce processus d'autonomie marque une nette rupture avec les précédents textes concernant le territoire[294]. Cette rupture juridique se réalise à deux niveaux : le premier se construit dans l'élaboration de la norme, le second niveau se conçoit dans la liberté accordée aux autorités locales pour construire leurs normes.

584. En attribuant la compétence de droit commun au Territoire sur le fondement de l'article 4 de la loi du 6 septembre 1984, le législateur métropolitain va au-delà de l'article 74 de la Constitution qui privilégie plutôt un dialogue, une coopération permanente entre l'État et la Nouvelle-Calédonie. À présent, les autorités calédoniennes devront construire, élaborer leurs propres normes en droit du travail dans le cadre de leur Jus proprium.

585. Dorénavant les responsables locaux voteront des normes en droit du travail qui n'émaneront pas exclusivement de la métropole mais résulteront aussi du territoire. Ainsi l'article 74 de la Constitution qui, initialement, avait pour objet principal de protéger les spécificités de l'île, perd de sa portée au regard de sa finalité.

586. Cette autonomie statutaire sera le précurseur d'un droit local du travail. Il sera intéressant de voir par la suite quelles seront les références, les sources des autorités calédoniennes, pour élaborer ce Jus proprium. Vont-elles s'appuyer exclusivement sur leurs

[294] Le Code du travail des territoires d'Outre-mer du 15 décembre 1952, loi du 28 décembre 1976 relative à la répartition des compétences entre l'État et le territoire de la Nouvelle-Calédonie, Ordonnance de 1982.

réalités culturelles, politiques, et économiques en faisant abstraction des évolutions législatives en métropole ou vont-elles tout simplement transposer les dispositions du droit du travail métropolitain ? Si cette dernière option était retenue, n'amènerait-elle pas à reconstruire indirectement l'Ordonnance du 13 novembre 1982 qui avait mis en place l'assimilation juridique dans le champ du droit du travail au nom du principe de l'égalité entre la métropole et le Territoire ?

587. Cette position, intéressante dans sa finalité, n'a pas été très bien perçue par les autorités calédoniennes[295] car de nombreuses mesures de l'Ordonnance ont été inapplicables en raison d'une grande disparité économique entre la métropole et le Territoire.

C) Sa portée économique

588. La Nouvelle-Calédonie est une terre de paradoxe dans laquelle les contradictions représentent souvent une force culturelle, économique, et parfois aussi une faiblesse. La question économique n'est pas abordée de la même manière dans la Province Nord, qui concentre une grande partie des ressources minières, et la Province Sud, qui regroupe en revanche une part importante des emplois du Territoire[296]. Ainsi la répartition des entreprises calédoniennes sur le territoire recoupe les réalités démographiques et économiques suivantes : la province Sud domine très nettement le paysage entrepreneurial calédonien. Les établissements de Nouvelle-Calédonie sont très majoritairement (83%) localisés en province Sud.

589. Cette situation a des répercussions dans la répartition des emplois sur le territoire. De ce fait, la province Sud concentre à Nouméa plus de 90% des emplois du secteur privé. Tandis que la Province Nord et la province des îles Loyauté regroupent respectivement 13% et 4% des établissements calédoniens[297].

---

[295] J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat: droit privé : Paris 2, 1996.

[296] A. Christnacht, *La Nouvelle-Calédonie,* La documentation française, 2004.

[297] Source: http://www.isee.nc.

590. Sur le constat de cette réalité, les enjeux de la loi n°84-821 du 6 septembre 1984 ne se réduisent pas exclusivement aux questions institutionnelles, mais l'économie occupe une place toute aussi importante. Paradoxalement l'État, à la différence du droit du travail dans la répartition des compétences entre le Territoire et la France, a confié ce domaine au gouvernement territorial[298]. Dans le cadre de son autonomie, il pourra fixer les prix et réglementer le commerce intérieur, imposer des restrictions quantitatives sur les importations.

591. Quelles sont les raisons qui ont amené le législateur à confier exclusivement le domaine économique au territoire, alors que celui-ci y a joué un rôle considérable.

592. La première réponse résulte de la distance géographique. La Nouvelle-Calédonie se situe à plus de 15. 000 km de la métropole. Cette situation ne permet pas au pouvoir métropolitain de prendre les décisions qui répondraient aux besoins immédiats de la population. La seconde réponse est l'objet même de la loi n°84-821 du 6 septembre 1984 qui, dans son article 1er, pose les bases de l'autodétermination du territoire qui se réalisera par la voie référendaire. Donc, si le législateur souhaite préparer cette autonomie institutionnelle, il va de soi qu'il doit aussi instaurer une autonomie économique. Les deux sont indissociables.

593. La dernière réponse porte sur le rééquilibrage économique territorial entre le Nord et le Sud de la Nouvelle-Calédonie. Lorsque la France a colonisé la Nouvelle-Calédonie en 1853, elle a principalement développé le Sud du territoire, en l'occurrence Nouméa qui est devenue la capitale administrative et économique de l'île[299].

594. En parallèle, les droits fondamentaux des Kanaks ont fait l'objet d'une négation constitutionnelle et économique et cela s'est répercuté dans le développement économique de la Province Nord et des îles loyautés. Les peuples autochtones de l'île, les kanaks, n'ont accédé à la citoyenneté française qu'à partir de 1946. Malgré cela, le retard

---

298 Article 4 de la loi n°84-821 du 6 septembre 1984.

299 Rappelons tout de même qu'elle concentre quasiment la moitié de la population du territoire. Voir le dernier recencement de 2009 de la population, http://www.isee.nc.

économique n'a pas été rattrapé et, parfois, s'est même accentué.

595. Cette division économique participe à accroître la division culturelle dans le territoire. Face à cette réalité, la nouvelle majorité présidentielle et parlementaire issue de l'alternance politique de 1981 a préféré laisser les autorités politiques calédoniennes trouver la solution dans le cadre d'une autonomie institutionnelle. Elle a finalement refusé, semble-t-il, dans la loi n°84-821 du 6 septembre 1984, de répondre à l'une des revendications des indépendantistes qui souhaitaient que le pouvoir métropolitain mette en place un rééquilibrage économique entre les provinces afin de favoriser la politique de l'emploi en faveur des Kanaks.

596. En conclusion, la portée économique de cette loi est très faible car le législateur métropolitain a davantage recherché à mettre en place les bases d'une autonomie institutionnelle marquant une étape importante dans l'histoire de la Nouvelle-Calédonie. L'ordonnance de 1985 déterminant les principes directeurs du droit du travail participe à la construction d'un droit local du travail respectueux des spécificités locales calédoniennes.

PARAGRAPHE 2 : L'ORDONNANCE DE 1985, FONDEMENT D'UN JUS PROPRIUM

597. L'ordonnance du 13 novembre 1985 marque un tournant dans le processus d'émancipation du droit du travail. C'est la première fois que l'État permet à une collectivité territoriale d'avoir une compétence dans le droit du travail ; en principe ce domaine relève de la compétence exclusive du parlement qui détermine les principes fondamentaux en droit du travail[300]. L'extension de l'idée de l'autonomie dans le droit local du travail (A) est remarquable car celle-ci aura pour effet de rendre irréversible ce processus (B).

A) Création d'une autonomie locale

598. Dans toute action humaine, l'idée est l'étape préalable qui donnera une rationalité à l'acte. Il en est de même pour le droit qui sera l'expression d'une idée

[300] Article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958. Pour le texte complet, http://www.conseil-constitutionnel.fr.

s'inscrivant dans une action donnée. L'ordonnance du 13 novembre 1985 participe à poser les bases de l'extension de l'idée d'une autonomie du droit local.

Celle-ci prendra forme avec l'instauration d'une summa divisio répartissant les compétences dans le champ du droit du travail entre le pouvoir métropolitain et les autorités locales. Cette nouvelle réalité institutionnelle, puisant sa source dans l'ordonnance du 6 septembre 1984, occupera une place prééminente dans la définition de l'émancipation du droit du travail.

599. L'ordonnance du 13 novembre 1985 exprimera le premier versant de l'émancipation qui est l'autonomie par rapport à un pouvoir déterminé. Certes, celle-ci sera limitée dans son champ d'application par rapport au pouvoir métropolitain, mais l'idée de l'autonomie s'impose. Or, ne serait-ce pas le préalable avant d'envisager une éventuelle indépendance du droit du travail ? Cette ordonnance du 13 novembre 1985 marque une rupture avec l'ordonnance de 1982 qui excluait toute idée d'autonomie à travers le prisme de l'universalisme du droit du travail.

L'innovation majeure de ce texte repose sur le fait que le législateur métropolitain inscrit cette idée d'autonomie dans un processus irréversible.

B) Irréversibilité de l'autonomie locale

600. L'ordonnance du 13 novembre 1985 marque un tournant dans la construction d'un droit local du travail spécifique à la Nouvelle-Calédonie. Plusieurs raisons invitent à proposer une telle analyse. La première montre une rupture avec le Code du travail de l'Outre-mer du 15 décembre 1952 et l'ordonnance de 1982. Dans ces deux processus, l'impulsion législative émanait, soit du Parlement métropolitain, soit du pouvoir exécutif. Or, en permettant aux autorités locales de participer à ce processus, le pouvoir métropolitain prépare indirectement le droit local du travail à s'émanciper du droit du travail national. Ainsi, dans l'esprit du législateur, le nouveau statut de la Nouvelle-Calédonie, issu de l'ordonnance du 6 septembre 1984, ne pourra prendre forme que si les protagonistes de l'espace calédonien s'approprient la réalité du pouvoir et que le droit du travail reste un lieu privilégié où les antagonismes sont obligés de se rencontrer à travers le dialogue social, pour trouver un équilibre dans l'expression du pouvoir.

601. La seconde raison qui marque un tournant dans ce processus d'autonomie résulte de son caractère irréversible. En effet l'ordonnance du 13 novembre 1985, qui pose le principe de subsidiarité entre l'État et la collectivité sui generis dans le champ du droit du travail, fixe les bases d'une nouvelle conception du droit du travail outre-marin et du principe de spécialité législative. Certes l'État occupe une place majeure en déterminant les principes directeurs du droit du travail, mais il accepte qu'un pouvoir ayant un rang inférieur participe à la création du dispositif normatif.

Cette nouvelle orientation du processus de l'émancipation s'inscrit dans un cadre plus global qui résulte de la volonté du pouvoir métropolitain de trouver un équilibre entre des forces antagonistes sur l'île. Cette réalité politique instaure l'idée d'une autonomie du droit local du travail, laquelle accordera un pouvoir d'un genre particulier aux autorités locales afin d'établir un Jus proprium spécifique au territoire.

Section 2) L'extension des pouvoirs des autorités locales

602. La loi n°84-821 du 6 septembre 1984 modifiant les statuts de la Nouvelle-Calédonie s'est orientée vers une politique autonomiste. C'est-à-dire que le pouvoir métropolitain a accepté le principe de concéder une partie de sa souveraineté aux autorités politiques calédoniennes. Cette loi d'équilibre entre les revendications indépendantistes et autonomistes s'est détachée des standards traditionnels d'organisation des collectivités territoriales de la métropole pour rechercher un équilibre entre une société plurielle économiquement, culturellement et socialement.

Une fois de plus le pouvoir métropolitain, fidèle à l'article 16 de la DDHC[301] de 1789 concernant le principe de la séparation des pouvoirs, a séparé les pouvoirs exécutif et législatif dans la nouvelle organisation institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie.

603. Cela s'est répercuté sur le processus d'autonomie du droit local du travail. À l'image du droit du travail métropolitain, le droit local du travail relèvera de la compétence de plusieurs autorités politiques. Ainsi le Congrès (§1), organe législatif calédonien, participera au développement du Jus proprium du droit local du travail. Celui-ci sera accompagné dans ses fonctions par le pouvoir exécutif calédonien (§2).

[301] Article 16 de la DDHC de 1789 ; pour voir le texte dans son intégralité, voir le site du Conseil constitutionnel : http://www.conseil-constitutionnel.fr.

PARAGRAPHE 1) LES POUVOIRS DU CONGRÈS

604. Le Congrès exerce pour la première fois une partie des compétences du parlement métropolitain dans le droit local du travail mais son champ d'application matériel et géographique n'est pas sans limite (A). Ayant un pouvoir restreint, qu'en sera-t-il concernant l'effectivité dans la mise en œuvre de ces attributions (B) ?

A) Le champ d'application de l'ordonnance du 13 novembre 1985

605. Pour analyser toute l'étendue de l'ordonnance du 13 novembre 1985, il sera nécessaire d'étudier son champ d'application géographique (2), personnel (3) et, bien sûr, ce que recouvre cette notion de compétence élargie (1).

1) Une compétence élargie en droit du travail

606. En élargissant les dispositions du droit du travail métropolitain au territoire, le législateur a de facto réduit les compétences des autorités locales au profit du Chef du territoire. L'ordonnance de 1985, conçue sur le fondement de la loi du 6 septembre 1984 relative au statut de la Nouvelle-Calédonie, élabore une nouvelle conception du droit du travail dans le territoire. Elle fait une synthèse, un compromis innovant de la loi du 15 décembre 1952 instaurant un Code du travail pour les TOM et de la loi de 1978 relative au statut du territoire accordant une compétence générale à la Nouvelle-Calédonie en droit du travail.

607. Cette nouvelle répartition du pouvoir entre le Congrès et la métropole dans le champ du droit du travail a des répercussions directes sur l'article 34 de la Constitution de 1958, plus particulièrement sur les pouvoirs du Parlement.

Au regard des pouvoirs qui lui sont attribués, le Congrès bénéficie, en droit du travail, d'un pouvoir plus élargi qu'un organe d'une collectivité territoriale, mais son pouvoir est moins étendu que celui du Parlement[302].

[302] En effet le Congrès ne dispose pas d'une souveraineté pleine à la différence du Parlement national.

Par contre, ses compétences en droit du travail neutralisent les dispositions de l'article 34 de la Constitution qui énoncent que la loi détermine les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

608. Autrement dit, le Congrès, titulaire du Jus proprium, et le pouvoir exécutif, garant du Jus commune réduisent considérablement les pouvoirs du Parlement dans le champ du droit du travail. Cette particularité souligne une fois de plus les spécificités institutionnelles et constitutionnelles de la Nouvelle-Calédonie.

Cette situation inédite a des effets considérables sur le droit du travail de cette entité sui generis. L'analyse de l'Ordonnance de 1984 démontre que le pouvoir exécutif métropolitain consent à réduire, lui-aussi, une partie de sa Souveraineté.

609. Cela amène à réfléchir sur l'étendue de ce pouvoir dans le champ du droit du travail. Dans le cadre du Jus proprium, les compétences du Congrès sont très étendues. Elles ne concernent pas exclusivement le droit du travail. Pour être précis, elles visent aussi, selon l'Ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985, trois domaines.

Le premier détermine les principes directeurs du droit du travail. La deuxième précise l'organisation et le fonctionnement de l'inspection du travail. Le troisième concerne le Tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie.

610. L'Ordonnance du 13 novembre 1985 ne définit pas d'une manière explicite son champ d'application matériel. Ce n'est qu'au détour d'une disposition dérogatoire prévue à l'article 1er de l'Ordonnance que l'on peut délimiter son champ matériel. Le texte énonce que « les dispositions de la présente ordonnance ne portent pas atteinte aux stipulations des contrats individuels de travail plus favorables pour les salariés ». Le législateur métropolitain exclut-il, à travers cette formulation, les avantages collectifs dont pourrait bénéficier un salarié calédonien ? Autrement dit, le Congrès aurait la compétence de revenir sur les avantages collectifs acquis par les salariés. Par une lecture littérale du texte, il semblerait que la réponse soit positive. Ce qui signifie que, dans le cadre de son pouvoir, il pourrait mettre à néant les dispositions des conventions collectives ou accords collectifs qui seraient plus favorables aux salariés.

Donc, dans le cadre du titre IV qui vise les groupements professionnels et la représentation des salariés[303], le Congrès occupera une place majeure.

Après avoir adhéré à une conception large du champ matériel des principes directeurs afin d'accroître les pouvoirs des autorités locales, le législateur adopte une conception plus étroite en ce qui vise le champ d'application territorial.

2) Le champ d'application géographique

611. Les dispositions de l'article 1er de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 délimitent, dès le départ, le champ d'application territorial de celle-ci. Cette question n'est pas sans intérêt car il ne faut pas oublier que c'est la première fois, sous la Vème République, qu'une autorité locale participe à l'élaboration des principes fondamentaux du droit du travail. Cela démontre bien toutes les particularités du sujet où les pouvoirs locaux et métropolitains seront concurrents et, parfois complémentaires.

612. L'Ordonnance « s'applique à tous les salariés du territoire[304] ». Le législateur énonce que la présente ordonnance est applicable dans le territoire de la Nouvelle-Calédonie sous réserve, le cas échéant, des dispositions des traités, conventions ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés.

613. Les dispositions de droit commun, compétence du pouvoir exécutif métropolitain, et les dispositions spécifiques relevant de la compétence du Congrès sont applicables exclusivement dans ce territoire insulaire. Le champ d'application territorial de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 va plus loin que le principe de spécialité législative prévu à l'article 71 de la Constitution de 1958.

614. En effet, cette autonomie attribuée au Congrès dans le champ du droit local du travail est un pouvoir exclusif qui s'applique indépendamment de la législation métropolitaine dans le domaine considéré. C'est l'expression même d'un pouvoir autonome

---

303 Ordonnance du 13 novembre 1985.

304 Province Nord, Province Sud et les îles loyautés.

qui prend sa source, non pas dans la Constitution, mais dans une Ordonnance[305].

3) Le champ d'application personnel

615. Le champ d'application personnel de l'Ordonnance renvoie tout naturellement aux destinataires auxquels la norme sera opposable. Le champ d'application matériel de l'Ordonnance est le droit local du travail, lui-même soumis à une summa divisio d'un genre particulier et, qui plus est, n'a d'effet que dans l'espace territorial géographique calédonien.

616. Dans le cadre de son champ d'application personnel, le législateur allait-il confier au Congrès le pouvoir de définir les personnes visées par cette Ordonnance ? Cette question est importante car elle dévoilerait le degré ou l'intensité de l'autonomie accordée aux institutions locales dans le cadre du Jus proprium. A la lecture de l'article 1er de l'Ordonnance, le législateur métropolitain a préféré définir lui-même, dans le cadre du Jus commune, les personnes qui rentreraient dans le champ d'application de l'Ordonnance.

617. Ainsi « elle s'applique à tous les salariés du territoire » et « aux personnes physiques ou morales qui emploient lesdits salariés». Par contre, celle-ci n'est pas « applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public ».

Toujours dans le cadre du Jus commune, le législateur proposera une définition du salarié calédonien. De ce fait, l'article 1er de l'Ordonnance dispose que sera « considérée comme salarié quels que soient son sexe et sa nationalité toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée. Pour la détermination de la qualité de salarié, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employé, ni de celui de l'employeur, ni du fait que celui-ci soit titulaire ou non d'une patente. Est considéré comme employeur toute personne morale ou physique, publique ou privée, qui emploie au moins un salarié dans les conditions définies à l'alinéa précédent ».

[305] Cette affirmation peut être nuancée car, en attribuant ces compétences à la Nouvelle-Calédonie, le législateur métropolitain s'inscrit dans le cadre constitutionnel qui lui accorde cette faculté.

618. Le contenu de cet article invite à approfondir l'analyse, car il est révélateur de plusieurs particularités par rapport au droit métropolitain.

Premièrement, le législateur n'utilise plus la technique de renvoi au Code métropolitain pour définir le salarié à la différence de l'Ordonnance du 23 décembre 1982. Il renonce de ce fait à la conception universaliste du droit du travail. Il a pris le temps de proposer une définition respectant les spécificités de la Nouvelle-Calédonie.

619. Selon le législateur, les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Il ajoute qu'elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut juridique qui régit ce personnel. Cet article est complété par l'ancien article L. 121-1 du Code du travail métropolitain qui dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être établi selon les formes que les parties contractantes décident d'adopter. » Ainsi il ne définit pas la notion de salarié et encore moins le contrat de travail. Cela ne signifie pas pour autant qu'un vide juridique subsiste. C'est le juge, dans le cadre de son pouvoir, qui définira ces deux notions fondamentales dans le droit du travail[306].

620. Par contre, dans le cadre de l'Ordonnance du 13 novembre 1985, on constate que celle-ci, dans l'article 1er, définit d'une manière très détaillée ces deux notions.

Il est intéressant d'observer que le législateur métropolitain ne fait pas preuve d'une très grande créativité ; il reprend à son compte la jurisprudence dégagée par la Chambre sociale de la Cour de cassation. Certes, il l'enrichit en ajoutant un point spécifique à la Nouvelle-Calédonie en précisant que pour la détermination de la qualité de salarié, il ne sera pas tenu compte que celui-ci soit titulaire ou non d'une patente.

621. Deuxièmement, à la différence du droit du travail métropolitain, le législateur reprend deux principes qui ne sont pas étrangers au droit du travail de la métropole dans la définition du salarié. En premier lieu, il exclut toute forme de discrimination dans la qualification du salarié en raison, soit de son « sexe », soit de sa « nationalité ».

---

[306] J.-Y. Frouin, directeur de thèse B. Teyssié, *Une construction prétorienne du droit du tra-vail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise,* Thèse de Doctorat, Droit privé, Paris 2, 2009.

622. En faisant référence à la nationalité, le législateur prend ses distances avec le Code du 15 décembre 1952 qui distingue les travailleurs nationaux des autochtones. Dans le cadre de ce Jus commune, il applique explicitement le principe d'égalité qui occupera une place dans le processus d'émancipation du droit du travail. En écartant cette discrimination dans l'attribution du statut de salarié, le législateur s'inscrit dans le respect de l'article 16 du préambule de la Constitution qui énonce que la France forme, avec les peuples d'Outre-mer, une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion.

623. Après avoir pris soin de définir les salariés, l'Ordonnance du 13 novembre 1985 fera de même avec la notion d'employeur. Le législateur procède de la même manière que précédemment pour la qualification de l'employeur. Il se détache substantiellement de la définition métropolitaine qui énonce que « les dispositions du présent livre sont applicables aux employeurs de droit privé ainsi qu'à leurs salariés. Elles sont également applicables au personnel des personnes publiques employé dans les conditions du droit privé, sous réserve des dispositions particulières ayant le même objet résultant du statut qui régit ce personnel ».

624. Dans cet article, il ne définit nullement l'employeur et il s'en remet, une fois de plus, à l'œuvre créatrice de la jurisprudence. Dans le cadre de l'Ordonnance de 1985, il ne se repose pas sur la Haute Cour pour la qualification de l'employeur calédonien.
Selon lui, l'employeur est « la personne morale ou physique, publique ou privée, qui emploie au moins un salarié dans les conditions définies à l'alinéa précédent ».

625. Comment interpréter ce travail de précision alors que d'ordinaire, la qualité de rédaction des textes soulève souvent des critiques quant au respect du principe de clarté et d'intelligibilité exigé par le Conseil constitutionnel[307].
Serait-ce une manière d'affirmer son pouvoir par rapport aux autorités locales qui sont titulaires du Jus proprium ?

626. Il semblerait que la réponse soit ailleurs. Il faut se retourner du côté des motifs ayant justifié l'adoption de cette Ordonnance. Le législateur rappelle que la loi de

[307] Décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC 16 décembre 1999, *Rec.* p. 136.

1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie a confié au territoire compétence en cette matière, sous réserve "des principes directeurs du droit du travail" qu'il appartient à l'État de fixer. Il ajoute qu' « aucun texte n'ayant édicté ces "principes directeurs", il a semblé nécessaire de les préciser ». C'est pour combler un déficit que le législateur s'est réapproprié ce pouvoir. A partir de cet instant, on comprend les raisons pour lesquelles l'Ordonnance fait preuve d'une très grande précision dans la qualification de l'employeur ou du salarié.

627. Les conséquences d'une telle rigueur dans la précision du Jus commune applicable à la Nouvelle-Calédonie entraînent automatiquement une réduction des pouvoirs des autorités locales dans l'exercice de leur Jus proprium ; cela dénature le contenu de la loi de 1984 portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie qui a confié au territoire compétence en cette matière, sous réserve "des principes directeurs du droit du travail" qu'il appartient à l'État de fixer.

B) Les attributions de l'Assemblée territoriale

628. L'ordonnance du 13 novembre 1985 a accordé une compétence au Congrès. Ces nouvelles attributions se sont manifestées dans les relations collectives (2) et les relations individuelles (1).

1) Les relations individuelles

629. Comme dans le droit du travail métropolitain, le législateur a accordé une importance particulière à la durée du travail (c), et dans l'encadrement du contrat à durée déterminée (CDD) (b) afin d'affirmer la préeminence du contrat à durée indéterminée (CDI).

a) Le contrat à durée indéterminée

630. Le Jus commune dans le champ du droit du travail dominait l'intégralité des mesures normatives. Il représente l'axe majeur qui permet la construction et

l'élaboration d'un droit local calédonien[308]. C'est ce que démontre un auteur[309] qui aborde directement la construction d'un droit commun dans le champ du droit du travail entre la métropole et le territoire.

Dans ses conclusions, il en déduit que les autorités calédoniennes n'ont pas utilisé pleinement leurs prérogatives pour élaborer un droit du travail respectant leurs spécificités économiques et sociales.

631. Il semble que ces propos doivent être nuancés car les autorités calédoniennes sont soumises au respect d'un cadre constitutionnel et législatif ; elles n'avaient pas, dans le cadre du Jus proprium, une liberté d'agir totale.

Mais l'Ordonnance de 1985, en leur accordant d'une manière claire un droit d'intervention dans le champ du droit du travail grâce au Jus proprium, leur permet tout de même d'envisager une autonomie à l'égard de la métropole.

632. La meilleure façon d'illustrer cette nouvelle compétence est la place que le Congrès calédonien occupera dans l'élaboration du contrat de travail à durée indéterminée à savoir la base fondamentale du droit local. Dans les nombreux articles structurant le contrat de travail à durée indéterminée calédonien, le législateur métropolitain a pris soin d'associer le Congrès calédonien. Cela se réalise à deux niveaux.

633. Le premier se réalise au moment de la conclusion du contrat de travail. A ce stade, on observe que le législateur métropolitain a écarté le Congrès afin de privilégier une harmonisation entre le droit du travail métropolitain et le droit local. Il distingue les conditions de fond des conditions de forme. L'article 8 relatif à la première condition énonce que « sous réserve des dispositions de l'article 12, le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée. Le contrat de travail conclu sans détermination de durée peut cesser à l'initiative d'une des parties contractantes sous réserve de l'application des règles définies aux articles 9, 9-1 et 10 bis. Ces règles ne sont pas applicables pendant la période d'essai ».

---

[308] J.-M. Pérez, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat: droit privé, Paris 2, 1996.

[309] *Idem…*

634. Celui-ci est complété par l'article 7 qui dispose que « le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter. Lorsqu'il est constaté par écrit, il est rédigé en français. On ne peut engager ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. Lorsque le salarié est étranger et le contrat constaté par écrit, une traduction du contrat est rédigée, à la demande du salarié, dans la langue de ce dernier ; les deux textes font également foi en justice. En cas de discordance entre les deux textes, seul le texte rédigé dans la langue du salarié étranger peut être invoqué contre ce dernier ».

635. Le législateur n'a pas utilisé la technique de renvoi vers le Code du travail métropolitain pour définir les principes fondamentaux du droit local. Par contre, il ne fait pas preuve d'une très grande originalité en reprenant quasiment le contenu du code du travail métropolitain[310].

636. Le second niveau vise la rupture du contrat de travail pour faute personnelle du salarié. C'est dans ce cadre que l'autonomie du Congrès se manifeste le plus par rapport au législateur métropolitain. Celle-ci est particulière car elle aura pour effet d'abandonner l'idée définitive d'un droit commun entre le droit du travail métropolitain et calédonien. Ainsi l'article 9 prévoit qu'en cas de résiliation du contrat de travail à l'initiative du salarié, celui-ci doit à son employeur un délai-congé. Après avoir fixé le principe, le législateur permet au Congrès, dans le cadre de son pouvoir, de participer à la création de la norme en droit du travail. Sur la base de cet article, « le Congrès devra fixer la durée de ce délai-congé ou par défaut par des conventions ou d'accords collectifs, soit des usages de la profession qui fixent également les cas dans lesquels le salarié est dispensé de cette obligation ».

637. Comme dans le droit métropolitain, « le salarié lié par un contrat de travail à durée indéterminée et qui est licencié a droit, sauf en cas de faute grave, à une indemnité minimum de licenciement s'il compte une ancienneté minimum ininterrompue au service du même employeur ». Dans le cadre de ses attributions « le taux et les modalités de calcul de

[310] La méthode employée par le législateur montre implicitement sa fidélité à l'esprit de l'ordonnance du 23 décembre 1982 ayant étendu les dispositions du code du travail métropolitain à la Nouvelle-Calédonie.

cette indemnité sont fixés par délibération du congrès en fonction de la rémunération brute dont le salarié bénéficiait antérieurement à la rupture du contrat de travail. L'employeur est tenu d'énoncer par écrit le ou les motifs du licenciement »[311].

638. Dans l'hypothèse d'un licenciement, le juge occupera une place de premier choix. « En cas de litige, le juge à qui il appartient d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et, au besoin, après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié. Si le licenciement d'un salarié survient sans observation de la procédure, mais pour une cause réelle et sérieuse, le tribunal saisi doit imposer à l'employeur d'accomplir la procédure prévue et accorder au salarié, à la charge de l'employeur, une indemnité qui ne peut pas être supérieure à un montant fixé par délibération du congrès. Si ce licenciement survient pour une cause qui n'est pas réelle et sérieuse, le tribunal peut proposer sa réintégration dans l'entreprise, avec maintien de ses avantages acquis. En cas de refus par l'une ou l'autre des parties, le tribunal octroie au salarié une indemnité ».

Comme dans les cas précédent, il reviendra au Congrès de fixer cette indemnité minimum, sans préjudice, le cas échéant, de l'indemnité de licenciement prévue au quatrième alinéa de l'article 9-1.

Le contrat à durée déterminée sera encadré et le congrès participera aussi à sa réglementation.

b) Le contrat à durée déterminée

639. Comme dans le droit du travail métropolitain, l'ordonnance du 13 novembre 1985 prévoit la possibilité pour les employeurs de recourir à des CDD. Il est très intéressant de constater que le législateur accorde une très grande autonomie au Congrès. Elle se situe à plusieurs niveaux.

640. Le premier se caractérise dans les motifs pouvant justifier les cas de recours à ce type de contrat. Ainsi l'article 12 de l'Ordonnance prévoit que le contrat de travail peut être à durée déterminée dans les cas prévus par le congrès du territoire.

[311] Article 9-1 de l'Ordonnance du 13 novembre 1985.

Le second niveau aborde la question de la durée du contrat, laquelle « ne peut, compte tenu de celle des éventuels renouvellements, excéder un an ».

641. A la différence du droit métropolitain, sa durée est moins importante[312] ; par contre, rien n'interdit au Congrès, dans le cadre de son Jus proprium, de prévoir un autre type d'aménagement. De ce fait « une délibération du congrès détermine le nombre et les conditions de renouvellement ainsi que les cas dans lesquels la durée totale peut être portée à titre exceptionnel à trois ans ».

642. Le Congrès intervient dans la fixation de l'indemnité de précarité lorsque le contrat à durée déterminée (CDD) arrive à son terme et ne se termine pas par un contrat de travail à durée indéterminée[313]. L'article 12 va plus loin en énonçant qu'une délibération du congrès fixe les modalités de son versement ainsi que les cas dans lesquels elle n'est pas due. Le taux de cette indemnité est fixé par voie de convention ou accord collectif de travail ou, à défaut, par une délibération du congrès.

643. Enfin pour le dernier niveau, le législateur métropolitain fixe les conditions de forme pour l'établissement du CDD et la durée de la période d'essai, mais laisse, soit aux partenaires sociaux, soit au Congrès, le soin de réglementer les conditions de son renouvellement. L'article 12 prévoit que le contrat à durée déterminée est écrit. Il comporte un terme fixé dès sa conclusion et la définition précise de son motif. A défaut, il est présumé conclu pour une durée indéterminée.

644. Le contrat de travail à durée déterminée cesse de plein droit à l'échéance du terme. La suspension du contrat de travail à durée déterminée ne fait pas obstacle à l'échéance de ce contrat. Le contrat de travail à durée déterminée peut ne pas comporter un terme précis dans les cas et selon les modalités prévus par délibération du congrès. Le contrat de travail à durée déterminée peut comporter une période d'essai dont la durée est fixée, à défaut d'usage ou de dispositions conventionnelles, par délibération du congrès.

---

[312] Cette mesure dérogatoire au droit du travail métropolitain s'explique en raison du chômage qui plus important en Nouvelle-Calédonie. Donc le législateur souhaite limiter le recours aux contrats précaires.

[313] Article 12 de l'Ordonnance du 13 novembre 1985.

645. Pour finir, le Congrès est écarté dans la fixation des sanctions en cas de rupture du contrat avant l'échéance du terme.

« Sauf accord des parties, le contrat à durée déterminée ne peut être rompu avant l'échéance du terme qu'en cas de faute grave ou de force majeure. La méconnaissance par l'employeur des dispositions prévues à l'alinéa précédent ouvre droit pour le salarié à des dommages et intérêts d'un montant au moins égal aux rémunérations qu'il aurait perçues jusqu'au terme du contrat, sans préjudice de l'indemnité prévue au deuxième alinéa du présent article. La méconnaissance des dispositions du huitième alinéa du présent article par le salarié ouvre droit pour l'employeur à des dommages et intérêts correspondant au préjudice subi. Les dispositions des huitième, neuvième et dixième alinéas ne sont pas applicables pendant la période d'essai ».

c) La durée du travail

646. Occupant une place majeure dans les questions relatives à l'emploi sur l'île, le législateur métropolitain, dans l'Ordonnance du 13 novembre 1985, a prévu des mesures minimalistes dans le cadre de ses compétences afin de laisser une grande autonomie aux autorités locales et aux partenaires sociaux. En effet, la réglementation relative au temps de travail est peut-être le domaine qui montre les limites de l'universalisme du droit du travail et met le plus en évidence les spécificités économiques d'un pays. C'est l'une des raisons pour lesquelles le législateur a utilisé d'une manière limitée son Jus commune, lui évitant de reproduire la même erreur que dans l'Ordonnance du 23 décembre 1982.

647. Aussi est-il intéressant d'observer que, dans le domaine de la durée du travail, l'article 31 du texte fait aussi intervenir le pouvoir exécutif local dans le cadre des dérogations à la durée légale du temps de travail ; or, habituellement, cette autonomie dans le droit du travail relevait de la compétence exclusive du Congrès.

648. Conformément à l'article 31 de l'Ordonnance, ce sont les « délibérations du congrès du territoire, après avis des organisations professionnelles et syndicales d'employeurs et de salariés représentatives au plan territorial, qui détermineront les modalités d'application de la durée du travail, pour l'ensemble des branches d'activités ou des professions ou pour une branche ou une profession particulière ».

649. L'article ajoute que ces « délibérations fixent notamment l'aménagement et la répartition des horaires de travail, les dérogations permanentes ou temporaires applicables dans certains cas ou pour certains emplois, les conditions auxquelles est subordonnée la mise en place par l'employeur d'horaires à temps partiel ou d'horaires individualisés, les modalités de récupération des heures de travail perdues et les mesures de contrôle de ces diverses dispositions ».

650. Au cours d'une même semaine, la durée hebdomadaire du travail ne peut dépasser quarante-huit heures. Seul le pouvoir exécutif du territoire peut, conformément à l'article 33 « en cas de circonstances exceptionnelles ou dans certaines professions, permettre à des entreprise de dépasser pendant une période limitée le plafond de quarante-huit heures fixé sans toutefois que ce dépassement puisse avoir pour effet de porter la durée du travail à plus de soixante heures par semaine ».
Dans la continuité du droit du travail métropolitain, l'ordonnance du 13 novembre 1985 accorde une importance majeure aux relations collectives.

2) Les relations collectives

651. La liberté syndicale (a) garantie par l'ordonnance du 13 novembre 1985 montre une continuité du jus commune avec le droit du travail métropolitain lequel sera une source d'inspiration partielle pour déterminer les critères de représentativité syndicale (b).

a) La liberté syndicale

652. Les syndicats métropolitains jouent un rôle important dans le développement des droits fondamentaux des travailleurs autochtones en Nouvelle-Calédonie. Ils contribuent à l'harmonisation du droit local du travail outre-marin et du droit du travail métropolitain.

L'Ordonnance de 1985, fidèle à la loi du 15 décembre 1952 instituant le Code du travail de l'Outre-mer, réaffirme son attachement au développement du syndicalisme dans le territoire et à la liberté syndicale. Au terme de l'article 63 « l'exercice du droit syndical est reconnu dans toutes les entreprises dans le respect des droits et libertés garantis par la

Constitution de la République, en particulier de la liberté individuelle du travail. Les syndicats peuvent s'organiser librement dans toutes les entreprises ».

653. Dans le cadre du Jus proprium, le Congrès par une délibération en date du 10 mai 1989, renforce ce principe dans l'article 4 en énonçant que tout salarié, quel que soit son sexe, son âge, sa nationalité peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix. Les autorités locales n'ont fait que transposer les dispositions du Code du travail métropolitain qui interdit toutes les discriminations syndicales. En ce sens, ils n'ont pas fait preuve d'une très grande originalité pour marquer leurs spécificités. Or, la raison même du Jus proprium est d'accroître l'autonomie des autorités locales afin de leur permettre de construire un droit respectueux de leur particularisme[314].

b) La représentativité syndicale.

654. Aux termes des articles 57 et 58 de l'Ordonnance du 13 novembre 1985, le législateur métropolitain écarte les autorités locales dans le processus de qualification d'un syndicat. Il va encore plus loin en ce sens que c'est le représentant de l'État qui, sur la base des critères définis par le Jus commune, déterminera la représentativité des organisations syndicales. Il devra prendre en considération, comme pour la métropole, de plusieurs éléments, à savoir les effectifs, l'indépendance, les cotisations, l'expérience et l'ancienneté du syndicat. A la différence du droit du travail métropolitain, le critère relatif à l'attitude patriotique lors de la seconde guerre mondiale est absent[315].

---

[314] Article 59-1 issu de la loi n°96-609 du 5 juillet 1996 : « Tout salarié, quels que soient son sexe, son âge, sa nationalité, peut librement adhérer au syndicat professionnel de son choix. Tout membre d'un syndicat professionnel peut s'en retirer à tout instant nonobstant toute clause contraire ». On peut s'interroger sur la pertinence de ce texte créé par le législateur, alors que l'article 4 de la délibération du Congrès prévoyait les mêmes dispositions. Ce « bavardage législatif » ne serait-il pas la cause de l'inflation législative condamnée vigoureusement par le Conseil d'État ?

[315] Arrêté n° 2011-963/GNC du 10 mai 2011 relatif à la représentativité des organisations syndicales de salariés en Nouvelle-Calédonie : Sont reconnues représentatives au niveau de la Nouvelle-Calédonie, au sens de l'article Lp. 322-1 du code du travail de Nouvelle-Calédonie, les organisations syndicales de salariés suivantes :
- Union des Syndicats des Ouvriers et Employés de Nouvelle-Calédonie (U.S.O.E.N.C) ;
- Union Syndicale des Travailleurs Kanaks et des Exploités (U.S.T.K.E) ;
- Fédération des Syndicats des Fonctionnaires, Agents et Ouvriers de la Fonction Publique (F.S.F.A.O.F.P) ;
- Union Territoriale de la Confédération Française de l'Encadrement- Confédération Générale des Cadres (UT-CFE/CGC) ;
- Confédération Générale du Travail – Force Ouvrière de Nouvelle-Calédonie (CGT-FONC) ;
- Confédération Générale des Travailleurs (COGETRA) ;

655. Il est regrettable que le législateur n'ait pas confié au pouvoir local la compétence d'attribuer ou non cette représentativité. Cela aurait eu le mérite d'accroître l'autonomie du Jus proprium calédonien et de renforcer le dialogue avec le Jus commune. Après avoir écarté le Congrès dans la détermination des critères de représentativité et privilégié le représentant de l'État, le législateur suit le même raisonnement en qui concerne la détermination de l'objet du syndicat.

656. Au terme de l'article 57, les syndicats professionnels ont exclusivement pour objet l'étude et la défense des droits ainsi que des intérêts matériels et moraux, tant collectifs qu'individuels, des personnes visées par leurs statuts. Ils sont dotés de la personnalité civile. Ils peuvent, devant toutes les juridictions, exercer tous les droits réservés à la partie civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession qu'ils représentent. Par contre pour la détermination des objets meubles et immobiliers insaisissables, il reviendra, selon cet article, « à la réglementation territoriale » de les fixer. Enfin le Congrès aura une compétence pour déterminer les seuils à partir desquels une section syndicale pourra être créée[316].

PARAGRAPHE 2 : LES ATTRIBUTIONS DU POUVOIR EXÉCUTIF CALÉDONIEN

657. Le pouvoir exécutif calédonien sera limité par rapport à son champ d'application matériel (A) ; cela aura des répercussions quant à l'étendue du Jus proprium calédonien dans le domaine du droit du travail. Délimité dans un espace territorial, le pouvoir de l'exécutif calédonien aura un champ d'application personae (B) plus étendu du fait de la disparition de la summa divisio entre les salariés métropolitains et autochtones.

A) Le champ d'application matériel

658. Au delà de l'apparition du Jus proprium, l'Ordonnance du 13 novembre 1985 confirme deux phénomènes dans le mouvement d'autonomie du droit local du travail. Le premier est la quasi disparition du représentant de l'État dans ce domaine. C'est une

- Confédération Syndicale des Travailleurs de Nouvelle-Calédonie (CSTNC).

[316] Article 61 de l'Ordonnance du 13 novembre 1985.

rupture par rapport à l'Ordonnance du 23 décembre 1982 dans laquelle ce dernier occupait une place prééminente. Il n'intervient qu'au terme de l'article 58 dudit texte pour déterminer les organisations syndicales représentatives.

659. L'article 92 illustre remarquablement l'exclusion du Chef du territoire dans le droit local du travail. Dorénavant, le pouvoir exécutif métropolitain sera l'interlocuteur direct des autorités locales. Selon les termes de cet article, le directeur du travail et les inspecteurs du travail relèvent du ministre chargé de la Nouvelle-Calédonie. Aussi « les recours contre les décisions des inspecteurs du travail et du chef du service de l'inspection du travail prises en application de la présente ordonnance sont formés devant le ministre chargé de la Nouvelle-Calédonie ».

660. Le second phénomène dans ce mouvement d'autonomie montre la place prééminente prise par le pouvoir exécutif calédonien dans l'élaboration de ce Jus proprium. Il apparaît clairement que cette autorité politique s'est substituée à l'autorité administrative.

661. Sa compétence s'exprime de plusieurs manières.
La première, indirecte, montre que l'exécutif calédonien est l'interlocuteur privilégié et unique du Congrès, détenteur quasi exclusif du Jus proprium calédonien dans le cadre de son pouvoir de délibération.
La deuxième compétence fait de l'autorité exécutive le représentant des différentes institutions en droit du travail. Au terme de l'article 81, la commission consultative du travail est rattachée à l'exécutif du territoire qui en assure la présidence. Cette commission comprend un nombre égal d'employeurs et de salariés désignés respectivement par les organisations représentatives des uns et des autres dans le territoire.

662. Aussi l'exécutif territorial verra-t-il ses compétences élargies en matière d'emploi et de salaire. Conformément à l'article 67, « le comité d'entreprise dans le domaine économique est obligatoirement informé et consulté sur les questions intéressant l'organisation, la gestion et la marche générale de l'entreprise et, notamment, sur les mesures de nature à affecter le volume ou la structure des effectifs, la durée du travail ou les conditions d'emploi et de travail du personnel. Il est en outre obligatoirement consulté par

l'employeur qui envisage de procéder à un licenciement collectif pour motif économique d'ordre conjoncturel ou structurel ».

663. Cette première étape de la procédure qui s'applique en métropole va se dissocier du droit du travail français lors de la seconde phase. En effet, un procès-verbal de cette réunion sera transmis à l'exécutif du territoire[317]. On peut en déduire que le pouvoir métropolitain souhaite associer l'exécutif calédonien afin qu'il intervienne en amont en tant que médiateur. Disposant directement du procès-verbal, ce dernier pourra réellement apprécier la situation.

664. Dans le domaine des salaires, l'exécutif calédonien, sur les critères définis à l'article 25 de l'Ordonnance, devra déterminer par arrêté la fixation du salaire minimum après consultation de la commission consultative du travail.

Au regard de l'article 33 relatif à la durée maximale du temps de travail de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 on observe toute la place du pouvoir exécutif dans l'élaboration du Jus proprium calédonien dans le champ du droit du travail. Ainsi au cours d'une même semaine, la durée hebdomadaire du travail ne peut pas dépasser quarante-huit heures. En cas de circonstances exceptionnelles ou dans certaines professions, des entreprises peuvent être autorisées par l'exécutif du territoire à dépasser, pendant une période limitée, le plafond de quarante-huit heures fixé à l'alinéa précédent, sans toutefois que ce dépassement puisse avoir pour effet de porter la durée du travail à plus de soixante heures par semaine.

665. A ce stade de l'étude, on observe que cette nouvelle conception du droit local du travail renforce l'autonomie du pouvoir exécutif. Celle-ci se manifeste sous plusieurs aspects qui constitueront la base de l'émancipation du droit du travail.

666. L'élément le plus marquant de l'autonomie du pouvoir exécutif se manifeste à l'égard du représentant de l'État. Ainsi l'exécutif métropolitain consent pour la première fois à privilégier l'autorité politique locale au détriment de l'autorité administrative représentée par le Haut Commissaire. L'Ordonnance du 13 novembre 1985 l'écarte à ces

[317] Article 67 de l' Ordonnance du 13 novembre 1985.

deux niveaux. D'une part, le Jus commune relèvera de la compétence exclusive du pouvoir exécutif métropolitain, d'autre part, le Jus proprium sera partagé par le Congrès et l'exécutif territorial.

667. Le second aspect de cette autonomie s'exprime à l'égard du Congrès. En effet, pour la mise en œuvre de certaines décisions dans le cadre du Jus proprium, le principe de collégialité disparaît pour laisser un rôle exclusif au pouvoir exécutif calédonien. Les articles 33 et 81 de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 confirment ces observations.

668. Pour le premier relatif aux dérogations au temps de travail, cette décision relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif. Le Congrès est exclu.

669. Pour le second texte qui octroie la présidence de la commission consultative du travail à l'exécutif du territoire, pour des raisons de simplification le Congrès n'est pas représenté dans la composition de cette institution. Certes le rôle de la commission dans l'élaboration du Jus proprium est très faible mais cette présidence marque tout de même une rupture par rapport à l'Ordonnance de 1982 où il était effacé entre le Congrès et le représentant de l'État.
Limitée exclusivement à la Nouvelle-Calédonie, l'ordonnance du 13 novembre 1985 innove dans la mesure où elle s'applique à l'ensemble des salariés calédoniens.

B) Le champ d'application territorial et personae

670. La loi du 6 septembre 1984 a créé un statut spécifique pour la Nouvelle-Calédonie en instaurant un exécutif local et un congrès territorial. L'ordonnance du 13 novembre 1985 a accordé une compétence au pouvoir exécutif dans le domaine du droit du travail. Mais celle-ci est limitée dans son champ d'application territorial (1) et personae (2) par rapport au pouvoir du congrès.

1) Le champ d'application territorial

671. Dans la mise en œuvre de l'Ordonnance du 13 novembre 1985, le pouvoir exécutif sera confronté aux mêmes contraintes territoriales que le Congrès. Comme ces deux

pouvoirs sont liés dans le cadre du Jus proprium, il est logique que leurs compétences rencontrent les mêmes limites. Ainsi, conformément à l'article 1er de l'Ordonnance, le champ de compétence territorial du pouvoir exécutif se limite au territoire de la Nouvelle-Calédonie.

2) Le champ d'application personae

672. La *summa divisio* qui existait entre les salariés métropolitains et les salariés autochtones a disparu depuis l'Ordonnance du 23 décembre 1982. Ce principe est confirmé par l'Ordonnance du 13 novembre 1985 abrogeant la précédente. Donc le champ d'application personae du pouvoir exécutif vise l'ensemble des salariés du territoire[318].
En revanche sa compétence n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public[319].

---

318 Article 1er de l' Ordonnance du 13 novembre 1985.
319 *ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1er :

673. L'ordonnance du 13 novembre 1985 est une avancée majeure dans l'ordre juridique calédonien car c'est un compromis entre deux visions opposées de l'avenir institutionnel du territoire. La première privilégie l'indépendance et la seconde vision s'oriente vers un maintien de la Nouvelle-Calédonie dans la République française. Pour instaurer la paix politique, le pouvoir métropolitain a adopté la loi du 6 septembre 1984 accordant une autonomie institutionnelle au territoire et l'ordonnance du 13 novembre 1985 qui garantit la paix sociale.

674. Cette émancipation permet une résurgence de la notion du Jus proprium qui accorde une autonomie aux autorités locales dans la détermination des normes en droit du travail. C'est la première fois qu'une collectivité locale dans l'État unitaire possèdera un pouvoir dans la matière. Ayant retenu les erreurs du passé, le pouvoir métropolitain a prévu une organisation bicéphale du pouvoir local. Ainsi l'assemblée territoriale et le pouvoir exécutif auront une compétence dans la détermination des normes en droit du travail. Mais la prééminence sera accordée à l'assemblée territoriale calédonienne.

675. Un pouvoir ne devient effectif que si ces titulaires l'utilisent. Les nouveaux acteurs de cette nouvelle organisation du droit local du travail pourront utiliser dans un cadre très strict leur pouvoir ; lequel reste soumis aux normes constitutionnelles et au contrôle juridictionnel.

676. Ouvrant la voie à l'autonomie du droit local du travail, le pouvoir métropolitain n'est pas exclu pour autant. Notamment l'article 5 de la loi du 6 septembre 1984 prévoit que le législateur fixe les principes directeurs du droit du travail. Pour combler le vide juridique de cette loi qui ne définit pas les principes directeurs du droit du travail, l'ordonnance du 13 novembre 1985 tente de les déterminer.

CHAPITRE 2 : Les limites du jus proprium

677. L'introduction en droit de nouveaux concepts pose toujours de grandes difficultés. Une telle nouveauté a pour effet d'obliger le législateur ou le juge à proposer une qualification qui aura des conséquences juridiques pour les parties. Il arrive parfois que le législateur ne propose aucune définition de certains termes qu'il emploie ; parfois cela crée une insécurité juridique et rend la règle de droit complexe.

678. En effet cette ordonnance a pour objet principal de fixer les principes directeurs du droit du travail applicable en Nouvelle-Calédonie. Ceux-ci auront des conséquences importantes car ils détermineront les compétences donc les attributions entre le pouvoir exécutif et le pouvoir local dans le champ du droit du travail. De ce fait, si on retient une définition large des principes directeurs, les pouvoirs du congrès territorial seront réduits ; en revanche, si on retient le raisonnement opposé, c'est alors le législateur métropolitain qui perdra ses attributions au profit du territoire.

La summa divisio du droit local du travail, prenant sa source dans la loi du 6 septembre 1984, a obligé le pouvoir métropolitain à fixer les principes directeurs du droit du travail dans l'ordonnance du 13 novembre 1985 mais aucun de ces textes ne les définit. Cela invite à faire le constat que la notion des principes directeurs du droit du travail est ambigüe et participe à rendre le droit local du travail plus complexe (Section 1). Comme c'est souvent le cas, il reviendra au juge de combler le silence du législateur. Lequel peut être volontaire ou parfois involontaire. En ce qui vise les principes directeurs du droit du travail et le Jus proprium, l'interprétation jurisprudentielle occupera une place importante (Section 2). Notamment, en fonction de l'approche jurisprudentielle retenue par les juges, cela aura des répercussions sur l'étendue des pouvoirs du Congrès territorial ou du pouvoir exécutif métropolitain.

SECTION 1 : Les principes directeurs du droit du travail

679. Les principes directeurs ne sont pas une notion juridique et pourtant, c'est à partir de ce concept que le législateur définira les grandes articulations du droit du travail qui impulsera le processus d'émancipation. La loi du 6 septembre 1984, en instaurant la

summa divisio du droit du travail sur le territoire, permet l'instauration de deux pouvoirs. Ces pouvoirs sont-ils concurrents, complémentaires ou cette nouvelle articulation du droit du travail s'inscrit-elle dans un projet plus large d'émancipation du droit local du travail ?
La réponse à ces questions repose sur les différentes conceptions qu'adopteront les autorités territoriales (§ 2) et métropolitaines (§ 1) des principes directeurs du droit du travail. Ainsi une conception large de ces derniers aurait pour effet de réduire considérablement les pouvoirs des autorités locales, donc de vider de sa substance le contenu du Jus proprium local.

PARAGRAPHE 1) LA CONCEPTION NATIONALE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DU TRAVAIL

680. La Nouvelle-Calédonie est soumise, pour l'essentiel, au droit du travail applicable en métropole depuis 1982. Toutefois, la loi de 1984, portant statut du territoire de la Nouvelle-Calédonie, a confié au territoire cette compétence en cette matière, sous réserve "des principes directeurs du droit du travail" qu'il appartient à l'État de fixer.

Aucun texte n'ayant édicté ces "principes directeurs", il a semblé nécessaire de les définir (A). La sphère des compétences respectives de l'État et du Territoire renvoie aux articles 4 et 5 de la loi du 6 septembre 1984. Le Territoire a une compétence de droit commun et l'État une compétence d'exception. Tout l'enjeu de ces articles, plus particulièrement de l'article 6, reposera sur les compétences que le législateur accordera à l'État. De ce fait, si celles-ci sont étendues, la compétence de droit commun du territoire sera elle-même réduite, limitant alors les effets de l'article 5 et, par conséquent, la notion d'autonomie.

681. On observe que le législateur métropolitain a adopté une conception large de la compétence d'attribution. En effet, au delà des prérogatives traditionnelles de l'État qui relèvent du domaine régalien[320], il octroie aussi le soin à l'État de fixer les principes directeurs du droit du travail[321] qui occupent plusieurs fonctions dans le droit local du travail (B).

---

[320] Les affaires étrangères, la défense, la monnaie, maintien de l'ordre article 5 de la loi du 6 septembre 1984.
[321] Voir sur ce point nos explications au titre précédent chap. 2.

A) Sa définition

682. La linguistique occupe une place mineure en droit, alors qu'elle est, paradoxalement, l'essence même du droit. « Ayant remplacé les druides », les juristes sont les maîtres dans l'art d'interpréter les textes. Cette interprétation, si elle est retenue par le juge et parfois par le législateur, aura des effets dans l'ordre juridique interne. Dans la méthode de l'interprétation, parfois le juriste, en présence d'un terme étranger au droit, devra recourir à l'étymologie, à l'essence même du mot afin de lui donner un sens juridique et proposer une classification. Finalement, le droit ne serait-il pas l'art de la qualification et de l'interprétation ? Ainsi, comme le faisait remarquer un auteur[322], il n'y a pas plus mort qu'un livre, car quand le lecteur a une question, l'auteur est-il présent pour y répondre ? La réponse est négative. Il en est de même pour les lois et les contrats : l'auteur du texte n'est pas présent pour répondre aux interrogations des destinataires du texte ou des personnes chargées de son application. Il reviendra aux juristes, entendu au sens large, d'interpréter ce texte.

683. Il arrive fréquemment que le législateur emploie des termes qui sont étrangers au droit. Il faut comprendre par là que ce sont des expressions utilisées dans le langage courant. Parfois elles sont claires et ne posent aucune difficulté quant à leur intégration dans l'ordre juridique, parfois elles manquent de clarté et obligent le juge et le juriste à leur donner un sens juridique pour être intelligibles. Car en fonction de l'interprétation et de la qualification retenue, cela aura des incidences dans le système normatif.

684. La loi du 6 septembre 1984 portant statut de la Nouvelle-Calédonie a attribué à l'État la compétence pour fixer les principes directeurs du droit du travail. Pour le droit du travail, cet article est important car c'est la première fois que le législateur emploie une telle expression dans le champ du droit local. Que cache cette expression dont le terme

---

[322] J. Derrida: "Le logos ne peut se saisir lui-même, se produire comme auto-affection qu'à travers la voix. Celle-ci se vit comme exclusion de l'écriture. Le livre ne parle pas, il est mort, il ne répond pas à celui qui l'interroge. " Son père n'est pas là pour le défendre. " Si la parole est immédiate, l'écriture est médiate : elle n'est que la " représentation ", "le signe de la parole absente." *L'origine de la géométrie de Husserl*. Traduction et introduction, Presses Universitaires de France. *La voix et le phénomène*, Presses Universitaires de France, 1962; *L'écriture et la différence* , Le Seuil - *De la grammatologie*, Ed. de Minuit.

n'est pas employé dans le langage courant ?

685. Si l'on se réfère à la Loi Fondamentale du 4 octobre 1958, la notion de principe n'est pas un terme étranger au droit du travail. Un auteur l'a très bien montré dans son article intitulé "Les principes dans le droit français du travail"[323]. Selon lui, cette notion recouvre deux réalités. La première est un ensemble de « propositions descriptives au moyen desquelles les juristes dogmaticiens rendent compte de manière synthétique du contenu et des grandes tendances de l'ensemble de normes composant le droit positif ». Ces principes ne revêtent pas un caractère juridique, ils sont « extérieurs au système normatif, ils ont un statut de métalangage », ils relèvent du « langage des juristes ».

686. La seconde réalité des principes rentre dans la catégorie « des principes juridiques qui sont des règles occupant une place privilégiée dans l'ordre juridique ». Faisant partie de l'ordre juridique interne, ces principes sont positifs ou non positifs, valides ou invalides. Autrement dit, soit le juge les retient lors d'un différend, soit il les écarte.

687. A la lecture des dispositions de l'article 5 de la loi du 6 septembre 1984, les principes directeurs du droit du travail n'ont pas vocation à être des propositions descriptives, mais des principes-normes qui auront un champ d'application limité au droit local du travail. Ce texte suscite d'autres interrogations. En effet, que faut-il entendre par le fait qu'il reviendra à l'État de fixer les principes directeurs du droit local du travail ?

688. Cette question interpelle sur plusieurs points qui engendreront d'autres interrogations démontrant bien la spécificité du droit local du travail par rapport à la métropole. Le premier point est de savoir ce que recouvre l'expression « l'État fixera les principes directeurs en droit du travail en Nouvelle-Calédonie ».

Sur le plan organique, cette obligation s'adresse-t-elle au Parlement ou au pouvoir exécutif ? Si l'on se réfère à l'article 34 de la Constitution, il revient au Parlement de fixer les principes fondamentaux en droit du travail. Ainsi la compétence de droit commun dans ce domaine relève du pouvoir législatif. Par extension, on pourra en déduire qu'il reviendra

[323] A. Jeammaud, *Les principes dans le droit français du travail,* Dr. Soc. 1982, p. 618-629.

au Parlement, conformément à l'article 34, de déterminer les principes directeurs du droit du travail.

Or, pour la fixation des principes directeurs du droit du travail, c'est la voie médiane qui a été privilégiée. Les autorités politiques métropolitaines ont opté pour l'Ordonnance régie par l'article 38 de la Constitution. En conséquence, le pouvoir exécutif a eu besoin de l'accord du parlement pour fixer les principes directeurs du droit du travail. Cela démontre explicitement que le contenu de la loi du 6 septembre 1984 manque de précision. En effet il aurait été plus juste que, à la place de l'État, les rédacteurs de la loi énoncent « le Parlement fixe les principes directeurs du droit du travail ». Car l'article 34 de la Constitution lui attribue cette compétence de droit commun. Cela signifie que son champ d'application s'étend aux collectivités d'Outre-mer.

689. Le deuxième point interpelle sur l'élément matériel de la notion de principe directeur du droit du travail. Il s'agit d'un principe-norme ayant vocation à modifier l'ordre juridique interne dans le champ du droit local du travail. Par contre, la loi du 6 septembre 1984 ne définit nullement la notion de principe directeur du droit du travail. Comme l'énonce le préambule de l'ordonnance du 13 novembre 1985, « aucun texte avant celui-ci n'avait édicté ces "principes directeurs", il a semblé nécessaire de les préciser[324] ».

690. Ainsi cette ordonnance se donne pour objectif de définir ces principes. Mais soumis à l'analyse, on constate que les autorités métropolitaines ne les définissent nullement. Pour appréhender ces derniers, il sera nécessaire de les définir négativement en retenant ce que ne sont pas ces principes ; de cette définition dépendra aussi le degré d'autonomie du droit local du travail.

691. Dans un premier temps, on constate que les principes directeurs du droit du travail ne sont pas des principes normes-constitutionnelles[325]. La Constitution du 4 octobre 1958 en distingue deux. Les premiers, régis par le préambule de la Constitution, sont les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRL). C'est dans une

[324] Il est regrettable que l'État ait attendu plus d'un an pour fixer le contenu des principes directeurs du droit du travail. Cela ne participe nullement à l'effectivité du principe de sécurité juridique.

[325] Cette partie retiendra la classification retenue par le professeur A. Jeammaud dans son article intitulé *« Les principes dans le droit français du travail »,* Dr. Soc. 1982, p. 618.

décision du 16 juillet 1971[326] que le Conseil constitutionnel a découvert cette nouvelle catégorie de normes constitutionnelles. Elle a élevé au rang constitutionnel le principe de la liberté d'association qui, auparavant, sur la base de la loi de 1901, n'avait qu'une valeur législative.

Les seconds, qui concernent directement notre sujet, sont les principes fondamentaux du droit du travail. En effet, selon l'article 34 de la Loi Fondamentale, le Parlement est compétent pour déterminer, dans le domaine du droit du travail, les principes fondamentaux. Ces derniers ont une similitude dans leur rédaction avec les principes directeurs du droit du travail[327]. Dans le premier cas, c'est le Parlement qui est habilité à les fixer, dans le second cas c'est l'État[328]. Mais la comparaison s'arrête là ; en effet les principes ont pour source le pouvoir constituant tandis que les principes directeurs émanent du pouvoir exécutif avec l'autorisation du Parlement. Donc les principes directeurs du droit du travail ne sont pas des principes normes-constitutionnelles en raison de l'organe qui est à l'origine de la création de ceux-ci. Dans la première hypothèse, c'est le pouvoir constituant ; dans la seconde hypothèse, c'est le pouvoir législatif dérivé.

692. Exclus de cette catégorie de normes, les principes directeurs ne sont pas des principes généraux du droit. Découverts par le Conseil d'État, ces derniers auront pour objet « d'encadrer l'activité normatrice du gouvernement et de son administration ». Dans l'arrêt de principe dame Peynet de 1973[329], la Haute juridiction administrative a interdit « toute rupture du contrat de travail pendant la période de la grossesse quel que soit le secteur de leur activité, privé ou public, leur statut ou leur absence de statut ». Cet arrêt, qui annulait une décision prise sur la base d'un acte individuel, montre bien que l'une des finalités des principes généraux du droit (PGD) est de limiter le pouvoir de l'autorité administrative dans le cadre de ses prérogatives réglementaires. De ce fait, comme le faisait remarquer un auteur, le Conseil d'État rappelle « au pouvoir réglementaire qu'il ne peut déroger ou porter atteinte à certaines règles positives qualifiées de principes généraux, parce qu'elles appartiennent au domaine des principes fondamentaux du droit du travail[330]».

---

326 Décision du conseil constitutionnel, DC 76-44, 6 juillet 1971, Rec. p. 29.

327 Article 34 de la Constitution, article 5 alinéa 12 de la loi du 6 septembre 1984.

328 Dans le cadre calédonien, il est intéressant d'observer que derrière l'État, cela renvoie directement au Parlement et au pouvoir exécutif métropolitain.

329 C.E., Ass., 8 juin *1973*, *Dame Peynet*, AJDA *1973*, p. 608.

330 A. Jeammeaud, *Les principes dans le droit français du travail*, Droit social 1982, p. 618-629.

693. Ces principes généraux ont pour effet direct de limiter l'étendue du pouvoir réglementaire. Par contre, il n'est pas interdit au pouvoir législatif d'écarter ou de limiter dans l'ordre juridique interne un principe général du droit. Cela montre que ces principes ont une valeur infra-législative, c'est-à-dire qu'ils sont inférieurs à la norme législative mais ont une valeur supra-réglementaire donc supérieurs à la norme réglementaire. En faisant la synthèse de ces principes-normes, on observe des similitudes avec les principes directeurs du droit du travail.

694. La première ressemblance repose sur le fait que les principes directeurs du droit du travail sont des principes-normes qui ont vocation à modifier l'ordre juridique interne de la Nouvelle-Calédonie. La seconde similitude réserve implicitement au Parlement la compétence pour fixer les principes directeurs du travail. Donc ces principes-normes seront les principes fondamentaux du droit du travail pour les salariés calédoniens.

695. Finalement, les principes directeurs du droit du travail seraient un ensemble de principes-normes, obligatoirement écrits, émanant des autorités législatives métropolitaines entendues au sens large qui ont vocation à fixer les principes fondamentaux du droit du travail en Nouvelle-Calédonie.

Pour illustrer ces propos, il suffit de reprendre les grandes articulations de l'ordonnance du 13 novembre 1985 qui, sur la base de la loi du 6 septembre 1984, vont fixer les principes directeurs du droit du travail. On constate que les chapitres qui subdivisent ce texte reprennent les grands principes-normes du droit du travail métropolitain.

Ainsi le chapitre II définira le contrat de travail, le chapitre IV fixera les règles dans le domaine de la conclusion et de la dénonciation des accords collectifs et pour finir cette liste non exhaustive, le chapitre V déterminera les règles relatives à l'égalité de rémunération et à l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes[331].

696. Après avoir essayé de définir les principes directeurs du droit du travail, il sera aussi nécessaire de s'intéresser à la fonction ou aux fonctions de ces principes-normes dans l'ordre juridique du droit local du travail.

---

[331] Ordonnance du 13 novembre 1985.

B) Sa fonction

697. Il semblerait que les principes directeurs du droit du travail occupent principalement deux fonctions dans l'ordre juridique interne. La première est de garantir la protection des droits fondamentaux des salariés calédoniens (2) et la seconde est d'assurer la répartition des compétences entre le Jus commune et le Jus proprium (1).

1) Répartition des compétences entre le Jus commune et le Jus proprium

698. En analysant le préambule de l'ordonnance du 13 novembre 1985, on observe que les fonctions des principes directeurs du droit du travail en Nouvelle-Calédonie sont beaucoup plus complexes qu'elles ne le paraissent. En effet la première fonction assignée à cette ordonnance, comme l'énonce le préambule, est de combler une lacune du législateur issue de la loi du 6 septembre 1984 fixant le statut de la Nouvelle-Calédonie. Ainsi « aucun texte n'ayant édicté ces "principes directeurs", il a semblé nécessaire de les préciser». Ce préambule législatif démontre bien que la loi du 6 septembre 1984 résulte bien d'une précipitation[332] qui amène de facto à un manque de rigueur quant à la qualité de sa rédaction.

699. L'autre fonction de l'émancipation du droit du travail interpelle directement sur la notion de répartition des compétences dans le droit du travail entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie. En effet, si l'État métropolitain adopte une conception large des principes directeurs du travail, l'autonomie des autorités calédoniennes se trouvera inévitablement réduite. Par contre, si l'État opte pour une conception étroite de ces principes, les pouvoirs, donc l'autonomie de l'autorité calédonienne, seront irrémédiablement plus étendus.

700. Les autorités métropolitaines étaient conscientes des impacts que cette nouvelle notion pouvait induire sur le droit local du travail. Le Ministre de l'époque en

[332] *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, CJFI, juin 2008.

charge des DOM-TOM[333] avait déclaré, au moment de l'adoption de l'ordonnance, « que la volonté du Gouvernement était de donner, en droit du travail, une compétence de droit commun la plus large possible aux territoires concernés ». Il ajouta « que les principes directeurs du droit du travail ne devaient pas être confondus avec les principes fondamentaux de l'article 34 de la Constitution afin de ne pas attribuer à l'État une trop grande compétence ».

701. Or l'analyse de l'Ordonnance montre que le pouvoir politique métropolitain s'est orienté vers une conception large des principes directeurs du droit du travail. Pour une illustration, il suffit de s'appuyer sur l'étendue du texte qui se compose de plus de 140 articles regroupés dans 6 chapitres. On constate que le législateur métropolitain reproduit quasiment à l'identique les grands principes fondamentaux du droit du travail métropolitain. En adoptant une conception aussi large des principes directeurs du droit travail, le législateur ne s'écarte-t-il pas des objectifs d'autonomie fixés par le ministre de l'époque ?

702. Cette conception large du Jus commune a des répercussions directes sur l'autonomie des autorités calédoniennes dans l'élaboration du Jus proprium local. Cette interprétation large du Jus commune serait-elle la manifestation d'une méfiance à l'égard d'une partie des autorités politiques calédoniennes qui réclament ouvertement une indépendance ou, à l'inverse, comme l'expression d'une garantie accordée à l'autre courant anti-indépendantiste ? Quel serait le contenu de ces garanties ? L'analyse de l'Ordonnance du 13 novembre 1985, montre que le pouvoir métropolitain tente de définir et protéger les droits « fondamentaux » des salariés calédoniens.

2) Protection des droits fondamentaux des salariés

703. Les droits fondamentaux sont un ensemble évolutif de droits considérés en raison de leur importance comme s'imposant au législateur et au pouvoir réglementaire, et qui englobent actuellement, pour l'essentiel, les droits de l'homme et les droits sociaux[334].

---

[333] G. Lemoine, Secrétaire d'Etat auprès du ministre de l'intérieur et de la décentralisation, chargé des Dom-Tom de 1983 à 1986.

[334] J. AZÉMA, R. GUILLIEN, J. VINCENT, S. GUINCHARD, *Lexique des termes Juridiques*, Dalloz, 2001.

Appliqués aux principes directeurs du droit du travail, il semble que ces « principes-normes » ont pour fonction, non pas seulement de résoudre exclusivement une répartition de compétences entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie, mais d'englober aussi la protection des droits fondamentaux des salariés calédoniens.

704. A la lecture de l'ordonnance, on constate que le législateur métropolitain ne conçoit pas les principes directeurs comme un code-cadre. Il fixe les grands principes et il reviendra ensuite aux autorités locales de les détailler dans le cadre du Jus proprium. L'analyse de l'ordonnance de 1985 montre que le législateur ne respecte pas l'étendue de la loi du 6 septembre 1984 fixant le statut de la Nouvelle-Calédonie. En effet, il était prévu que l'État fixe les « principes directeurs du droit travail ». En conséquence, on pouvait croire que cette ordonnance comblerait un vide juridique ; or, le législateur a intitulé le livre Ier de l'ordonnance de 1985 « principes directeurs du droit travail ». Ce titre interpelle. Les principes directeurs du droit du travail ne doivent-ils viser que les 8 titres du livre Ier ou doivent-ils être étendus aux autres livres de l'ordonnance dont le champ d'application vise des domaines clés du droit du travail tels que l'inspection du travail, le Tribunal du travail et la main d'œuvre étrangère ?

705. Il semblerait que les principes directeurs du droit du travail ne se limitent pas exclusivement au livre Ier de l'Ordonnance du 13 novembre 1985. Deux éléments permettent d'illustrer cette affirmation. Le premier est le titre même de l'Ordonnance qui s'intitule « les principes directeurs du droit du travail, à l'organisation et au fonctionnement de l'Inspection du travail et du Tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances». Dans l'esprit du législateur, les principes directeurs du droit du travail couvrent aussi bien le livre Ier et les autres livres du texte. Le titre général supplante le titre spécial donc on peut penser que le titre du livre Ier n'a aucun effet juridique. C'est un titre d'annonce[335].

Le second élément relève du domaine judiciaire. En effet, dans ses décisions, la Cour de cassation semble accorder une prééminence au titre général de l'ordonnance qui vise directement les principes directeurs du droit du travail, à l'organisation et au

---

M.-I GARRIDO GOMEZ., « Considérations générales sur la problématique conceptuelle et fondatrice des droits fondamentaux », Les Annales de droit, 2010, pp. 141-159.

[335] B. ANAGNOSTOU-CANAS, préface de J.-L. HAOUEL, *Dire le droit : normes, juges, juriconsultes,* Édition Panthéon Assas, 2007.

fonctionnement de l'Inspection du travail et du Tribunal du travail en Nouvelle-Calédonie et dépendances.

Dans un arrêt du 24 mars 2004[336] la Haute Cour, dans le visa de sa décision, opte pour le titre général de l'Ordonnance.

706. On constate que ces principes directeurs sont plus qu'une technique de répartition de compétences entre deux pouvoirs. Ces « principes-normes » recouvrent toute une conception du droit du travail. C'est d'autant plus vrai qu'en tant que Jus commune, ces principes donneront une orientation bien définie au droit local du travail.

707. Ainsi, les principes directeurs du droit du travail ne doivent pas être confondus avec les principes fondamentaux du droit du travail prévus à l'article 34 de la Constitution[337]. Appliqués au processus d'émancipation du droit du travail, les principes directeurs seraient un ensemble de droits fondamentaux qui constitueraient un socle minimum en dessous duquel le législateur local calédonien ne pourrait pas déroger[338].

708. Pour illustrer ces propos on s'appuiera sur l'article 9-1 de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 relative aux conditions de rupture du contrat de travail à durée indéterminée. Celui-ci dispose que « le licenciement ne peut intervenir sans cause réelle et sérieuse. Dans le cas de licenciement pour un motif autre qu'une faute grave, le salarié a droit, s'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus, à un délai-congé ». La protection du salarié contre la rupture du contrat de travail représente pour le législateur métropolitain un principe fondamental qui rentre dans le cadre des principes directeurs du droit du travail. Dès lors, les autorités locales ne pourront pas déroger à ce Jus commune. Autrement dit, l'employeur aura une obligation de justifier la rupture du contrat de travail. Cette résiliation, comme dans le cadre du droit du travail métropolitain, reposera nécessairement sur une cause réelle et sérieuse.

709. On constate que la plupart des dispositions de l'Ordonnance du 13

---

336 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 24 mars 2004, 02-40400, non Publié au bulletin.

337 Propos du ministre Lemoine.

338 S. Drollet, *Le droit du travail en Polynésie entre autonomie et assimilation*, Presses universitaires d'Aix-Marseille , 2000.

novembre 1985 fixant les principes directeurs du travail s'inspirent fortement des principes fondamentaux du droit du travail métropolitain. Ainsi, le législateur métropolitain adopte une conception universaliste des principes-normes. Puisque ses prérogatives le lui permettent, il est logique, pour ce dernier, d'assimiler le salarié calédonien au salarié métropolitain dans le cadre de la fixation de ses droits fondamentaux. En ce sens, il s'inscrit dans la continuité de l'ordonnance du 23 décembre 1982 qui avait étendu tout simplement les dispositions du code du travail métropolitain au salarié calédonien. En revanche, dans l'ordonnance fixant les principes directeurs du droit du travail pour la Nouvelle-Calédonie, le législateur est obligé, conformément à la loi du 6 septembre 1984, de délimiter ces principes directeurs.

710. Cette nouvelle architecture institutionnelle oblige le législateur à revoir son pouvoir et l'amène de surcroît à le partager avec une autorité concurrente. Certes, cela portera sur le même objet, en l'espèce le droit du travail, mais le champ d'intervention, aussi petit soit-il, ne sera pas semblable et n'aura pas la même portée dans le processus d'autonomie du droit du travail. En effet les autorités locales calédoniennes se trouveront peut-être devant une plus grande difficulté que le législateur métropolitain car, dans le cadre de leurs prérogatives pour définir et construire le Jus proprium, ils ne devront pas porter atteinte aux droits fondamentaux des salariés calédoniens. Ils ne pourront pas déroger aux principes directeurs du droit du travail dont le législateur métropolitain a adopté une conception large.

PARAGRAPHE 2) LA CONCEPTION LOCALE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DU TRAVAIL

711. Constatant les difficultés pour définir, appréhender les principes directeurs du droit du travail au niveau métropolitain, ce travail de qualification est nécessaire au niveau local car, à défaut, on ne pourra pas répartir d'une manière précise les pouvoirs de chaque organe.

Il faut se mettre à l'esprit que les dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985 ne sont pas limitatives, ce qui signifie que le législateur métropolitain peut les modifier et les compléter à tout instant. Quelle est la nature du pouvoir des autorités locales dans le champ du droit local du travail ? Est-ce un pouvoir de transposition, ce qui signifierait que le

congrès n'interviendrait que pour mettre en œuvre la volonté du législateur métropolitain, ou est-ce un pouvoir réglementaire, à savoir que le pouvoir local disposerait d'un pouvoir autonome du pouvoir métropolitain (A) ? La loi du 6 septembre 1984 ne donne aucun élément pour retenir la première ou la seconde thèse. En conséquence, le congrès dispose aussi d'une marge d'appréciation dans l'interprétation des principes directeurs du droit du travail (B). Cette situation, inédite dans le droit local du travail, crée une insécurité juridique dans laquelle les juges occuperont une place primordiale pour instaurer un équilibre entre ces deux pouvoirs.

A) Un droit de transposition ou un pouvoir réglementaire ?

712. L'article 5 alinéa 12 de la loi du 6 septembre 1984 relative au statut de la Nouvelle-Calédonie accorde une compétence dans le droit du travail aux autorités calédoniennes. Cette nouvelle attribution ouvre la voie d'une autonomie du droit local du travail par rapport au droit du travail métropolitain. En revanche, celle-ci n'est pas sans limite dans la mesure où elle doit respecter les principes directeurs du droit du travail fixés par le législateur métropolitain.

713. La loi du 6 septembre 1984 ne donne aucun élément pour déterminer la portée de ce nouveau pouvoir. Le rapport général de présentation au Président de la République de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 donne un début de réponse. Celui-ci énonce que « l'objectif de l'ordonnance n'est pas de prévoir un système complexe qui serait inapplicable en Nouvelle-Calédonie car inadapté à ses structures économiques, mais de fixer les règles en deçà desquelles il n'y a pas de réelle protection des travailleurs ».

714. Le congrès pourra, sur cette base, prendre toutes les mesures d'application nécessaires en tenant compte des spécificités locales et des structures économiques actuelles et futures. Ainsi pour le législateur métropolitain, le Jus proprium calédonien serait un pouvoir réglementaire sui generis. Autrement dit, il ne rentre dans aucune des classifications juridiques traditionnelles du droit positif métropolitain. Cette situation réconforte les propos de certains auteurs qui faisaientt observer « que le droit du travail de l'Outre-mer a toujours comporté quelques différences originales par rapport aux corps des règles applicables à la

matière sur le territoire de la France métropolitaine »[339].

715. Cette originalité se manifeste aussi dans l'étendue du pouvoir accordé aux autorités calédoniennes pour construire leur Jus proprium en droit du travail. Ce pouvoir réglementaire sui generis est spécifique au territoire. En effet, dans l'ordre juridique national, le pouvoir réglementaire régi par l'article 37 de la Constitution a pour effet de limiter le pouvoir du Parlement. C'est ainsi que la compétence de droit commun revient au pouvoir exécutif, plus exactement au Gouvernement, et non au Président de la République, tandis que la compétence d'exception relèverait de la compétence du Parlement. Dans le champ du droit du travail national, la compétence de droit commun est du ressort du pouvoir législatif. Cela ne signifie pas pour autant que le pouvoir exécutif est exclu. Il aura pour mission de préciser dans un cadre technique les principes fondamentaux définis par le législateur national. Sa marge de créativité sera très mince car les dispositions réglementaires ne devront pas être en conflit avec une disposition législative. Si une telle situation se présentait, le juge de l'ordre judiciaire ou administratif écarterait la disposition réglementaire.

716. Le pouvoir réglementaire sui generis de la Nouvelle-Calédonie permet à ce territoire de neutraliser le pouvoir du Parlement et de l'exécutif dans le champ du droit du travail. Ainsi le Jus proprium aura un caractère législatif et d'autres fois, une nature exclusivement réglementaire.

717. Pour illustrer ces propos, on s'appuiera sur un exemple issu du droit du travail national[340] et un second reposant sur le droit local.

Le premier vise la conclusion d'un accord avec un salarié mandaté ; l'article L. 132-26, II alinéa 3 du code du travail dispose que « les entreprises qui n'ont ni délégué syndical, ni élus du personnel peuvent négocier avec un ou plusieurs salariés mandatés par une ou plusieurs organisations syndicales représentatives dans la branche. Une fois signé, l'accord doit être soumis aux salariés selon une procédure et approuvé à la majorité des suffrages exprimés. Faute d'approbation, l'accord est réputé non écrit selon les dispositions de l'article L. 132-26, III alinéa 4 du code du travail ».

---

339 J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.
340 On s'appuiera sur l'ancienne codification du code du travail.

La seconde proposition de l'article montre toute l'étendue de la portée du pouvoir du législateur compétent pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail et n'accorder au pouvoir exécutif qu'une mission de précision. Celle-ci énonce « qu'une fois que l'accord sera signé, il revient au salarié de l'approuver selon une procédure ». Qui fixera cette procédure ? C'est là qu'intervient le pouvoir exécutif titulaire du pouvoir réglementaire conformément à l'article 37 de la Constitution. A la signature de l'accord, l'employeur dispose de 15 jours pour fixer les modalités d'organisation du référendum : conditions d'information des salariés sur le contenu de l'accord, lieu, date et heure de scrutin, déroulement du vote[341].

Le pouvoir exécutif, dans la mise en œuvre de la procédure pour l'organisation du référendum, utilisera son pouvoir réglementaire pour préciser le contenu technique de la loi. Cette précision réglementaire ne devra, ni dans son objet, ni dans ses effets, dénaturer le principe de la loi.

718. Le second exemple ramène au droit local du travail. L'article 9-1 de la loi du 13 novembre 1985 énonce que « le licenciement ne peut intervenir sans cause réelle et sérieuse. Dans le cas d'un licenciement pour un motif autre qu'une faute grave, le salarié a droit, s'il justifie chez le même employeur d'une ancienneté de services continus, à un délai-congé. La durée de cette ancienneté et des délais-congés qui s'y rapportent est fixée par une délibération du congrès. Toute clause d'un contrat individuel fixant un délai-congé inférieur à celui qui résulte des dispositions de cette délibération ou une condition d'ancienneté de services supérieure à celle qu'énoncent ces dispositions est nulle de plein droit ». La troisième proposition de l'Ordonnance s'inspire, dans sa rédaction, des dispositions de l'ancien article L. 132-26, II alinéa 3 du code du travail. A l'inverse du droit métropolitain, c'est le pouvoir exécutif qui se transforme temporairement dans le cadre de l'ordonnance en législateur national. Il aura pour mission, dans un premier temps, de fixer les principes fondamentaux du droit du travail local puis il déléguera, dans un second temps, aux autorités locales, la compétence de déterminer des éléments techniques. En l'espèce, l'article 9-1 de l'ordonnance du 13 novembre 1985 prévoit que le délai-congé s'impose à l'employeur lorsque le licenciement ne résulte pas d'une faute grave. Ayant fixé le principe, il reviendra

[341] Code du travail métropolitain, article D. 2232-3 et D. 2232-4.

au législateur calédonien[342] de déterminer les éléments techniques se rapportant à la mise en œuvre du délai-congé.

719. Malgré cette ressemblance entre la nature de ces deux pouvoirs réglementaires, il existe une dissemblance quant à leurs objets. Le pouvoir réglementaire dans le cadre du droit national est utilisé pour défendre le principe de clarté et d'intelligibilité de la loi. En effet, afin de ne pas alourdir les dispositions de l'ancien article L. 132-26, II alinéa 3 du code du travail, le législateur préfère laisser le soin au pouvoir réglementaire de préciser les éléments techniques, que ce soit dans le cadre d'un décret ou celui d'un règlement[343].

Par contre, l'immixtion des autorités locales dans le champ du droit local du travail trouve sa cause dans la question de l'émancipation. Que faut-il comprendre par cette affirmation ? Il semble que ce pouvoir réglementaire sui generis doit être interprété comme une voie d'accès pour accorder une autonomie aux autorités locales calédoniennes dans le droit du travail, conformément à la loi du 6 septembre 1984 relative au statut de la Nouvelle-Calédonie.

720. N'accordant pas une pleine autonomie aux autorités locales dans le champ du droit du travail[344], le législateur national a détourné l'objet du pouvoir réglementaire. Pour respecter ce principe du dualisme, il recourt au pouvoir réglementaire qui permet aux autorités locales du territoire de s'immiscer dans le droit du travail, domaine relevant jusque là de la compétence exclusive du législateur national.

721. Cette dichotomie montre bien que le processus d'émancipation ne peut pas être circonscrit qu'au domaine politique mais le droit y retrouve toute sa place. Pour se conformer aux dispositions de la loi du 6 septembre 1984, le législateur métropolitain a donné un nouveau sens au pouvoir réglementaire. Celui-ci, dans le territoire calédonien, s'inscrira dans le processus de construction de l'autonomie du droit local du travail. C'est une rupture avec l'ordonnance du 23 décembre 1982. En s'orientant vers une conception

[342] Il faut préciser que les délibérations prises par le Congrès ne représentent pas l'exécutif calédonien mais le pouvoir législatif calédonien. Voir J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, L.G.D.J, 2007.
[343] *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, CJFI, La documentation française, juin 2008.
[344] Le législateur est compétent pour fixer les principes directeurs du droit du travail.

assimilationniste du droit, le législateur national a de facto réduit toute autonomie normative aux autorités locales.

B) La marge d'appréciation des autorités locales

722. Malgré les incertitudes entourant la nature des pouvoirs du congrès quant à sa capacité à élaborer des dispositions normatives n'entrant pas dans le champ d'application des principes directeurs du droit du travail, le pouvoir local, à travers l'étude de quelques délibérations, a tout de même exercé pleinement ses compétences. On constate que celui-ci a pris de nombreuses délibérations.

La première est celle qui a pour fonction d'assurer les modalités d'application des dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985. Pour illustrer l'analyse on se basera sur la Délibération n°33 du 1er septembre 1988 qui avait pour objet principal de compléter les dispositions des articles 47, 48, 49 relatives aux Comités d'Hygiène, de Sécurité et des Conditions de Travail (CHSCT).

723. Selon la rédaction de l'article 47 de l'ordonnance du 13 novembre 1985, « il est institué des comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail dans les entreprises et établissements dont l'effectif est supérieur à un seuil minimum fixé par le congrès. Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail comprend le chef d'établissement ou son représentant et une délégation du personnel dont les membres sont désignés par un collège constitué par les membres élus du comité d'entreprise ou d'établissement et les délégués du personnel ». Le congrès, dans l'article 11 alinéa 1er de la délibération n°33 du 1er septembre 1988 précise d'une manière plus détaillée les dispositions de l'ordonnance. C'est la manifestation du jus proprium de l'autorité locale. En effet, il ajoute que le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail a pour mission :

1° De contribuer à la protection de la santé et de la sécurité des salariés de l'établissement et de ceux mis à sa disposition par une entreprise extérieure ;

2° De contribuer à l'amélioration des conditions de travail, notamment en vue de faciliter l'accès des femmes à tous les emplois et de répondre aux problèmes liés à la maternité ;

3° De veiller à l'observation des prescriptions légales prises en ces matières.

724. La seconde nature des délibérations porte sur celles qui transposent ou s'inspirent des dispositions du Code du travail métropolitain. La délibération n°52/CP du 10 mai 1989 relative à la durée du travail en est une illustration. Ainsi l'article 22, alinéa 5[345] est une transposition pure et simple de l'ancien article L. 212-7-1 du code du travail qui disposait que « la durée du travail de l'entreprise ou de l'établissement peut être organisée sous formes de cycles de travail dès lors que sa répartition à l'intérieur d'un cycle se répète à l'intérieur d'un cycle à l'autre ». En s'inscrivant dans ce processus de transposition ou d'inspiration des dispositions du droit du travail métropolitain, les autorités calédoniennes manifestent leur volonté de garantir les droits fondamentaux des salariés calédoniens. C'est une réponse implicite aux éventuelles critiques craignant que la compétence attribuée à une autorité locale dans le champ du droit du travail puisse réduire les droits fondamentaux des salariés.

725. La troisième nature des délibérations est celle qui s'émancipe du droit du travail métropolitain et amène les autorités locales à modifier l'ordonnance du 13 novembre 1985. La délibération n° 279 du 24 février 1988 s'inscrit dans ce cadre. On constate qu'elle s'écarte de la tutelle de l'ordonnance du 13 novembre 1985 et se détache aussi des dispositions du droit du travail métropolitain. Ainsi la mise en place du comité d'entreprise intervient lorsque l'effectif minimum de cinquante salariés et plus a été atteint de manière continue pendant les vingt quatre mois précédant la mise en place du comité d'entreprise. En revanche, dans l'ancienne rédaction de l'article L. 431-1 du code du travail, cette durée était calculée sur une période de douze mois au cours des trois années précédentes.

726. Dans l'ensemble, une grande partie du pouvoir normatif de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie relève des première et seconde catégories des délibérations. Mais doit-on en déduire pour autant qu'il était peu pertinent qu'on leur accorde une telle compétence dans la mesure où elle n'a fait que transposer ou s'inspirer du droit du travail métropolitain ? A cette question, la réponse doit être nuancée car cette

---

[345] La durée du travail de l'entreprise ou de l'établissement peut être organisée sous forme de cycles de travail dès lors que sa répartition à l'intérieur d'un cycle se répète à l'identique d'un cycle à l'autre.

première expérience dans la construction d'un Jus proprium dans le champ du droit du travail est une base pour le basculement vers une indépendance et une construction du droit du travail calédonien. L'ordonnance du 13 novembre 1985 n'a pas eu d'incidence que sur les autorités locales, mais les juridictions métropolitaines et locales ont participé à la définition jurisprudentielle des principes directeurs du droit du travail et du Jus proprium.

SECTION 2 : LES INTERPRÉTATIONS JURISPRUDENTIELLES

727. Le vide juridique laissé par la loi du 6 septembre 1984 et l'ordonnance du 13 novembre 1985 fixant les principes directeurs du droit du travail a créé une complexité du droit local du travail (§ 2). Paradoxalement, derrière le conflit de la répartition des compétences se cache aussi le conflit du pouvoir.

Afin d'atténuer cette situation, il faudra être attentif à la position jurisprudentielle des juridictions de l'ordre judiciaire qui devront trouver un juste milieu entre le Jus proprium et le Jus commune résultant de la summa divisio du droit local du travail (§ 1).

PARAGRAPHE 1 : L'INTERPRÉTATION DE L'ORDRE JUDICIAIRE

728. Faisant partie des sources du droit du travail, la jurisprudence occupe plusieurs fonctions. La première consiste à interpréter les textes adoptés par le législateur et la seconde se doit de combler les vides juridiques dans le silence des textes. Pour la mise en œuvre de cette nouvelle architecture du droit local du travail, la position des juges du fond sera déterminante pour imposer cet équilibre (A) lequel sera soumis au contrôle de la Cour de cassation (B).

A) La position des juges du fond

729. Malgré l'abrogation du code du travail du 15 décembre 1952, le Tribunal du travail n'a pas disparu ; l'expérience acquise de cette juridiction (1) sera déterminante pour orienter et guider la juridiction du second degré (2).

1) La position du Tribunal du travail

730. L'organisation des juridictions du travail en Nouvelle-Calédonie est spécifique à ce territoire et se distingue fortement de l'organisation métropolitaine. A la différence de la métropole, l'organe compétent pour le règlement des conflits individuels du travail n'est pas le Conseil des Prud'hommes mais le Tribunal du travail. Son organisation et son fonctionnement sont régis par le livre III de l'Ordonnance du 13 novembre 1985[346]. Cette juridiction va-t-elle privilégier le Jus commune, le Jus proprium ou proposer un droit du travail mixte respectant la volonté du législateur métropolitain et calédonien ?

731. Pour répondre à ces questions, un jugement rendu par le tribunal du travail de Nouméa met en évidence toutes les particularités du processus d'émancipation du droit local du travail. La première affaire est un jugement en date du 19 juillet 2002[347].

732. Le Tribunal du travail de Nouméa va, dans un premier temps, rechercher la législation applicable. Autrement dit, va-t-il s'appuyer exclusivement sur la réglementation territoriale dont les sources sont les délibérations du Congrès ou privilégier le Jus commune prenant sa source dans l'ordonnance du 13 novembre 1985 ? Il constate que M. X n'a pas la qualité de fonctionnaire. Il est contractuel d'une administration publique et, en conséquence, ce sont les dispositions de l'article 1er de l'ordonnance du 13 novembre 1985 qui s'appliquent. Les juges vont plus loin en énonçant qu'aucune clause contractuelle ne saurait déroger à ce statut d'ordre public. Une telle solution paraît logique car il est admis qu'une disposition contractuelle, lorsqu'elle est plus défavorable que la norme supérieure, ne peut déroger à la norme supérieure.

733. Par contre le Tribunal du travail poursuit son raisonnement par rapport à la portée juridique de l'ordonnance. Les juges estiment que, dès lors que M. X relève des dispositions de l'Ordonnance, il ne peut être soumis à d'autres règles, issues d'autres règlements, sous peine de dénaturer l'intention du législateur. Autrement dit, il est interdit, selon les juges, aux autorités locales de déroger aux dispositions de l'ordonnance.

---

346 J.-M. PÉREZ, thèse sous la direction B. Teyssié, *La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail*, Thèse de doctorat : droit privé, Paris 2, 1996. p. 445.

347 Tribunal du Travail de Nouméa, 19 juillet 2002, RG 01/194.

Cette solution invite à faire plusieurs observations. La première est la position que retient le juge quant à la portée de l'ordonnance par rapport au Jus proprium. Ce dernier exclut toute autonomie du législateur calédonien dans la création d'un droit local du travail ; en cas de conflits de normes, c'est le Jus commune qui s'impose aux parties. Le jugement confirme cette position en retenant que la « Nouvelle-Calédonie devait respecter les règles de fond et de forme résultant de cette ordonnance ».

734. Cette solution est la confirmation explicite que les principes directeurs du droit du travail pouvaient être assimilés aux principes fondamentaux du droit du travail métropolitain. De ce fait, il était interdit au pouvoir réglementaire métropolitain d'y déroger. Le juge calédonien retient le même raisonnement en ce qui concerne les rapports entre le Jus commune et le Jus proprium.

Ainsi, en cas de conflit entre une norme issue de l'ordonnance et une délibération du Congrès, ce sera le Jus commune qui s'imposera car ce sont des « dispositions d'ordre public ».

735. Conformément au principe dégagé par les juges du premier degré, ces derniers vont se prononcer sur la procédure et la motivation du licenciement. La solution dégagée par les juges du fond est contradictoire à plus d'un titre. Ils admettent qu'en l'espèce l'employeur devait respecter la procédure de licenciement prévue par l'ordonnance du 13 novembre 1985, par contre ils valident partiellement l'article 13 de la Délibération du 20 septembre 1996 qui autorise qu'il soit mis fin librement aux fonctions du collaborateur de cabinet. Faisant une application littérale du texte, ils estiment que celui-ci n'exclut pas une obligation pour l'employeur de motiver l'acte de rupture. Or dans la lettre de rupture en date du 7 février 2000, aucun motif n'apparaît, ce qui est une violation de l'ordonnance de 1985. Donc ils en concluent que le licenciement est irrégulier et abusif.

736. En revanche, dans la nature juridique du contrat de travail, ils estiment que celui-ci est un contrat intuitu personae qui autorise sa rupture pour des raisons politiques. Cette solution est en contradiction avec la jurisprudence bien établie de la Cour de cassation

qui exige un motif objectif pour justifier la rupture d'un contrat de travail[348]. Ainsi un motif subjectif ne peut pas justifier la rupture d'un contrat de travail. Aucun indice dans ce jugement ne permet de savoir les raisons pour lesquelles les juges du fond ont ajouté cet élément.

737. En privilégiant le Jus commune au détriment du Jus proprium, les juges du premier degré ne dénaturent-ils pas l'esprit de la loi du 6 septembre 1984 qui souhaitait accorder une compétence de droit commun aux autorités calédoniennes et une compétence d'exception aux autorités métropolitaines ? Les juges du second degré vont-ils suivre cette orientation ou vont-ils s'en détacher pour en proposer une nouvelle ? Si c'est la deuxième option qu'ils choisissent, que proposeront-ils ?

2) La position de la juridiction du second degré

738. Le 3 septembre 2003 la Cour d'appel de Nouméa a rendu l'arrêt opposant M. X, préparateur de commande à la société NOUMEA GROS[349]. Pour la résolution du litige, les juges du second degré s'appuient exclusivement sur la délibération n°281 en date du 24 février 1988 relative au contrat de travail. Pour être plus précis, ils se réfèrent aux articles 60 et 61, relevant au passage que la rédaction est identique à celle des articles L. 122-32-1 et L. 122-32-2 du code du travail métropolitain. Comment interpréter la position des autorités locales qui ont rejeté le principe de l'assimilationnisme juridique proposé par l'ordonnance du 23 décembre 1982 ? Or, les juges se fondent que sur les dispositions du droit du travail métropolitain. Ils ne font aucune preuve d'originalité pour construire un Jus proprium respectant les spécificités locales.

739. Ces articles disposent que l'employeur ne peut, au cours des périodes de suspension du travail en raison d'un accident du travail, résilier le contrat de travail à durée indéterminée que s'il justifie, soit d'une faute grave, soit de l'impossibilité de maintenir le contrat ; que toute résiliation intervenue en méconnaissance de ces dispositions est nulle. Au visa de ces articles, les juges ont infirmé le jugement rendu en première instance. Ils

---

[348] *Le contrôle par la chambre sociale de la Cour de cassation du cassation du caractère réel et sérieux de la cause de licenciement*, n° spécial *Dr. Soc.* mars 1986.
[349] CA, Nouméa, 3 septembre 2003, n° 03-100.

justifient leur décision en relevant que si la lettre de licenciement est datée du 20 mars 2001, il y a lieu de relever qu'elle n'a en fait été postée que le 21 mars 2001. Or à la date du 20 mars 2001, le Médecin du travail avait informé l'employeur qu'il revenait sur sa décision portant sur la décision d'inaptitude définitive. Elle ne pouvait plus être une cause de licenciement conformément aux dispositions des articles 60 et 61 de la délibération n°281 du 24 février 1988.

740. La seconde affaire est intéressante car elle met en évidence toutes les spécificités des enjeux du processus d'émancipation du droit du travail. L'ensemble des acteurs au niveau de la métropole et du territoire s'accorde dans le cadre de la loi du 6 septembre 1984 à admettre qu'il est nécessaire que le droit du travail respecte les spécificités de la Nouvelle-Calédonie. L'atteinte d'un tel objectif passe obligatoirement par une autonomie du droit local.

741. Or, comment construire une autonomie alors qu'une grande partie des normes sera interprétée par des magistrats qui s'inspirent et reproduisent fidèlement la jurisprudence métropolitaine ? Les juges sont-ils liés à l'esprit d'une loi qui promeut une autonomie locale ? Où doivent-ils juger les faits exclusivement au droit ? Toutes ces questions méritent de se poser car elles auront une incidence même sur l'idée d'émancipation du droit du travail. L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Nouméa le 4 mai 2005 éclairera par rapport à ces questions.

742. Cet arrêt a le mérite de mettre en lumière toute la complexité des enjeux de l'émancipation du droit du travail. En effet, la règle de droit prend forme, ne vit qu'au moment où elle est invoquée par les parties. Le juge devra trancher le litige en fonction des règles de droit émanant du législateur ou de la volonté des parties dans le cadre d'un contrat. Pour cette étude, on s'intéressera qu'à la première hypothèse. Dans ce cas, le juge dispose d'une autonomie pour interpréter la règle de droit lorsqu'elle est obscure ou incomplète quant à sa définition. Cette interprétation doit-elle se conformer à l'esprit recherché par le législateur ? Où le juge doit-il s'en tenir exclusivement à la règle de droit ? Dans l'arrêt relatif à la qualification de la démission, le juge calédonien a privilégié la deuxième hypothèse. En conséquence il s'est émancipé du législateur métropolitain pour privilégier

une fidélité à la jurisprudence de la cour de cassation, ainsi on bascule non pas dans un mimétisme législatif mais jurisprudentiel.

B) La position de la cour de cassation

743. La Cour de cassation a toujours occupé une place importante dans la construction du droit local des territoires d'Outre-mer[350]. En effet lorsque la législation de ces territoires était quasiment absente et sous domination du Gouverneur, la haute juridiction a construit une jurisprudence recouvrant plusieurs réalités.

La première reconnaissait la spécificité économique, culturelle de ces territoires. A partir de ce constat, le principe d'une réglementation spécifique qui relèverait de la compétence du Gouverneur[351] a été admis. La seconde réalité était l'exclusion de l'application de la réglementation calédonienne aux métropolitains. Ces derniers relevaient du droit du travail métropolitain. La dernière réalité, toute aussi intéressante, amenait parfois la Haute juridiction à appliquer les dispositions du droit métropolitain pour garantir les droits fondamentaux des travailleurs autochtones

744. Le droit comme l'ensemble des autres sciences évolue très vite. Ces changements peuvent être provoqués par des découvertes technologiques, scientifiques et politiques[352]. Ces nouveaux éléments conduisent aussi bien les juges du fond ainsi que la Cour de cassation à faire évoluer leur jurisprudence dans l'interprétation des textes ou, parfois, à anticiper les évolutions législatives. Pour le droit local du travail, le processus d'autonomie ne résulte pas de la jurisprudence[353] mais des autorités métropolitaines.

Par contre, la Haute Cour occupera une place majeure car il lui reviendra d'interpréter ces textes qui n'ont pas la même logique mais sont complémentaires. Les premiers, les principes directeurs du droit du travail calédonien, élaborent un Jus commune

---

350 « *La place de la Cour de Cassation dans la construction d'un droit aux colonies* », *Chantiers de l'histoire du droit colonial, 2011, Clio@Themis, revue électronique d'histoire du droit.*

351 P.-F. Gonidec*, Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966; P. Lampué, *La Promulgation des lois et des décrets dans les territoires d'Outre-mer.*

352 L' introduction des Technologies de l'Information et de la Communication a conduit à un bouleversement du droit de l'informatique, le droit médical a été modfié en profondeur avec le développement de la médecine.

353 Cela s'explique en raison de l'interdiction pour les juges de s'immiscer dans les prérogatives du pouvoir législatif ou exécutif. Ainsi la question de l'émancipation du droit du droit travail relève du domaine de ces deux pouvoirs, donc, conformément au principe de la séparation des pouvoirs l'autorité judicaire, ne pouvait trancher une telle question.

qui doit garantir les droits fondamentaux des salariés calédoniens. En revanche les seconds, les délibérations du congrès calédonien, construisent un Jus proprium qui doit participer à construire l'autonomie du droit local du travail.

745. Trois affaires vont illustrer la position de la Cour de cassation qui rencontre les mêmes difficultés que les juges du fond. Ainsi permettent-elles de montrer que la frontière entre l'autonomie, l'émancipation et l'assimilation juridique dans le droit du travail sont des notions très difficiles à appréhender dans leur mise en œuvre.

746. La première affaire concerne une salariée d'une étude notariale qui a été recrutée par plusieurs contrats successifs dans des fonctions différentes. Le premier contrat a commencé le 15 juin 1981 et s'est achevé le 1er janvier 1987. Elle occupait une fonction d'employée. Le second contrat a débuté le 1er février 1990 et s'est achevé le 14 février 1995, mais en tant qu'aide-comptable. Refusant de saisir la comptabilité sur ordinateur, l'employeur a notifié à celle-ci son licenciement. C'est dans ce contexte qu'un conflit avec piquet de grève a été déclenché devant l'étude notariale. Pour mettre un terme au conflit, un protocole d'accord a été signé le 28 mars 1995 dans lequel l'employeur s'engageait à la réintégrer au cas où son licenciement serait reconnu sans cause réelle et sérieuse par la juridiction compétente.

747. Par un arrêt en date du 1er avril 1998, la Cour d'appel de Nouméa a admis que le licenciement de Mme Y était dépourvu de cause réelle et sérieuse. Sur le visa de l'article L.122-14-3 du Code du travail, la cour de cassation rejette le pourvoi. Elle reconnaît que la cour d'appel, conformément à son pouvoir d'appréciation, pouvait décider que le licenciement ne procédait pas d'une cause réelle et sérieuse.

748. Cette solution invite à faire plusieurs observations. La première est le constat que la Cour de cassation écarte totalement les dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985 qui régissent les conditions de rupture du contrat de travail en Nouvelle-Calédonie. En effet, l'article 9-1 de l'ordonnance dispose que le licenciement ne peut intervenir sans cause réelle et sérieuse. L'employeur est tenu d'énoncer par écrit le ou les motifs du licenciement. En cas de litige, l'article 10 de l'ordonnance énonce qu'il appartient

au juge d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur. Il forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties et, au besoin, après toutes mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

La seconde observation démontre que la Cour de cassation s'oriente davantage vers une assimilation juridique entre la métropole et le territoire. En conséquence, elle s'inscrit dans le processus de la loi de 1982 et s'écarte des principes directeurs du droit du travail qui privilégient plutôt une autonomie du droit local du travail par rapport à la métropole.

Enfin pour finir, comment peut-on expliquer ce décalage entre la volonté du législateur et l'effectivité dans l'application du droit ? Cette situation démontre peut-être une méconnaissance des magistrats de la Cour de cassation des spécificités du droit local[354].

749. La seconde affaire a le mérite de mettre en lumière toute la complexité du droit du travail. On constate que les normes légales issues du Jus commune vont être en contrariété avec les normes conventionnelles locales.

M. X est employé depuis mai 2001 par la commune de Voh en qualité de chauffeur polyvalent. Il a été élu délégué du personnel en 2005. Il a été licencié pour faute grave le 23 février 2006 sans autorisation préalable du directeur du travail.

750. La commune de Voh a formé un pourvoi contre l'arrêt rendu par la Cour d'appel de Nouméa. Elle soutient que les juges du fond ont violé, par fausse application, les articles 9 et 15 de la convention collective précitée et l'article 89 de l'ordonnance du 13 novembre 1985, a commis un excès de pouvoir et violé le principe de la séparation des pouvoirs et la loi des 16 et 24 août 1790.

La cour de cassation ne répond pas à la question des demandeurs au pourvoi. Pour toute réponse, elle propose une solution en trois temps. Dans un premier temps, elle se réfère aux dispositions de l'article 89 de l'ordonnance du 13 novembre 1985 relative aux principes directeurs du droit du travail, et à l'organisation et au fonctionnement de l'inspection du travail en Nouvelle-Calédonie. Cet article 89 précise les dispositions communes aux délégués syndicaux et aux délégués du personnel, et notamment celles de l'article 75 selon lesquelles le licenciement de ces salariés protégés ne peut intervenir que sur autorisation de

[354] J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.

l'inspecteur du travail. Par contre ces dispositions ne sont pas applicables à l'État, aux collectivités publiques et aux établissements publics administratifs. Dans un second temps, elle cherche à savoir si cette mesure d'exclusion ne concerne que les fonctionnaires et agents publics relevant du statut général des fonctionnaires des communes de la Nouvelle-Calédonie. En dernier lieu, si tel est le cas, il pourrait en résulter une demande d'autorisation de l'inspecteur du travail avant tout licenciement d'un agent contractuel d'une commune titulaire de l'un des mandats prévus par la convention collective des personnels ouvriers et assimilés des services publics du 10 septembre 1959.

Ainsi le litige pose une question sérieuse quant à la légalité de la décision par laquelle l'autorité administrative a refusé d'examiner la demande d'autorisation concernant M. X., mettant en jeu la séparation des autorités administratives et judiciaires. Sur la base de ce raisonnement, elle renvoie la question devant le tribunal des conflits qui devra déterminer le statut de M. X[355].

751. Une fois de plus, on constate que le raisonnement de la Cour de cassation est insensible par rapport à la dualité du droit local du travail. Cette dernière prend des normes issues du droit métropolitain. Paradoxalement, cette autonomie du droit local du travail ne se heurte pas à une volonté du législateur métropolitain mais à un obstacle jurisprudentiel. Cela peut se comprendre dans la mesure où la Cour de cassation est garante de l'unité et de la cohérence de la règle de droit. Pour remplir sa mission, elle utilise l'ensemble des ressources normatives mises à sa disposition. Dans son esprit, la Nouvelle-Calédonie n'est pas un cas isolé ; elle fait partie de l'espace juridique métropolitain. En conséquence, la Cour de cassation s'oriente vers l'application du principe de l'identité législative.

PARAGRAPHE 2 : LA COMPLEXITÉ DU DROIT LOCAL DU TRAVAIL

752. L'inflation normative est un phénomène spécifique dans le droit positif contemporain. Cette réalité a eu pour effet d'accroître aussi la complexité du droit et

[355] Tribunal des conflits, 25 mars 1957, Sieurs Cagliardi et autres, n° 1614, p. 813. Selon une jurisprudence constante du Tribunal des conflits, les agents contractuels de l'Administration qui ne sont pas soumis à un statut de droit public ou de fonction publique relèvent du droit du travail ; donc c'est le Tribunal du travail de Nouméa qui est compétent en cas de litige.

d'écarter les destinataires dans son appropriation. Ainsi, parfois, même l'effectivité de la règle de droit est remise en question, car trop de lois tuent les lois[356]. La Nouvelle-Calédonie n'échappe pas à ce phénomène depuis la summa divisio du droit du travail résultant de l'ordonnance du 13 novembre 1985. Cette complexité prend sa source dans les incertitudes quant à la répartition des compétences entre le pouvoir métropolitain et le pouvoir local intervenant dans le même domaine (A). Cette complexité du droit du travail peut parfois cacher certaines analyses inattendues. En effet, depuis la loi du 6 septembre 1984 qui oriente la Nouvelle-Calédonie vers un processus d'émancipation, cette situation impacte directement le droit local du travail qui est en constante mutation. Ainsi ce processus d'émancipation serait un motif d'intérêt général dérogatoire qui pourrait justifier la complexité du droit local du travail (B).

A) Incertitudes dans la répartition des compétences

753. L'inflation normative occupe dans les sciences juridiques une place importante. Ce problème paraissait sans réponse ; car comment pourrait-on interdire au législateur de légiférer alors que c'est l'une de ses premières fonctions ? Le Conseil d'État l'avait déjà interpellé sur cette problématique. Cette inflation normative conduisait aussi à une complexité des règles de droit. Ainsi, les destinataires de la loi ne pouvaient plus se l'approprier en raison de son inintelligibilité. Le gardien de la Constitution n'est pas resté indifférent aux enjeux de la simplification du droit.

754. Dans une décision n° 99-412 en date du 16 décembre 1999, le Conseil constitutionnel a élevé au rang d'objectif de valeur constitutionnelle le principe de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi[357]. La définition qu'il retient de l'intelligibilité de la loi « s'entend comme la garantie que le contenu de la règle peut être compris par le citoyen intéressé par elle. L'accessibilité signifie qu'aucun obstacle n'est opposé à l'accès matériel au texte de cette règle »[358]. La Cour européenne des droits de l'homme n'est pas restée étrangère à ces enjeux juridiques puisqu'elle a admis dans sa jurisprudence que la loi

---

356 *Sécurité juridique et complexité du droit* - Rapport public du Conseil d'Etat, 2006.
357 Décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC 16 décembre 1999, *Rec.* p. 136.
358 *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, CJFI, La documentation française, juin 2008 p. 7.

doit être accessible et prévisible pour le citoyen[359].

755. Pour le droit du travail, cette complexité trouve ses origines, non pas en raison d'une inflation normative, mais dans de multiples mécanismes. En effet le droit local du travail, si l'on se base exclusivement sur les textes, repose principalement sur les principes directeurs du droit du travail issus de l'ordonnance du 13 novembre 1985[360] et les délibérations du Congrès. Donc, cette complexité est ailleurs. Plusieurs axes permettent de l'identifier.

756. Le premier repose sur les différentes logiques qui se cachent dans le processus d'émancipation du droit du travail. En effet le droit, avant d'être un ensemble de règles normatives écrites ou coutumières ayant pour objet de réguler les rapports sociaux, repose sur une ou plusieurs logiques qui sont parfois visibles ou invisibles pour les destinataires. L'illustration de ces propos pourraient s'appuyer sur le Préambule de la Constitution de 1946 ; la logique ou les logiques du texte en ce qui vise les territoires de l'Outre-mer sont de garantir l'égalité juridique entre les citoyens métropolitains et les citoyens autochtones. L'effectivité juridique de ce principe logique s'est matérialisée dans un ensemble du corpus juridique, et les juges métropolitains et outre marins l'ont mis en œuvre dans l'élaboration de leur jurisprudence.

En revanche, la deuxième logique explicite était d'aider ces peuples autochtones à s'émanciper de la métropole. Que cache cette notion d'émancipation ? S'oriente-t-elle vers une logique autonomiste, indépendantiste, ou vers un système mixte qui regrouperait ces deux réalités (1). En se basant sur le droit du travail, reflet de l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, le législateur a suivi plusieurs logiques qui ont conduit malheureusement à rendre plus complexe le droit local du travail accentué par la multiplicité de ses sources (2).

---

[359] CJCE, arrêt du 9 juillet 1981, *Administration des douanes c/ Société anonyme Gondrand Frères et Société anonyme Garancini*, 169/80, § 17 ; CEDH, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, 26 avril 1979, A/30, § 49.

[360] On constatera que le nombre des articles dans l'Ordonnance est très faible par rapport au code du travail métropolitain.

1) Logique autonomiste, indépendantiste et assimilationniste

757. Le droit des personnes n'est pas étranger par rapport à la question de l'émancipation. En effet la majorité, selon l'article 488 du code civil, n'est-elle pas fixée à 18 ans ? L'article ajoute qu'à cet âge, on est capable de tous les actes de la vie civile. Cette émancipation juridique signifie-t-elle pour autant une indépendance à l'égard de la cellule familiale ? La réponse est bien évidemment négative[361]. Avoir une totale capacité juridique ne signifie pas pour autant que l'on est autonome ou indépendant. Ainsi cette réalité juridique met en évidence d'autres logiques sociales, économiques qui font que les dispositions sur l'émancipation deviennent plus complexes.

758. Par analogie, il en est de même pour le droit du travail ; l'émancipation recouvre plusieurs logiques qui en augmentent la complexité et sont contraires à la jurisprudence du Conseil constitutionnel relative au principe d'intelligibilité et de clarté de la loi[362]. La première logique qui a été rejetée par le législateur métropolitain et calédonien est le principe de l'assimilation juridique. Cela s'est traduit par l'adoption de l'ordonnance du 13 novembre 1985 qui a remplacé celle du 23 décembre 1982. Mais en parallèle, ce processus d'exclusion de l'assimilation juridique ne s'est pas traduit dans le cadre du contentieux relatif au droit du travail. On observe que les juridictions du fond comme le juge de cassation utilisaient parfois exclusivement les textes métropolitains pour examiner la demande des parties. Dans d'autres cas, c'est le Congrès calédonien qui recopie dans ses délibérations les dispositions du Code du travail métropolitain.

759. La seconde logique que pourrait recouvrir la notion d'émancipation est celle de l'indépendance à l'égard du droit du travail métropolitain. Dans ce processus, il n'y aurait quasiment plus de conflits entre l'articulation des normes dans le droit local du travail et le droit métropolitain. Cette voie a été écartée par le législateur métropolitain. Cela ne signifie pas pour autant que cette logique n'ait pas été réclamée en interne.

La dernière logique s'est orientée vers un processus autonomiste du droit local du travail. L'ordonnance du 13 novembre 1985, prenant sa source dans la loi du 6 septembre

---

[361] Avec l'évolution de l'économie et l'allongement des études, les enfants restent plus longtemps sous la responsabilité familiale matériellement. Donc, il faut bien dissocier l'indépendance juridique de l'indépendance financière.

[362] Décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC 16 décembre 1999, *Rec.* p.136.

1984[363], a essayé de construire cette autonomie qui avait pour objectif d'accorder un espace juridique plus large aux autorités politiques locales. Celui-ci devait se construire sur la base d'un Jus proprium local.

Paradoxalement cette logique, aussi louable soit-elle, a créé une complexité du droit local du travail. En effet, la frontière entre le Jus commune et le Jus proprium n'a pas été saisie par les destinataires de la norme. Cette summa divisio, qui est une innovation dans le droit local du travail, ne s'est pas matérialisée dans les faits.

760. Derrière le concept juridique du Jus commune ou du Jus proprium apparaît la problématique générale de l'articulation des sources du droit du travail dans le territoire. Dans la mesure où plusieurs logiques se construisent en Nouvelle-Calédonie dans le champ du droit du travail, cela a pour effet indirect de complexifier le droit du travail, donc de le rendre inintelligible. Ces processus sont parfois complémentaires, concurrents. Il arrive même que les juridictions calédoniennes et la Cour de cassation soient insensibles à ces évolutions et s'appuient sur la stabilité de la jurisprudence métropolitaine pour dégager une solution.

761. Les législateurs calédonien et métropolitain ont aussi négligé un autre aspect du droit du travail qui marque sa singularité par rapport aux autres disciplines du droit. Un auteur l'avait soulevé en rappelant que le droit du travail ne se réduit pas au seul Code du travail. Ces sources sont multiples, car la relation contractuelle qui relie l'employeur et le salarié recouvre plusieurs réalités juridiques[364]. Ainsi les autorités métropolitaines n'ont pensé l'émancipation qu'en se basant sur le droit du travail, négligeant le principe de la multiplicité des sources du droit local du travail.

2) Les sources multiples du droit local du travail

762. L'autonomie voulue par le législateur métropolitain pour le droit local du travail s'est matérialisée dans l'ordonnance du 13 novembre 1985. Cette logique

---

363 Article 5 alinéa 12 de l'ordonnance du 6 septembre 1984.

364 Cela comprend les relations individuelles, les relations collectives, les droits fondamentaux et aussi le statut du contrat de travail qui est indépendant de la volonté des parties sur ce dernier point voir P. LOKIEC, *Contrat et pouvoir: essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004.

autonomiste s'est heurtée aux autres logiques du droit métropolitain qui ne sont pas concernées. Pour illustrer ces propos on s'appuiera sur les conditions de formation du contrat de travail soumis au droit commun lequel doit se conformer aux dispositions du code civil; or celui-ci relève de la compétence exclusive de la métropole. Il n'existe aucune summa divisio dans ce domaine entre la métropole et le territoire. Donc, si un salarié souhaite contester le bien fondé de sa démission, le juge calédonien s'appuiera exclusivement sur les notions civilistes pour vérifier si le consentement a été clair et non équivoque.

763. Cette situation a créé une insécurité juridique. Car au-delà de la multiplicité des textes qui régissent le droit du travail, ces derniers ne s'inscrivent pas dans la même logique. Parfois, dans certains contentieux, le recours au Jus commune ou au jus proprium est inopérant car le fondement juridique de la prétention des parties repose sur des dispositions qui relèvent de la compétence exclusive du législateur métropolitain[365]. Lorsque ces textes sont adoptés, ils respectent les principes primaires de la loi qui doit être générale et impersonnelle. En conséquence, ils ne peuvent pas prendre en considération les spécificités économiques, culturelles de la Nouvelle-Calédonie. De plus, le législateur métropolitain est indifférent par rapport aux notions de l'assimilation, de l'indépendance ou de l'autonomie juridique. On rétorquera que, dans le cadre du principe de spécialité législative, les autorités calédoniennes pourront toujours prendre des mesures pour adapter la loi métropolitaine aux réalités calédoniennes.

B) Le processus d'émancipation: un motif d'intérêt général

764. Dans une décision du 29 décembre 2005, le Conseil Constitutionnel, dans un considérant remarquable[366], a admis pour la première fois « que des motifs d'intérêt général suffisants peuvent justifier la complexité de la loi ». Serait-ce un aveu d'abandon de sa jurisprudence en date du 16 décembre 1999 dans laquelle il élève au rang d'objectif de valeur constitutionnelle le principe de l'intelligibilité et de l'accessibilité de la loi ?

---

[365] Cela vise essentiellement le régime juridique du contrat de travail à durée indéterminée, le statut de l'inspecteur du travail ou du Tribunal du travail.

[366] Décision du Conseil constitutionnel n° 2005-530 du 29 décembre 2005. Considérant 80, *Rec.*, p. 168.

765. La question paraît légitime car comment peut-on expliquer cette association entre ces ceux notions qui recouvrent deux réalités différentes alors que la décision du 16 décembre 1999 semblait faire consensus[367] et ne pouvait, à la différence de la propriété privée, faire l'objet d'aucune exception ? Cette décision est intéressante ; elle permettrait d'expliquer les raisons pour lesquelles il serait difficile au Gardien de la Loi Fondamentale de censurer la complexité du droit local du travail.

766. Mais avant de parvenir à cette explication, il sera nécessaire d'envisager une définition de la notion d'intérêt général. Apparue dans le droit administratif[368], elle est pour certains auteurs « une notion qui embarrasse le juriste. » Elle est floue et, par conséquent, très variable et peut paradoxalement être aussi une source d'insécurité juridique en raison des incertitudes pour la définir. C'est la raison pour laquelle d'autres auteurs n'hésitent pas à affirmer que l'intérêt général « n'aurait à la limite aucun sens ».

767. Cependant il est nécessaire de nuancer ces propos. En effet cette notion revêt une importance capitale en droit du travail. Selon la définition retenue par certains auteurs, « le public est dominé par l'intérêt général… Le privé est au contraire dominé par l'intérêt particulier »[369]. Cette approche est intéressante mais elle est insuffisante pour saisir toute la portée de cette notion.

768. En recherchant sa fonction, il sera plus facile de définir réellement l'intérêt général. En premier lieu dans le domaine du droit administratif, il se justifie « dès lors que les autorités administratives, dans leur rôle de maintien de la cohésion sociale, bénéficient de prérogatives et soient soumises à des sujétions exorbitantes du droit commun »[370]. En second lieu, cette notion en droit constitutionnel sera un outil de limitation du pouvoir législatif. Ainsi le législateur, lorsqu'il votera une loi, devra l'adopter en prenant en compte la satisfaction du bien-être général, autrement dit de l'intérêt général. Paradoxalement, il aura pour mission de le définir. En revanche, il relèvera de la compétence du juge constitutionnel, dans le cadre du contrôle de constitutionnalité, de vérifier que la loi votée

---

367 *La légistique ou l'art de rédiger le droit*, CJFI, La documentation française, juin 2008.

368 D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse Bordeaux, 1975 (dactylographiée.).

369 J. Chevallier, « *L'intérêt général dans l'Administration française* », RISA, 1975, p. 327.

370 *Ibid.*

par le Parlement est conforme à l'intérêt général. Son raisonnement va parfois plus loin. Il permettra à ce même législateur de réguler certaines libertés constitutionnelles en se fondant sur l'intérêt général.

769. C'est notamment le cas dans deux décisions de principe. La première vise la propriété privée. Dans une décision n°60-6 L du 8 juillet 1960[371], le Conseil Constitutionnel, pour la première fois, s'appuie sur le concept d'intérêt national pour limiter les dispositions des articles 2 et 17 de la DDHC de 1789 qui « affirmaient la prééminence du droit de propriété ». Selon les auteurs de ce texte, c'est un droit quasiment divinisé car il est « naturel et imprescriptible et revêt un caractère inviolable et sacré ». Dans cette décision qui s'inscrit dans un processus de désacralisation de la propriété, le Conseil admet des limitations réglementaires et législatives afin de « permettre certaines interventions de la puissance publique jugées nécessaires, dans l'intérêt national, sur le plan économique et social ».

La décision n°81-132 DC du 16 janvier 1982 s'inscrit dans la parfaite continuité de la décision de 1960, mais elle est plus limpide et plus claire en posant le principe que « le droit de propriété peut faire l'objet de limitations exigées par l'intérêt général ».

770. La seconde décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979[372] vise le droit du travail puisqu'il concerne le droit de grève garanti constitutionnellement par l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946. Pour la première fois dans un considérant remarquable, il énonce « que le droit de grève est un principe de valeur constitutionnelle mais qu'il a des limites et les constituants ont habilité le législateur à tracer celles-ci en opérant la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels dont la grève est un moyen et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève peut être de nature à porter atteinte ».

771. En retenant cette solution, le Conseil constitutionnel admet que l'intérêt général peut être un motif pour règlementer certains droits constitutionnels donc conduira parfois à la restriction de ces derniers. Derrière cette notion de conciliation, on retrouve la notion d'équilibre des pouvoirs afin que le plus grand nombre ne soient pas lésés dans leurs

---

371 Décision du Conseil constitutionnel n° 60-6 L DC du 8 juillet 1960, *Rec.* p. 34.

372 Décision n°79-105 DC du 25 juillet 1979, Rec. p. 33.

droits constitutionnels, en l'occurrence le droit à « la protection de sa santé ».

772. C'est par le biais de l'intérêt général que la puissance publique a justifié son interventionnisme dans les relations individuelles et collectives en droit du travail[373]. La sœur jumelle de l'intérêt général en droit du travail est l'ordre public social qui a pour effet d'encadrer les pouvoirs de l'employeur. Ainsi la rupture du contrat de travail comme la sanction disciplinaire obéissent à des règles de fond et de forme. Dans le premier cas, l'employeur sera soumis à une obligation de justifier les motifs de sa décision, dans le second cas, cette décision devra respecter une procédure prévue par le législateur[374].

773. Le droit local du travail n'est pas resté insensible à la question de l'intérêt général. Mais il reposait avant tout sur le processus d'émancipation. La dualité entre le pouvoir métropolitain et le pouvoir local contribue à la complexité du droit.

Ainsi le pouvoir constituant aurait-il érigé comme un principe d'intérêt général l'émancipation du droit local du travail ? Si tel est le cas, cela peut-il justifier actuellement la complexité de ce droit local en raison de la multiplicité de ses sources et de ses objectifs qui créent une insécurité juridique ?

774. La réponse à la première question semble se trouver dans le préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, partie intégrante du bloc de constitutionnalité de la Constitution de 1958. Dans la dernière partie du Préambule de la Constitution de 1946, il est indiqué que « la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ». Le droit local du travail rentre-t-il dans le champ d'application du Préambule ? La réponse semble être positive dans la mesure où, depuis 1982, le pouvoir métropolitain a mis en place une politique volontariste pour élaborer un processus d'autonomie du droit local du travail.

775. Doit-on en déduire que l'émancipation du droit du travail peut être un motif d'intérêt général qui justifierait pour ces mêmes raisons une limitation des

---

[373] J. Le Goff, *Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail,* Presses Universitaires de Rennes, 2004.

[374] Le licenciement du salarié rentre parfaitement dans ce processus. Au delà de la qualification de la faute, l'employeur devra respecter une procédure qui parfois pourra conduire, en cas de non respect de celle-ci, à la nullité de la décision. Article L. 1232-2 à L. 1232-14 du code du travail.

compétences du législateur métropolitain dans le champ du droit local du travail ? Cette question renvoie à une réflexion d'un auteur qui faisait remarquer que le droit du travail est une terre d'élection de la complexité. Il semblerait que le constat soit le même pour la Nouvelle-Calédonie. Mais cette complexité ne se résume pas exclusivement au droit du travail. Elle est plus large puisqu'elle vise directement l'organisation administrative, institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie qui s'inscrivent aussi dans un processus d'émancipation.

776. Le Conseil constitutionnel, dans une décision n° 91-290 en date du 9 mai 1991, admet implicitement que le processus d'émancipation de la Nouvelle-Calédonie, englobant aussi le droit local du travail, puisse être un motif d'intérêt général qui aura des incidences sur l'insécurité juridique en raison de la multiplicité des sources du droit. Cela conduira à une complexité du droit local du travail qui pourrait être justifiée pour des motifs d'intérêts généraux. En effet, dans son considérant, le Conseil énonce « que la Constitution de 1958 distingue le peuple français des peuples d'Outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination »[375].

777. Reconnu constitutionnellement, le droit à la libre détermination a pour effet d'admettre que l'émancipation du droit local du travail puisse engendrer une complexité. Ce motif d'intérêt général est-il suffisant pour justifier la complexité des lois successives en Nouvelle-Calédonie ayant construit l'autonomie du droit local du travail ?

778. Dans sa décision numéro 2005-530 du 29 décembre 2005, le Conseil constitutionnel donne peu d'éléments pour qualifier ces motifs de suffisants, lesquels pourront permettre de justifier qu'une loi puisse déroger à la décision du 16 décembre 1999. Selon une analyse approfondie de la décision, le raisonnement du Conseil se construit en deux temps. Dans un premier temps, il essaie de regarder l'objectif visé par la loi. En l'espèce, cela concernait une loi fiscale qui visait une augmentation des gains pour le budget de l'État. Dans un second temps, le juge constitutionnel regarde si la complexité des dérogations fiscales prévues par la même loi permet d'atteindre l'objectif fixé initialement.

---

[375] Décision du Conseil constitutionnel n° 91-290 du 9 mai 1991, Rec. p. 50.

779. Sur la base de ce dernier critère, le Conseil constate que « la complexité du dispositif organisé par l'article 78 pourrait mettre une partie des contribuables concernés hors d'état d'opérer les arbitrages auxquels les invite le législateur ; que, faute pour la loi de garantir la rationalité de ces arbitrages, serait altérée la justification de chacun des avantages fiscaux correspondants du point de vue de l'égalité devant l'impôt ». Il en déduit avec une netteté implacable que « la complexité de l'article 78 est excessive ». Après un tel raisonnement le Conseil reconnaît que cette complexité nouvelle imposée aux contribuables ne trouve sa contrepartie dans aucun motif d'intérêt général véritable.

780. Ainsi, la complexité repose avant tout sur les incertitudes liées à l'imprécision dans la répartition des compétences entre le pouvoir métropolitain et le pouvoir local. Ainsi, les principes directeurs déterminés par l'Ordonnance du 13 novembre 1985 remplissent-ils les objectifs fixés par la loi du 6 septembre 1984, qui prévoyaient que l'État serait compétent pour les fixer. Soumis à l'analyse, ce texte suscite beaucoup d'interrogations. Il est quasiment impossible de déterminer sa place dans la hiérarchie des normes. Ces incertitudes ont pour effet de voir les plaideurs comme les juridictions nationales appuyer leurs demandes ou justifier leurs solutions en s'appuyant sur les dispositions législatives et réglementaires métropolitains.

781. De ce fait les objectifs, fixés par le législateur métropolitain, qui consistaient à permettre la construction d'un Jus proprium local en droit du travail, n'ont pas été atteints car il existait une dichotomie entre la volonté initiale et l'élaboration de l'Ordonnance du 13 novembre 1985. Ce décalage entre le droit et le fait a créé une insécurité juridique quant à la norme applicable dans le droit local du travail. Ce processus d'émancipation s'inscrit plus dans une logique autonomiste, est-il suffisamment rationnel ? Autrement dit le droit peut-il être réparti entre deux organes distincts qui ne s'inscrivent pas dans la même rationalité ? Le pouvoir métropolitain, en adoptant une conception large des principes directeurs du droit du travail, affirme sa souveraineté[376] tandis que le pouvoir local calédonien tente de construire sa propre légitimité en élaborant un Jus proprium qui corresponde aux réalités du territoire.

[376] L'État conserve un privilège par rapport à la Nouvelle-Calédonie car c'est lui qui déterminera les principes directeurs du droit du travail applicables sur le territoire. Plus ces derniers sont larges, plus l' État affirme sa souveraineté, donc son pouvoir.

782. En reprenant les dispositions de l'alinéa 18 du préambule de la Constitution de 1946[377] et en s'appuyant sur la décision numéro 2005-530 du Conseil du 29 décembre 2005, on peut conclure que le processus d'émancipation du droit du travail peut être classé comme un objectif d'intérêt général qui pourrait constituer un motif suffisant pour justifier une complexité du droit local du travail. Cette analyse trouverait son fondement dans la décision n° 91-290 du Conseil constitutionnel du 9 mai 1991 qui admet que la Constitution de 1958 distingue le peuple français, des peuples d'Outre-mer auxquels est reconnu le droit à la libre détermination. Pour parvenir à construire ce droit à l'autodétermination, deux voies sont possibles. La première reconnaîtrait immédiatement l'indépendance de la Nouvelle-Calédonie. Cela conduirait à un transfert immédiat des attributs de la Souveraineté à ce territoire. Ainsi les complexités relatives à la répartition des compétences entre le territoire ne se poseraient plus. La France a écarté cette option. Elle a plutôt privilégié la seconde voie que l'on pourrait qualifier de médiane.

Le droit à l'autodétermination se construirait par étapes afin de trouver un juste équilibre entre les différentes communautés et garantir la paix sociale sur l'île.

783. Pour construire ce processus d'émancipation en droit du travail, le pouvoir métropolitain a réduit l'étendue de sa Souveraineté et mis en place un système de répartition des compétences entre la Nouvelle-Calédonie et la métropole. C'est la raison pour laquelle que les différentes ordonnances organisant la répartition des compétences entre les deux pouvoirs étaient des textes provisoires, amenés par la suite à évoluer afin de respecter l'objectif initial prévu par la Constitution qui est le droit à la libre détermination reconnu au peuple d'Outre-mer. Cela peut convenir, si l'on s'inscrit dans un processus par étapes, par la construction et l'élaboration d'un Jus proprium dans le droit local du travail.

784. Mais cette répartition de compétences entre le Jus commune et le Jus proprium a montré ses limites. La première vise les destinataires. Les justiciables et l'institution judiciaire ne se sont pas appropriés les textes spécialement conçus pour le territoire. Ils ont continué à utiliser les dispositions du Code du travail métropolitain pour

[377] Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires; écartant tout système de colonisation fondé sur l'arbitraire, elle garantit à tous l'égal accès aux fonctions publiques et l'exercice individuel ou collectif des droits et libertés proclamés ou confirmés ci-dessus.

appuyer leurs demandes devant les juridictions calédoniennes et métropolitaines.

La seconde limite repose sur une ambiguïté terminologique dans la notion d'émancipation.

Le législateur métropolitain, dans ces différentes ordonnances de 1982 et de 1985, ne retient pas la même définition. Dans un premier cas, il adopte une position universaliste du droit du travail ; donc pour lui, l'émancipation doit marquer une rupture du droit local du travail avec le Code de 1953 qui dissocie la Nouvelle-Calédonie de la métropole. Par contre, dans l'ordonnance de 1985, le législateur métropolitain adopte une autre conception de l'émancipation du droit du travail. Ce sera une conception autonomiste du droit local du travail qui conduit à la mise en place d'un système complexe de répartition des compétences entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie.

La troisième limite démontre une fois de plus que le droit du travail est très lié à la nature et à l'évolution des institutions d'un territoire, d'un État. Pour la Nouvelle-Calédonie, cette affirmation se confirme. En effet après l'adoption de l'ordonnance du 13 novembre 1985, les institutions calédoniennes poursuivaient leur évolution institutionnelle qui invoquait directement le droit pour la « minorité kanak », en tant que peuple d'Outre-mer, à demander leur droit à l'autodétermination, donc à l'acquisition de leur Souveraineté.

785. Cette nouvelle revendication aura des conséquences sur le processus d'émancipation du droit local du travail. En effet, l'apparition de la question de l'indépendance du territoire aura des incidences irréversibles sur la summa divisio.

La conception locale du droit du travail va disparaître pour laisser la place au droit du travail calédonien qui exprimera, non plus une autonomie, mais une indépendance.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

786. L'ordonnance du 13 novembre 1985 est innovante ; elle s'inscrit dans la continuité du Code du travail des territoires d'Outre-mer du 15 décembre 1952. Mais son champ d'application est plus restreint de ce fait elle ne vise que la Nouvelle-Calédonie. Elle se distingue tout de même de l'ancien Code du travail des territoires d'Outre-mer car elle n'exprime pas l'exclusivité du pouvoir métropolitain ; le Congrès territorial dispose d'une compétence normative en dehors des principes directeurs du droit du travail.

787. En déterminant les principes directeurs du droit du travail, on observe que ceux-ci s'inscrivent dans la construction d'un Jus commune qui s'impose aux autorités locales. Cette summa divisio du droit local du travail aura pour effet d'accorder une place importante aux juridictions judiciaires et administratives qui devront garantir les compétences respectives de chacun des pouvoirs.

788. Il est intéressant d'observer que ce sont les juges qui déterminent réellement la portée du processus d'émancipation du droit local du travail. Autrement dit, en privilégiant le Jus proprium, ils adoptent une conception autonomiste ; en revanche, en accordant une prééminence au Jus commune, ils renforcent le pouvoir métropolitain.

789. L'ordonnance du 13 novembre 1985, en cherchant le compromis entre les différentes sensibilités politiques du territoire, a conduit à une complexité du droit local du travail. Seule une répartition claire et précise des attributions dans le champ du droit du travail entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie pourra résoudre cette difficulté que connait aussi le droit métropolitain.

CONCLUSION PARTIE I

790. La réflexion sur l'émancipation du droit du travail permet de constater que, très tôt, cette discipline avait un régime particulier avec le droit du travail métropolitain. Un auteur[378] a très bien montré que ce particularisme juridique faisait basculer le droit de l'Outre-mer dans un processus de droit comparé. Autrement dit, on compare deux systèmes juridiques de deux États différents. Mais dans le cadre de notre sujet, les territoires d'Outre-mer ne sont pas des États au sens juridique dans la mesure où ils ne sont pas titulaires d'une pleine souveraineté.

791. La Nouvelle-Calédonie n'échappe pas à cette complexité juridique ; partie intégrante de la Nation, elle sera soumise à un régime constitutionnel différent. Le droit local du travail sera impacté. Ainsi l'émancipation du droit du travail prend sa source dans l'organisation constitutionnelle construite par la métropole avec ses territoires d'Outre-mer.

792. Cette autonomie qui relevait de la compétence du Gouverneur du territoire était contestable car elle manifestait le pouvoir d'une seule personne ; elle remettait en cause le fondement même de la notion de statut du salarié qui a pour finalité de limiter les pouvoirs d'une personne considérée comme la plus forte afin d'équilibrer la relation contractuelle.

793. L'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie a permis une remise en question de ce régime dérogatoire par rapport au droit du travail métropolitain. Gagnés par la mystique de l'égalité, « les peuples autochtones » demandent que cette autonomie disparaisse afin d'avoir le même régime protecteur que les salariés de la métropole. Donc le principe d'égalité garanti par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 est l'axe utilisé par le législateur métropolitain pour imposer une assimilation du droit du travail métropolitain au droit local du travail. Malgré cet acquis, les évènements politiques sur le territoire ont tout bousculé et ont donné un autre visage de l'émancipation du droit du travail. Car elle devient une autonomie limitée qui permet tout de même aux autorités

[378] P.-F. GONIDEC, *Droit d'Outre-mer*, Montchrestien, 1959-1960.

calédoniennes de construire un droit local du travail qui tente de répondre à la réalité sociale des calédoniens.

794. L'ordonnance du 13 novembre 1985 a permis de fonder les bases de ce droit local du travail qui accordait la compétence exclusive au pouvoir métropolitain pour déterminer les principes directeurs du droit du travail conformément à la loi du 6 septembre 1984. Cette conception de l'autonomie du droit local du travail aurait pu perdurer. Des évènements politiques ont eu des conséquences irréversibles sur le processus d'émancipation du droit du travail. Dorénavant, depuis les accords de Nouméa de 1998, ce droit exprimera une indépendance qui, dans le contexte calédonien, aura une définition particulière.

PARTIE II : L' INDÉPENDANCE DU DROIT DU TRAVAIL

795. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 a marqué ou révolutionné la société française au XVIIIème siècle. Cette révolution ne s'est pas cantonnée au seul domaine juridique, mais elle a aussi marqué les rapports sociaux et posé les bases d'une société nouvelle[379]. Ce texte est le produit d'un rapport de force qui a permis à un courant de construire les nouveaux fondements d'une société.

796. L'accord de Nouméa du 5 mai 1998 s'inscrit parfaitement dans ce cadre mais, à la différence de la DDHC de 1789, elle exprime un compromis entre les différents courants d'un territoire et c'est l'État, à travers ses représentants,[380] qui va amener ces oppositions à construire un destin commun sur la base d'un accord. Comme l'énonce le point 5 de l'accord, ce compromis définit pour vingt années l'organisation politique de la Nouvelle-Calédonie et les modalités de son émancipation. C'est peut-être la première fois, dans l'histoire constitutionnelle de l'État, qu'un texte occupe une place aussi importante dans la construction d'un équilibre entre des oppositions n'ayant pas la même vision pour le futur d'un territoire d'Outre-mer.

797. Ce texte intéresse directement cette étude qui porte sur l'émancipation du droit du travail car, s'inscrivant dans la continuité de la DDHC de 1789 et du préambule de la Constitution de 1946, les questions de l'emploi, du travail occupent une place majeure dans la construction de ce destin commun.

Ainsi les signataires de l'accord de Nouméa ont posé certains principes qui impacteront la perception de l'émancipation du droit du travail. Selon les dispositions du point 5 de l'accord, pour « tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie ». Quelle autorité sera compétente pour prendre de telles mesures qui marqueront un tournant, une rupture dans le droit du travail métropolitain construit sur la limitation des pouvoirs de l'employeur et, plus récemment, sur la découverte, la construction

[379] Saint-Just, *L'esprit de la Révolution*, Union générale d'éditions, 1988.
[380] Le Haut-Commissaire.

d'un principe d'égalité entre les salariés ? Comment se fera le basculement d'un droit local du travail à un droit du travail calédonien ?

La réponse réside dans la notion de souveraineté qui est l'essence même du pouvoir. Ce n'est pas un hasard si le pouvoir métropolitain a prévu dans l'accord de Nouméa que « le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée. Il sera progressif. Des compétences seront transférées dès la mise en œuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront selon un calendrier défini, modulable par le Congrès, selon le principe d'auto-organisation. Les compétences transférées ne pourront plus revenir à l'État, ce qui traduira le principe d'irréversibilité de cette organisation ».

798. Le partage de la souveraineté est indissociable du partage de la compétence ; l'accord de Nouméa constituera le nouveau fondement de l'indépendance du droit du travail calédonien (Titre 1). Celui-ci va ouvrir une nouvelle conception du droit du travail entre la métropole et l'entité sui generis. L'irréversibilité de cette nouvelle organisation constitutionnelle permettra au nouveau législateur, titulaire d'une partie de la souveraineté, d'élaborer un Code du travail calédonien. L'accord participera à l'indépendance du droit du travail, donc à son émancipation (Titre 2).

Titre 1) L'ACCORD DE NOUMEA

799. Constituant le fondement de la souveraineté du droit du travail calédonien, l'accord de Nouméa aura des incidences sur la question de la répartition des pouvoirs entre les différents acteurs qui devront élaborer ce droit du travail. Ce dernier est un droit particulier par rapport aux autres branches du droit car ses sources sont multiples[381] et se trouvent parfois en conflit pour déterminer la norme applicable aux destinataires.

800. Quelle sera la place des autorités locales dans le droit du travail calédonien par rapport au pouvoir métropolitain ? L'État adoptera-t-il une conception minimaliste des attributions des autorités locales dans cette nouvelle organisation institutionnelle ? Ou au contraire, l'État métropolitain adoptera-t-il un système dans lequel les autorités locales auront une place privilégiée pour construire un équilibre entre les différents acteurs du droit du travail calédonien ? Dans l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, il semble que l'État s'oriente vers cette voie. En effet, les « compétences seront transférées dès la mise en œuvre de la nouvelle organisation. D'autres le seront selon un calendrier défini selon le principe d'auto-organisation. Ainsi le transfert irréversible du droit du travail reposera essentiellement sur le nouveau pouvoir législatif, représenté par le Congrès et aussi par le pouvoir exécutif titulaire du pouvoir réglementaire (chapitre 1).

801. Cette émancipation du droit du travail qui s'oriente vers l'indépendance, conformément aux dispositions de l'accord de Nouméa, rencontre des limites. En effet dans cet accord, une summa divisio est prévue dans le transfert de compétences entre l'État et l'entité sui generis. Ce qui signifie que certaines attributions relèveront pendant la période transitoire de vingt ans, de la compétence de l'État. L'État exercera implicitement à travers l'autorité judiciaire et la Loi fondamentale un contrôle dans le droit du travail et que cela limitera la portée de cette indépendance (chapitre 2).

[381] P. LOKIEC, *Droit du travail . Tome 1 , Les relations individuelles de travail,* Presses universitaires de France , 2011.

CHAPITRE 1 : LE TRANSFERT IRRÉVERSIBLE DES COMPÉTENCES

802. L'accord de Nouméa du 5 mai 1998 a fixé les grandes orientations institutionnelles et sociales pour la Nouvelle-Calédonie pour les vingt prochaines années. Il est intéressant d'observer que ce texte a été soumis à un référendum réservé au citoyen calédonien et qu'il a été adopté le 8 novembre 1998. Faisant parti du corpus constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie, cet accord est un texte d'orientation, donc incomplet. C'est la raison pour laquelle le pouvoir métropolitain avait prévu qu'une loi organique viendrait le compléter.

803. La loi n° 99-209 du 19 mars 1999 organique relative à la Nouvelle-Calédonie a été adoptée pour mettre en oeuvre l'accord de Nouméa du 5 mai 1998. Cette loi organique, s'inscrivant dans la continuité de l'accord de Nouméa, consacre une grande partie au futur institutionnel du territoire. Pour atteindre un tel objectif, le législateur organique précise les domaines qui seront transférés de l'État vers la Nouvelle-Calédonie et ceux qui relèveront de la compétence exclusive du territoire. Ainsi, l'article 22 de la loi organique dispose que « la Nouvelle-Calédonie aura une compétence exclusive dans le champ du droit du travail et du droit syndical ». Cette clarté dans la rédaction de l'article montre les enjeux de la loi organique du 19 mars 1999 (section 1). celle-ci ira plus loin puisque, pour la première fois dans le droit du travail du territoire, le pouvoir métropolitain disparaîtra pour laisser la place au pouvoir calédonien (section 2).

SECTION 1 : LES ENJEUX DE LA LOI ORGANIQUE DU 19 MARS 1999

804. L'indépendance du droit du travail calédonien se matérialise par l'attribution de ce domaine à la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie, devenue une entité sui generis (§ 1). Cette attribution de compétences amorce-t-elle une rupture avec le droit du travail métropolitain ou s'inscrira-t-elle dans la continuité afin de garantir les droits fondamentaux du salarié calédonien qui devient un sujet autonome par rapport au droit du travail métropolitain ?

805. Le terme transfert de compétences n'est pas étranger dans le droit interne.

Les lois de décentralisation recouvrent aussi ce processus de transfert de compétences qui part du haut pour aller vers le bas. Dans son rapport avec la construction du droit européen, l'État français met en œuvre ce processus de transfert de compétences qui part du bas pour aller vers le haut représenté par les institutions européennes[382].

806. Cette notion de transfert de compétences recouvre un autre concept qui est celui du pouvoir. En effet, en transférant ces compétences vers une nouvelle entité, l'État réduit son pouvoir sur un espace et une population déterminés. En ce qui concerne l'émancipation du droit du travail, la disparition du pouvoir métropolitain sera matérialisée dans l'article 22 paragraphe 2 de la Loi organique du 19 mars 1999. Celui-ci deviendra le fondement juridique de la disparition du pouvoir métropolitain qui laissera la place à un nouveau pouvoir (§ 2).

PARAGRAPHE 1 : LE DROIT DU TRAVAIL, UNE COMPÉTENCE EXCLUSIVE

807. L'accord de Nouméa du 5 mai 1998 avait posé le principe que l'organisation institutionnelle future du territoire serait irréversible. Elle est sacralisée et s'inspire directement de l'article 89 de la constitution qui interdit au pouvoir constituant de modifier la nature républicaine de l'État. Se répercutant sur le droit du travail, ce transfert de compétences exclusives (A) s'inscrit aussi dans un processus irréversible (B). Cet élément invite à penser réellement que le droit du travail calédonien s'émancipe à l'égard du pouvoir métropolitain pour devenir indépendant.

A) Le transfert de compétences exclusives

808. La notion de transfert de compétences exclusives (1) est un concept plus courant dans le droit constitutionnel que dans le champ du droit du travail ; ainsi pour l'appréhender par rapport à cette réflexion, il sera nécessaire de s'intéresser à la répartition des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie et de leur effectivité dans le temps (2).

---

[382] J. Porta, *La réalisation du droit communautaire, Essai sur le gouvernement juridique de la diversité,* L.G.D.J, 2007.

1) Sa définition

809. Le transfert de compétences est un terme qui occupe une place primordiale dans le droit des collectivités d'Outre-mer. Comme le souligne un auteur,[383] dès lors qu'il existe une pluralité de centres de décision, cela conduit à une répartition des compétences. Autrement dit, quelle que soit la forme de l'État, il y aura nécessairement une répartition des domaines d'intervention et des matières entre les autorités politiques et les collectivités publiques.

810. Appliqué à l'Outre-mer, le transfert de compétences a eu plusieurs fonctions.

La première a été de répondre au problème de la distance géographique séparant la métropole des espaces ultra-marins. Ce régime de transfert de compétences est organisé dans le cadre du principe de spécialité législative ou d'identité législative. Dans le premier cas, l'autonomie de la collectivité sera limitée. La loi votée par le Parlement ne rentrera pas en vigueur dans le territoire concerné. Les assemblées locales pourront voter une délibération qui aura pour objet d'adapter la loi aux réalités sociales et culturelles de la collectivité. Dans le second cas, le principe d'identité législative, la loi métropolitaine s'applique immédiatement dans le département et la région d'Outre-mer.

La seconde fonction du transfert de compétences s'inscrit dans le cadre des politiques de décentralisation en faveur des collectivités territoriales. La loi du 7 janvier 1983 s'intitulant « Loi relative à la répartition de compétences entre l'État, les communes, les départements et les régions » en est la parfaite illustration. L'objectif principal de ce type de transfert est de rapprocher les autorités politiques, élues le plus souvent, au suffrage universel direct des citoyens.

La troisième fonction du transfert de compétences est de répondre aux revendications indépendantistes d'une collectivité d'Outre-mer. Dans ce cas, il s'agit d'un compromis entre les autorités politiques métropolitaines et les autorités politiques de l'espace outre-marin.

---

[383] J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé,* La documentation française, 2000.

L'objet de ce transfert de compétences pour la Nouvelle-Calédonie s'est traduit par la construction d'un droit du travail autonome.

Cette autonomie permettait au législateur métropolitain de fixer les principes directeurs du droit local du travail ainsi le pouvoir local pouvait prendre des mesures complémentaires ou créer de nouvelles normes qui n'étaient pas prévues dans l'Ordonnance du 13 novembre 1985.

811. Le chapitre 1er du titre II de la loi organique du 19 mars 1999 est allé plus loin dans la notion de transfert de compétences appliquée au droit du travail. Selon des auteurs, ce transfert de compétences qui conduit à « une répartition des compétences signifie que c'est l'ensemble des compétences qui fait l'objet d'un nouveau partage. On pourrait même dire que c'est un nouveau contrat social établi entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie qui prend sa source dans plusieurs accords novateurs dans l'ordre juridique constitutionnel français »[384].

812. Ce nouveau contrat social invite à faire plusieurs observations qui auront des répercussions sur le processus d'émancipation du droit du travail.

La première renvoie à l'accord de Nouméa signé le 5 mai 1998. L'une des dispositions phare du Préambule prévoit que « le partage des compétences entre l'État et la Nouvelle-Calédonie signifiera la souveraineté partagée ». Que faut-il entendre par ce terme étranger à l'ordre juridique interne ? Selon la définition admise par certains auteurs, c'est « un principe abstrait désignant l'instance détentrice de l'autorité légitime ; d'origine divine ou humaine, elle exprime l'identité du corps politique, le foyer où se nouent la capacité d'édicter des normes et le devoir d'obéissance »[385].

813. Dans un État unitaire, « l'État exprime une volonté politique unique qui s'impose à l'ensemble des citoyens, lesquels sont soumis par conséquent aux mêmes en tous domaines ». Conformément à l'article 1er de la Constitution du 4 octobre 1958, la France est une République indivisible ; ainsi elle « ne se compose que d'un seul État, il ne peut y avoir qu'un État dans l'État ». La Souveraineté peut se définir aussi comme un principe de

---

384 J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française , 2000.

385 O. Duhamel, Y. Meny, *Dictionnaire constitutionnel*, PUF, 1992, p. 1989.

légitimité démocratique qui légitimera le pouvoir du titulaire de la Souveraineté. Alors que le principe de Souveraineté constitue le socle de l'unité nationale dans la métropole, en revanche, dans les espaces ultra-marins, celui-ci ne traduit pas la même réalité.

814. La conception de l'État unitaire et de la « République une et indivisible » pouvait être parfois interprétée comme une atteinte à leur spécificité culturelle, économique et sociale. Pour illustrer ces propos, le paragraphe 8 du point 3 de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 rappelle que « la colonisation a porté atteinte à la dignité du peuple kanak qu'elle a privé de son identité. Des hommes et des femmes ont perdu dans cette confrontation leur vie ou leurs raisons de vivre. De grandes souffrances en ont résulté. Il convient de faire mémoire de ces moments difficiles, de reconnaître les fautes, de restituer au peuple kanak son identité confisquée, ce qui équivaut pour lui à une reconnaissance de sa souveraineté, préalable à la fondation d'une nouvelle souveraineté, partagée dans un destin commun ».

815. L'essence même de la souveraineté partagée est de parvenir à construire un destin commun entre les peuples autochtones et les nouvelles populations afin de construire une paix durable[386]. « La décolonisation est le moyen de refonder un lien social durable entre les communautés qui vivent aujourd'hui en Nouvelle-Calédonie, en permettant au peuple kanak d'établir avec la France des relations nouvelles correspondant aux réalités de notre temps ».

816. La seconde observation interpellera sur le processus de mise en œuvre de cette décolonisation qui aura des effets sur la nature de l'État résultant de la « Souveraineté partagée qui permettra d'établir avec la France des relations nouvelles ». Les avis divergent quant à la nouvelle nature de l'État métropolitain. Malgré la complexité de la question[387], il existe deux consensus.

817. Le premier consiste en la remise en cause du caractère unitaire de l'État français dans son rapport avec la Nouvelle-Calédonie[388]. Si on définit celui-ci comme

---

[386] J.-Y. Faberon, préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie,* La documentation française, 1997.

[387] M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.

[388] J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, 2000, p. 29. Analyse d' A. Moyrand, *Théorie de la Souveraineté partagée.*

l'organe unique, titulaire de la puissance suprême qui n'est subordonnée à aucune autre entité « parce qu'il ne peut avoir de supérieur » ; « la puissance de l'État s'impose sur tous les groupements ou collectivités en son sein ». Mais rien n'interdit à l'État unitaire d'organiser la répartition des compétences car ce dernier possède « la compétence de sa compétence ».

Le second consensus repose sur le fait que ce processus de décolonisation en Nouvelle-Calédonie doit se faire par étapes afin de créer un équilibre entre les indépendantistes et les anti-indépendantistes. Cette volonté s'exprime dans l'article 77 de la Constitution qui dispose qu' « après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre :

- les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie, l'échelonnement et les modalités de ces transferts, ainsi que la répartition des charges résultant de ceux-ci ».

818. Au niveau interne, le constituant français a opté pour un régime pseudo-fédéral pour mettre en place le processus de décolonisation. Cette organisation institutionnelle a le mérite d'être « un principe d'action politique capable, en tant que tel, de regrouper des entités politiques dans ce qui les rapproche, sans leur imposer une centralisation étouffante dans ce qui les différencie ».

Ce pseudo fédéralisme[389] est transitoire car, conformément à l'esprit de l'accord de Nouméa et du pouvoir constituant de 1998, il permet le passage « en douceur des territoires colonisés à l'indépendance »[390].

819. Cette situation institutionnelle innommée a des répercussions sur la qualification juridique de la Nouvelle-Calédonie. Celle-ci ne peut pas être classée parmi les territoires d'Outre-mer. Elle ne relève pas non plus des communautés d'Outre-mer. C'est la

---

[389] J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, 2000. Pour J.-Y. Faberon la France devient un État composé.

[390] F. Webert, *Unité de l'État et diversité régionale en droit constitutionnel français*, thèse, Nancy II, 1997 ; F. Borella, « *Le fédéralisme dans la Constitution du 4 octobre 1958 (titre XII et XIII)* », AFDI, 1958, p. 660.

raison pour laquelle le pouvoir constituant a créé dans la Constitution un titre XIII s'intitulant « dispositions transitoires relatives à la Nouvelle-Calédonie ». Mais à la différence du titre XII de la Constitution où il qualifie les autres entités de collectivités territoriales, le pouvoir constituant ne donne aucun détail pour la qualification juridique de la Nouvelle-Calédonie. N'ayant donné aucun indice, c'est la doctrine qui a tenté de donner un début de réponse[391].

820. Celle-ci a utilisé la même technique que le Conseil constitutionnel lorsqu'il a été amené à prendre certaines décisions. Dans un premier temps, les principaux auteurs constatent que la Nouvelle-Calédonie n'est plus une collectivité territoriale[392]. L'analyse d'un auteur va plus loin puisque, selon lui, la Nouvelle-Calédonie n'est plus un territoire d'Outre-mer ; elle reste dans le cadre de la République française mais, collectivité à nulle autre pareille, elle a simplement le nom de « Nouvelle-Calédonie ». Deuxièmement, celle-ci n'est pas un État dans la mesure où elle n'a pas tous les attributs de la Souveraineté[393]. Troisièmement, elle n'est pas un État fédéré comme dans le cadre d'un État fédéral. Elle ne dispose pas d'un pouvoir judiciaire et ses compétences ne sont pas définies par la Constitution mais par une loi organique ; de plus, étant dans une phase transitoire, elle pourra devenir indépendante et avoir tous les attributs d'un État souverain.

821. Finalement la Nouvelle-Calédonie est une entité sui generis qui ne se rattache à aucune organisation institutionnelle du droit interne. Sa spécificité repose sur le principe d'un partage de la Souveraineté qui conduira à une répartition des compétences entre la Métropole et cette entité sui generis.

La loi organique du 19 mars 1999 prévoit plusieurs types de compétences qui seront réparties entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. Les modalités de transferts de ces compétences ne se réaliseront pas de la même manière dans le temps.

---

391 J.-Y. Frouin, directeur de thèse B. Teyssié, *Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise,* Thèse de Doctorat, Droit privé, Paris 2, 2009.

392 M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.

393 J.-Y. Faberon, "*Des institutions pour un pays : la Nouvelle-Calédonie en devenir",* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

2) Sa répartition et son champ d'application temporel

822. Le titre II de la loi organique du 19 mars 1999 s'intitulant « les compétences » organise dans son chapitre 1er la répartition des compétences entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. Marquant la rupture avec le droit métropolitain, la compétence d'attribution revient, non pas à la Nouvelle-Calédonie, mais aux provinces. Ainsi l'article 20 de la loi organique dispose que chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie. Dans les îles qui ne sont pas comprises dans le territoire d'une province, la Nouvelle-Calédonie exerce la totalité des compétences qui ne sont pas attribuées à l'État.

823. Les compétences seront transférées conformément au principe de l'accord de Nouméa qui prévoyait un processus de décolonisation progressif afin de respecter toutes les sensibilités politiques des autorités politiques de l'île.

L'État transfèrera ses compétences selon un schéma qui se déroulera en quatre étapes.

La première consiste au transfert immédiat des compétences à la Nouvelle-Calédonie dès la mise en place des institutions politiques de la Nouvelle-Calédonie.

Ce principe prévu à l'article 20 de la loi organique du 19 mars 1999 vise directement le droit du travail, le droit syndical, la formation professionnelle, sans préjudice des actions des provinces dans ce domaine, et attribution de diplômes.

La deuxième étape repose sur un transfert de compétences par étapes. Ainsi l'État exerce également jusqu'à leur transfert à la Nouvelle-Calédonie, dans les conditions prévues à l'article 26, les compétences suivantes : police et sécurité en matière de circulation aérienne intérieure et de circulation maritime dans les eaux territoriales[394].

La troisième étape du transfert, illustrant parfaitement cette souveraineté partagée, est une compétence partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie qui trouve sa source dans la Section 2 chapitre Ier de la Loi organique s'intitulant « relations extérieures de la Nouvelle-Calédonie et association de la Nouvelle-Calédonie à des compétences de l'État ».

---

[394] Article 21 paragraphe III de la loi organique du 19 mars 1999.

La dernière étape démontre bien que l'on ne peut pas qualifier la Nouvelle-Calédonie d'État au sens propre. En effet, les fonctions régaliennes relèvent de la compétence exclusive de l'État métropolitain. L'originalité de cette dernière procédure réside dans le mode de transfert organisé par le pouvoir constituant. Un référendum local invitera la population à une consultation qui portera sur le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité.

824. Si la réponse des électeurs est positive, la Nouvelle-Calédonie sera alors un État souverain ; en revanche, si elle est négative, le tiers des membres du Congrès pourra provoquer l'organisation d'une nouvelle consultation qui interviendra dans la deuxième année suivant la première consultation. Si la réponse est toujours négative, une nouvelle consultation pourra être organisée selon la même procédure et dans les mêmes délais. Si la réponse est similaire, les partenaires politiques se réuniront pour examiner la situation ainsi créée.

825. Cette nouvelle organisation institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie bouleverse profondément l'essence même du droit du travail. S'inscrivant dans un processus de décolonisation, cela signifie-t-il aussi que l'émancipation du droit du travail devra s'inscrire dans la même dynamique ? Autrement dit, le droit du travail calédonien devra-t-il marquer une rupture progressive avec la métropole afin de construire et de développer ses spécificités ?

826. Ce processus de décolonisation a un caractère particulier puisqu'il est progressif et n'aboutira qu'à l'issue d'un référendum local dont nul ne peut prédire les résultats. Que se passe-t-il pour le transfert de compétences du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie ? Si l'issue du référendum est négative, cela signifie-t-il que cette compétence reviendra dans les attributions du parlement métropolitain ? Ce sont toutes ces questions auxquelles renvoient l'accord de Nouméa et la loi organique du 19 mars 1999. Afin de garantir une sécurité juridique, le législateur a prévu que les matières transférées dans le cadre de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 le seront d'une manière irréversible. Que faut-il comprendre par ce principe d'irréversibilité de transferts de

compétences du droit du travail ?

B) Le transfert irréversible du droit du travail.

827. L'article 77 de la Constitution dispose qu' « après approbation de l'accord lors de la consultation prévue à l'article 76, la loi organique, prise après avis de l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie, détermine, pour assurer l'évolution de la Nouvelle-Calédonie dans le respect des orientations définies par cet accord et selon les modalités nécessaires à sa mise en œuvre : les compétences de l'État qui seront transférées, de façon définitive, aux institutions de la Nouvelle-Calédonie ».

828. Le droit du travail, sur le fondement de l'article 22 de la loi organique, relèvera de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie et sera transféré de façon définitive aux institutions de l'entité sui generis. Cette nouvelle réalité institutionnelle marque une nouvelle orientation du droit du travail. C'est une rupture par rapport à l'ordonnance du 13 novembre 1985.

829. Cette nouvelle situation montre toute la polysémie de l'étude sur l'émancipation du droit du travail. L'accord de Nouméa du 5 mai 1998, suivi de la réforme constitutionnelle du 20 juillet 1998, permet de dégager l'autre conception de l'émancipation. Celle-ci renvoie directement à l'indépendance qui signifie que la plénitude de la création des normes en droit du travail ne sera plus soumise à une summa divisio entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie. Les autorités calédoniennes seront les titulaires exclusifs de la souveraineté pour construire un nouveau droit du travail.

830. Comment s'est construit ce basculement allant de l'autonomie à l'indépendance ? L'élément qui permet d'arriver à une telle conclusion est le principe constitutionnel qui garantit le transfert irréversible du droit du travail de la métropole à la Nouvelle-Calédonie[395]. Autrement dit, le partage du pouvoir entre la France et le territoire disparaît.

[395] Le droit du travail n'est pas la seule matière concernée par le transfert de compétences. On peut citer la procédure civile qui dispose aussi d'un Code.

831. Les institutions calédoniennes seront les seules compétentes pour déterminer le Jus commune qui s'imposera à l'ensemble des personnes rentrant dans son champ d'application. Cette conception indépendantiste de l'émancipation du droit du travail invite à faire plusieurs observations.

832. La première concerne cette dichotomie entre la volonté du pouvoir constituant qui a transféré d'une manière irréversible à la Nouvelle-Calédonie le droit du travail et les contraintes constitutionnelles. Il est retenu que les compétences régaliennes, la justice, relèvent de la compétence exclusive de l'État. De ce fait, les autorités juridictionnelles métropolitaines pourront, en dernier ressort, encadrer par leurs jurisprudences cette indépendance. À la rigueur, les autorités judiciaires peuvent très bien choisir de respecter la volonté du pouvoir constituant en créant une jurisprudence audacieuse privilégiant une indépendance du droit du travail.

833. La seconde observation renvoie sur le lien très étroit entre le transfert irréversible de compétences et l'indépendance accordée aux autorités calédoniennes. La première notion se définit de la manière suivante : « c'est ce que l'on ne peut suivre que dans une seule direction, dans un seul sens [396] ». Cette définition est insuffisante. Car elle ne permet pas réellement de saisir toute la volonté du pouvoir constituant. Certes, dans le cadre du processus de décolonisation progressive, il est prévu que celle-ci serait la voie à suivre. Parcourir un chemin doit-il aussi conduire à interdire d'explorer les autres voies susceptibles de construire l'équilibre institutionnel de l'île ? Nul n'est maître de l'avenir ; ainsi le pouvoir constituant de 1998 peut-il lier les générations futures en affirmant le caractère irréversible du transfert du travail en faveur de la Nouvelle-Calédonie ? Un début de réponse est apporté par l'article 89 de la Constitution, qui restreint les pouvoirs du constituant en énonçant qu'aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. La forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision.

834. Donc ce n'est pas la première fois que la Constitution limite pour l'avenir les pouvoirs du constituant. Mais il est intéressant d'observer dans le cadre de l'analyse que

[396] Définion du Petit Larousse, 2003.

le transfert irréversible du droit du travail ouvre aussi la porte à une indépendance qui sera irréversible.

Toute la portée de la notion de l'indépendance repose sur deux critères qui sont cumulatifs. Le premier nécessite un transfert de compétences et le second suppose que celui-ci soit irréversible. C'est-à-dire qu'il sera impossible pour l'autorité ayant transféré ce pouvoir de le récupérer.

835. Cette indépendance se distingue largement de l'autonomie. En effet, dans cette situation, le transfert de compétences peut se faire mais il est loisible à l'autorité titulaire de ce pouvoir de le récupérer ; ainsi ce processus n'est pas irréversible. L'ordonnance du 13 novembre 1985 en est une parfaite illustration. Cette autonomie du droit local était un partage du pouvoir entre la métropole et le territoire avec une prééminence accordée aux autorités métropolitaines qui disposaient du monopole pour fixer les principes directeurs du droit du travail.

La dernière est le basculement d'un droit local du travail à l'affirmation d'un droit du travail calédonien. Dans la première hypothèse, la métropole occupait une place majeure dans la fixation du jus commune. L'autorité calédonienne n'intervenait que pour compléter certaines mesures. En raison de la conception très large du Jus commune, l'autorité locale avait un pouvoir d'intervention très limité.

836. Dans la seconde hypothèse qui s'inscrit dans un processus de décolonisation progressif, il reviendra à l'autorité calédonienne de construire son droit du travail. Celui-ci se réalisera-t-il en marquant une rupture avec le droit du travail métropolitain, donc en s'orientant vers une indépendance brutale, ou cherchera-t-il à s'inscrire dans l'esprit de l'accord de Nouméa qui privilégiait la voie de l'équilibre entre les acquis métropolitains et la reconnaissance des spécificités économiques et sociales de la Nouvelle-Calédonie ?

Avant de répondre à ces nombreuses questions, il est nécessaire, préalablement, d'analyser l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 qui constitue le nouveau fondement juridique du droit du travail calédonien.

PARAGRAPHE 2) L'ARTICLE 22 PARAGRAPHE 2 DE LA LOI ORGANIQUE DE 1999

837. Constituant le fondement juridique du droit du travail calédonien, l'article 22 paragraphe 2 de la Loi organique du 19 mars 1999 doit être analysé dans toute sa dimension. Cela comprend le champ d'application matériel (A), rationae loci (B) et, pour finir, rationae personae (C).

A) Son champ d'application matériel

838. Le transfert de compétences est un terme qui englobe plusieurs réalités juridiques. Le droit du travail ne relève pas des domaines régaliens de l'État ; il est exclu des domaines partagés comme c'était le cas dans le cadre de l'ordonnance du 13 novembre 1985. Il relève des domaines qui ressortent de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie. Le champ d'application de l'article suscité ne vise pas exclusivement le droit du travail, il concerne aussi la formation professionnelle, l'inspection du travail. Le paragraphe 2, article 22 de la Loi organique de 1999 adopte une conception large du droit du travail.

839. A la première lecture de cet article, le législateur métropolitain donne l'impression que le droit du travail a toujours été un domaine qui relevait de la compétence exclusive du pouvoir métropolitain. Donc on devrait en conclure que la Nouvelle-Calédonie était exclue, comme l'ensemble des collectivités territoriales métropolitaines, du champ du droit du travail. Or le droit du travail relevait d'une summa divisio assez complexe entre la métropole et le Territoire. Ainsi c'est l'Ordonnance du 13 novembre 1985, s'appuyant sur la loi du 6 septembre 1984, qui a été la plus aboutie dans l'élaboration de ce système.

840. Les rédacteurs ont mis en lumière l'existence d'un embryon du droit local du travail qui était en construction. Ainsi l'article 3.1.1 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 dispose que « les principes directeurs du droit du travail seront directement transférés à la Nouvelle-Calédonie ».

841. Il est regrettable que le législateur métropolitain n'ait pas repris la rédaction de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, cela aurait eu le mérite de la clarté. Malgré

cette imprécision, cela n'a pas eu trop d'influence quant à l'étendue du champ matériel du droit du travail. Dans le processus de transfert de compétences visant le droit du travail, il sera aussi important de s'intéresser à l'étendue de son champ d'application.

842. Le droit métropolitain adopte une conception large du droit du travail. La Loi organique s'oriente vers le même processus par rapport à l'Ordonnance du 13 novembre 1985. Celui-ci englobe aussi le droit de l'emploi. L'article 24 de la Loi organique du 19 mars 1999 attribue une compétence particulière à la Nouvelle-Calédonie dans le cadre du droit de l'emploi marquant une rupture majeure avec le droit du travail métropolitain. Dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend, au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence, des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés.

843. De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence. La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays. Cette compétence accorde aux autorités calédoniennes le droit de mettre en place la priorité de l'emploi qui aura pour conséquence d'écarter du marché local du travail les citoyens non calédoniens. Constatant que le législateur organique adopte une conception large du droit du travail, on observera qu'il en sera différemment pour le champ d'application rationae loci et rationae personae de l'article 22 paragraphe 2 de la loi organique du 19 mars 1999.

B) Son champ d'application rationae loci

844. L'émancipation est la faculté pour une personne physique de pouvoir réaliser des actes juridiques. Ces derniers ne pourront pas être frappés de nullité en raison de l'absence d'accord d'une tierce personne. Ce pouvoir de décision résulte de la seule volonté de la personne. Pour le droit du travail, le processus d'émancipation sera une manifestation d'indépendance qui aura un double aspect par rapport à son champ d'application rationae

loci.

Le premier est une émancipation à l'égard du territoire métropolitain. Cette émancipation pourrait être qualifiée de positive. Cela signifie que l'ensemble des normes futures votées dans le droit du travail par le législateur métropolitain ne pourront pas s'appliquer au territoire de la Nouvelle-Calédonie. En revanche, celles résultant des principes directeurs du droit du travail resteront dans le droit positif calédonien. Mais cette dernière affirmation devra être nuancée dans le second aspect du champ d'application rationae loci de l'émancipation.

845. En transférant le droit du travail à la Nouvelle-Calédonie, celle-ci rencontrera les mêmes réalités que l'État métropolitain.

A la différence de la métropole, le territoire calédonien n'a pas été défini par la population autochtone mais par la puissance colonisatrice. Ainsi l'article 1er de la loi organique du 19 mars 1999 partage la Nouvelle-Calédonie en trois provinces. La première est la province Nord, la seconde se compose de la province Sud, enfin la dernière est constituée des îles loyautés. Ce territoire englobe aussi les aires coutumières qui sont régies selon le droit coutumier[397].

846. La question du territoire est importante car elle déterminera l'étendue du champ d'application rationae loci du droit du travail. En effet, selon le titre II chapitre Ier de la Loi organique de 1999, les compétences de l'île sont réparties entre l'État, la Nouvelle-Calédonie, les provinces et les communes. Selon l'article 20 de la Loi organique de 1999, chaque province est compétente dans toutes les matières qui ne sont pas dévolues à l'État ou à la Nouvelle-Calédonie par la présente loi, ou aux communes par la législation applicable en Nouvelle-Calédonie. On peut en déduire que la compétence de droit commun relève du domaine des provinces et la compétence d'attribution de celle de l'État, de la Nouvelle-Calédonie ou des communes.

847. C'est une rupture par rapport à la tradition de l'État unitaire où l'essentiel des compétences sont du ressort de l'État qui, dans le cadre des lois de décentralisation, déléguera certaines compétences aux collectivités territoriales. Mais, à tout moment, il peut

[397] M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.

les reprendre. En revanche, dans l'organisation territoriale de la Nouvelle-Calédonie, il sera primordial de définir la notion de matière car c'est elle qui déterminera son champ d'application rationae loci. Cet article explique les raisons pour lesquelles le législateur organique a adopté une conception large du droit du travail dans le cadre du transfert de compétences.

Ainsi, il sera nécessaire de dissocier la Nouvelle-Calédonie des autres espaces territoriaux de l'île que sont les communes et les provinces. En combinant les articles 1er, 20, 22, on pourrait en déduire que le droit du travail relève de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie ; en revanche, le pouvoir normatif du législateur calédonien s'applique sur l'ensemble du territoire, c'est-à-dire les provinces, les communes et la Nouvelle-Calédonie.

848. Ce pouvoir normatif peut-il s'étendre à la métropole ? La réponse devrait être négative dans la mesure où le pouvoir normatif de l'État s'arrête à la limite de ses frontières. Mais si l'on adopte une conception large du territoire, on peut soutenir que la métropole pourrait être impactée d'une manière indirecte par le droit du travail calédonien. De ce fait si un salarié est détaché de la Nouvelle-Calédonie pour travailler en France quelle norme serait applicable à son contrat de travail ? Si celui-ci est détaché ou mis à disposition, alors le droit applicable serait celui de la Nouvelle-Calédonie.

849. L'indépendance du droit du travail met en lumière un autre processus qui, jusque là, était inconnu dans le droit de la Nouvelle-Calédonie. On bascule inévitablement dans un système de droit comparé. Autrement dit « c'est l'application de la méthode comparative à tout ou partie de systèmes juridiques dans le but essentiel d'en améliorer la connaissance [398] ».

850. Selon la définition d'un auteur, cela servira à « établir les rapports de ressemblances et de différences entre les termes d'un savoir, puis à en mesurer l'ampleur, à en rechercher les raisons et à en apprécier la valeur [399] ».

---

398 Y.-M. Laithier, *Droit comparé,* Dalloz, 2009

399 *ibid.*

Il est trop tôt dans l'étude pour établir les similitudes et les différences entre le droit du travail calédonien et celui de la métropole. En revanche, il sera nécessaire de s'intéresser au champ d'application rationae personae de l'article 22 de la Loi organique de 1999.

C) Son champ d'application rationae personae

851. En Nouvelle-Calédonie, la question de l'identité occupe une place importante dans la construction de la société dans le champ économique, culturel, social et institutionnel. Le transfert du droit du travail au territoire aura des répercussions sur le champ d'application personae. Avec l'avènement de la Constitution du 4 octobre 1958, le principe d'égalité absolu s'impose ; le droit du travail s'applique à l'ensemble des citoyens français et intègre de ce fait les travailleurs autochtones.

852. La Loi organique du 19 mars 1999 abandonne la conception une et indivisible du citoyen. Elle consacre plusieurs identités qui auront nécessairement des impacts sur le champ d'application du droit du travail quant aux titulaires des obligations ou des mesures protectrices.

La première est prévue à l'article 4 de la Loi organique qui dispose qu'il est institué une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie. Par contre ne pourront prétendre à cette citoyenneté que les citoyens français selon une procédure bien spécifique[400].

La seconde est la citoyenneté française dont les critères d'attribution relèvent exclusivement de la compétence de la métropole.

La troisième est une innovation dans l'ordre juridique contemporain. Elle reconnaît dans le droit positif calédonien le statut civil coutumier Kanak. Ces personnes ayant fait le choix de ce statut pourront, dans certains actes ou faits juridiques, relever du droit coutumier[401]. Le législateur métropolitain est allé encore plus loin dans la reconnaissance de ce statut. En effet, parmi les institutions de la Nouvelle-Calédonie, il a créé le Sénat coutumier[402]. Il est le gardien de la Coutume Kanak.

---

400 J.-Y. Faberon, Y. Gautier, *Identité, nationalité, citoyenneté Outre-mer : actes du colloque des 9-10 novembre 1998,* Centre des Hautes Etudes sur l'Afrique et l'Asie Modernes (CHEAM) , 1999.

401 R. Lafargue, préface A. Christnacht, *La coutume face à son destin : réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques,* L.G.D.J-Lextenso, 2010.

402 Article 2 de la loi organique du 19 mars 1999.

853. Ainsi « tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires tels que définis à l'article 5, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières et, notamment, à la définition des baux destinés à régir les relations entre les propriétaires coutumiers et exploitants sur ces terres et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières ainsi qu'aux modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers, est transmis au Sénat Coutumier par le président du Congrès, doit faire l'objet d'une délibération du Sénat Coutumier »[403].

854. Dans le cas où le texte n'a pas été adopté à l'identique par les deux chambres, c'est le Congrès qui statue définitivement. Enfin la dernière notion vise le droit des étrangers qui relève de la compétence exclusive de l'État. Il détermine les conditions d'entrée et de séjour des étrangers[404].

855. Malgré la polysémie juridique entourant la question identitaire, le droit du travail s'applique à l'ensemble des citoyens résidants sur le territoire conformément au principe de l'égalité garanti par la Loi Fondamentale. En revanche, une nuance doit être faite pour les citoyens relevant d'un statut civil coutumier. Conformément à l'article 7 de la Loi organique, les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi, sont régies en matière de droit civil par la coutume. Ces personnes, dans leurs relations juridiques ou de fait, sont régies conformément à leur volonté au droit coutumier.

856. Le législateur métropolitain a prévu dans la Loi organique de 1999 des cas d'exclusion du droit coutumier. Ainsi l'article 9 dispose que « dans les rapports juridiques entre parties dont l'une est de statut civil de droit commun et l'autre de statut civil coutumier, le droit commun s'applique. Dans les rapports juridiques entre parties qui ne sont pas de statut civil de droit commun mais relèvent de statuts personnels différents, le droit commun s'applique sauf si les parties en disposent autrement par une clause expresse contraire ». Le législateur n'a pas prévu de mesures spécifiques pour le droit du travail. Si les parties relèvent du droit coutumier, la législation du travail sera-t-elle écartée au profit des règles coutumières ?

---

403 Article 142 de la loi organique du 19 mars 1999.

404 Article 21 de la loi organique 1999.

857. La Cour de cassation, dans un arrêt en date du 10 février 2010, a été amenée à se prononcer. L'une des parties, en l'espèce l'employeur, a soulevé l'incompétence du Tribunal du travail au motif que les parties relevaient du statut civil coutumier.

858. La Cour de cassation rejette tous les moyens du pourvoi et confirme la solution dégagée par les juges du second degré. En revanche, la motivation de son attendu est plus explicite que celle des juges du fond. Une fois de plus on constate que le droit du travail est une matière complexe qui ne peut pas se réduire qu'à une simple technique juridique. Elle doit régir les relations sociales collectives et individuelles qui supposent parfois une dérogation au droit commun.

859. Son raisonnement se construit en plusieurs temps. Dans une première étape, elle affirme que les rapports professionnels résultant d'un travail accompli dans un lien de subordination, régis par des règles dérogatoires au droit commun des contrats ainsi que par des règles organisant les rapports collectifs au sein des entreprises et des branches auxquelles elles appartiennent, ne sont pas soumis au droit coutumier. Après cette affirmation, elle en déduit, dans un second temps, que les résolutions des conflits en droit du travail sont autonomes, indépendamment des éventuels statuts personnels des salariés et des employeurs.

Enfin, la Haute Cour en conclut qu'il relève de la compétence exclusive du Tribunal du travail de trancher les litiges en matière de relations du travail.

860. La solution dégagée par la Chambre sociale de la cour de cassation est intéressante et invite à s'interroger sur deux visions du droit du travail. La première est la conception universaliste qui privilégierait un Jus commune s'imposant à l'ensemble de la Nouvelle-Calédonie. Cette vision universaliste du droit du travail s'appuierait exclusivement sur les principes fondamentaux définis par la métropole et les qualifications retenues par l'autorité légitime. L'adverbe « indépendamment », utilisé par la Cour de cassation dans l'arrêt, confirme notre analyse, car celle-ci ne se soucie guère des différents statuts que la Loi organique de 1999 a instaurés afin de respecter le particularisme local.

861. La seconde vision est une conception relativiste du droit du travail qui s'oriente vers une consécration du Jus proprium qui respecterait les spécificités locales. Les moyens du pouvoir des demandeurs soutenaient cette thèse.

La solution dégagée par la Chambre sociale de la Cour de cassation est conforme à sa jurisprudence. Elle a toujours privilégié la conception universaliste du droit au détriment du Jus proprium local. Paradoxalement, elle semblerait insensible aux accords de Nouméa, et de Matignon qui accordent une prééminence aux spécificités calédoniennes en privilégiant le Jus proprium avec la reconnaissance du droit coutumier.

SECTION 2) LES NOUVEAUX ACTEURS

862. Dans le droit du travail métropolitain, le Parlement occupe une place majeure pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail. Cette prérogative est d'ailleurs protégée constitutionnellement par l'article 34 de la Constitution. Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de pouvoirs concurrents. C'est notamment le cas avec le pouvoir exécutif qui, sous la Vème République, domine le pouvoir législatif et s'impose d'une manière directe dans le champ du droit du travail. Le second concurrent est représenté par les partenaires sociaux qui s'immiscent avec l'adoption des Accords Nationaux Interprofessionnels (ANI). Citons le cas de l'ANI du 20 septembre 2003 relatif à la représentativité dans l'entreprise : elle a été quasiment reprise par le Parlement dans le cadre de la loi du 4 mai 2004. Ce phénomène a été observé dès 1972 par des auteurs qui montraient une relation forte entre la loi et l'accord collectif de travail[405].

863. Ce schéma sera-t-il suivi par le droit du travail calédonien depuis l'accord de Nouméa de 1998 et la Loi organique de 1999 qui posent les bases d'une indépendance ? La réponse réside dans l'article 99 de la Loi organique de 1999 qui attribue une compétence exclusive au Congrès (§ 1) pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail. D'autres acteurs interviendront d'une manière indirecte ; c'est le cas du pouvoir exécutif et des partenaires sociaux (§ 2) qui seront, dans le cadre calédonien, complémentaire dans l'élaboration des lois du pays dans le champ du droit du travail.

[405] J.-M. Verdier et Ph. Langlois, "*Aux confins de la théorie des sources du droit: une nouvelle relation entre la loi et l'accord collectif de travail*", D. 1972, p. 258.

PARAGRAPHE 1) LE CONGRÈS

864. Les principes fondamentaux du droit du travail sont une notion très complexe à saisir en raison de la polysémie du terme ; le droit du travail n'échappe pas à cette réalité (B) dans la mesure où la loi organique accorde la compétence exclusive au Congrès pour les fixer (A). Ainsi constate-t-on qu'à travers cette émancipation du droit du travail, le pouvoir constituant a aussi importé des notions du droit du travail métropolitain qui pourraient compliquer ce processus en soi déjà très complexe.

A) Une compétence exclusive dans la détermination des principes fondamentaux

865. L'article 99 de la loi organique de 1999 est le fondement juridique des principes fondamentaux du droit du travail (1) qui se manifestent dans les lois du pays lesquelles constituent, entre autres, l'indépendance (2).

1) Les enjeux de l'article 99 de la Loi organique de 1999

866. Conformément à l'accord de Nouméa de mai 1998, le pouvoir constituant ne s'est pas seulement limité à doter la Nouvelle-Calédonie de nouvelles institutions pour que celle-ci puisse construire son destin commun ; il a aussi mis en place un processus d'indépendance du droit du travail. Le pouvoir métropolitain s'écarte et transfère l'intégralité de ses attributions à la Nouvelle-Calédonie. L'idée d'un partage du pouvoir ne suffit pas pour que ce dernier soit légitime et accepté, il sera nécessaire aussi de déterminer son ou ses futurs titulaires. Le pouvoir constituant privilégiera-t-il un pouvoir collégial, unique ou mixte, donc une collaboration étroite, pour construire l'indépendance du droit du travail calédonien ?

867. C'est tout l'enjeu de la loi organique de 1999 dont la mission était, après la révision constitutionnelle de 1998[406], de fixer le contenu de cette émancipation du droit du travail. Dans la nouvelle architecture institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, le pouvoir constituant a privilégié un régime de type parlementaire dans lequel le Congrès a une place

[406] J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française , 2000.

prépondérante. Ce dernier, conformément à l'article 83 de la loi organique de 1999, a la compétence de principe. Le Congrès exerce des compétences attribuées à la Nouvelle-Calédonie sur le fondement du chapitre Ier du titre II à l'exception de celles qui sont attribuées par la présente loi au gouvernement ou au président du Gouvernement. C'est une rupture par rapport à la Constitution de 1958 qui attribue la compétence de principe au gouvernement sur la base de l'article 37, tandis que les attributions du Parlement sont limitées dans le cadre de l'article 34[407].

En affirmant la prééminence du pouvoir législatif sur le pouvoir exécutif calédonien, le pouvoir constituant a tout naturellement accordé la compétence au Congrès pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et du droit de la sécurité sociale[408].

Cet organe institutionnel ne doit pas être confondu avec le Congrès métropolitain. Celui-ci se compose d'une Assemblée unique dont les membres sont élus au suffrage universel direct par les citoyens calédoniens[409].

Le second organe institutionnel est le Sénat coutumier dont les membres sont désignés par chaque conseil coutumier, selon les usages reconnus par la coutume, à raison de deux représentants par aire coutumière de la Nouvelle-Calédonie[410]. Celui-ci n'a aucune compétence dans le domaine du droit du travail.

Ses attributions se limitent aux dispositions de l'article 142 qui prévoit que le Sénat coutumier intervient dans tout projet ou proposition de loi du pays relatif aux signes identitaires tels que définis à l'article 5, au statut civil coutumier, au régime des terres coutumières. Le texte ajoute qu'il est compétent pour définir les baux destinés à régir les relations entre les propriétaires coutumiers et exploitants sur ces terres et au régime des palabres coutumiers, aux limites des aires coutumières. Il précise aussi les modalités d'élection au sénat coutumier et aux conseils coutumiers.

868. On remarque que le législateur métropolitain adopte dans le texte deux conceptions différentes du droit du travail. Elles auront des répercussions majeures dans la répartition des compétences entre le pouvoir législatif et exécutif calédonien.

---

[407] Ouvrage sous la direction de J. Gicquel, A. Levade, B. Mathieu, *Un parlement renforcé ? : bilan et perspectives de la réforme de 2008,* Dalloz , Thèmes & commentaires, 2012.
[408] Article 99 paragraphe 3 de la loi organique du 19 mars 1999.
[409] M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.
[410] *ibid.*

La première conception résulte de l'article 22 paragraphe 2 de la loi de 1999 qui dispose que la Nouvelle-Calédonie sera compétente dans le droit du travail et droit syndical. La rédaction de cet article porte à confusion. En effet, la Nouvelle-Calédonie disposait déjà d'une autonomie dans le champ du droit du travail ; en revanche, le législateur métropolitain avait la compétence exclusive pour déterminer, conformément à la loi du 9 septembre 1984, les principes directeurs du droit du travail. En conséquence, pour une plus grande rigueur juridique, il aurait été plus juste d'écrire que le législateur métropolitain transfère à la Nouvelle-Calédonie la compétence pour fixer les principes directeurs du droit du travail.

La seconde conception du droit du travail est issue de l'article 99 de la Loi organique de 1999 qui attribue la compétence exclusive au Congrès pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale.

869. Plusieurs interrogations viennent à l'esprit. Comment expliquer cette différence rédactionnelle entre l'article 22 et l'article 99 de la Loi organique de 1999 qui, en principe, traite de la question du droit du travail ? Cette différence rédactionnelle serait-elle volontaire ou accidentelle ?

Cette confusion dans la rédaction des textes conduit à créer une summa divisio dans le droit interne. La première branche attribue la compétence au Congrès de déterminer les principes fondamentaux du droit du travail ; tous ceux qui ne relèveraient pas de ces derniers, que le législateur ne qualifie pas dans la Loi organique de 1999, composeraient la seconde branche.

870. Le deuxième aspect, qui est la conséquence du premier, a des répercussions sur l'étendue des pouvoirs du Congrès. En effet, si on adopte une lecture stricte des articles 22 et 99 de la Loi organique de 1999, on peut en déduire que le Congrès serait compétent pour déterminer les principes fondamentaux et aussi ceux qui ne le seraient pas. Cette analyse semble se confirmer si on se réfère à l'article 83 de la Loi organique de 1999 qui accorde une compétence de principe au Congrès pour les compétences attribuées à la Nouvelle-Calédonie par le chapitre Ier du titre II. Quant à la compétence d'exception, elle est du ressort du Gouvernement et c'est le législateur métropolitain, dans le cadre de la Loi organique, qui déterminera les domaines d'attribution du Gouvernement ou au président du Gouvernement.

En effet l'article 127 de la Loi organique, qui détermine les attributions de compétences du Gouvernement, ne mentionne à aucun moment le droit du travail. Donc ayant une compétence d'exception, on pourrait en conclure que seul le Congrès possède une compétence pour déterminer l'ensemble des normes qui ne relèveraient pas des principes fondamentaux du droit du travail.

871. Le nouveau pouvoir calédonien s'est écarté de cette analyse pour revenir à un schéma s'inspirant du modèle métropolitain. Ainsi le Congrès aura la compétence exclusive pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail, et le Gouvernement sera habilité à intervenir dans le cadre de son pouvoir réglementaire dans les domaines du droit du travail qui ne relèveraient pas des principes fondamentaux.

Ce modèle privilégie une répartition des compétences collégiales dans le processus d'indépendance du droit du travail. Malgré cette limitation des attributions des compétences du Congrès, les lois du pays constituent le fondement de l'indépendance du droit du travail.

2) Les enjeux des Lois du pays

872. Selon certains auteurs, la révision constitutionnelle du 20 juillet 1998 fait le constat de la sortie de la Nouvelle-Calédonie de la catégorie des territoires d'Outre-mer. Les principes constitutionnels de ce texte s'inscrivent dans la continuité des accords de Nouméa du 5 mai 1998 qui disposent que certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays. Autrement dit ce dernier, au même titre que l'article 34 de la Constitution, aura une valeur législative[411]. Le droit du travail calédonien n'est pas resté en dehors de cette évolution institutionnelle. En effet la consécration d'un pouvoir législatif calédonien dans le cadre d'une souveraineté encadrée conduit aussi à une indépendance du droit du travail. L'émancipation, dans cette seconde partie de l'analyse, revêt un autre aspect. Cette indépendance se détache de la conception autonomiste du droit local du travail. Il n'y a plus de partage du pouvoir dans la construction de la norme. La summa divisio, instaurée par l'ordonnance du 13 novembre 1985, entre les principes directeurs du droit du travail et les délibérations de l'assemblée locale calédonienne, disparaît pour laisser place à un droit du travail calédonien. Le Congrès, en tant que titulaire du pouvoir législatif du

[411] Article 2.1.3 de l'accord de Nouméa de 1998.

pays,[412] vote les lois du pays[413] en droit du travail. Conformément à l'article 62 de la loi organique de 1999, le Congrès est l'assemblée délibérante de la Nouvelle-Calédonie[414]. A ce titre, plusieurs observations peuvent être faites concernant les difficultés par rapport au principe de spécialité législative et de la complexité du droit local du travail résultant des conflits de norme.

873. Le premier constat de l'indépendance du droit du travail a pour conséquence la disparition du principe de spécialité législative dans l'ordre juridique du droit local du travail. Le pouvoir exécutif est garant de cette indépendance.
L'article 99 de la Loi organique de 1999, accordant la souveraineté législative à la Nouvelle-Calédonie en droit du travail, invite à faire un second constat. La summa divisio du droit local du travail avait eu pour effet de créer une complexité de ce droit, donc une insécurité juridique. Avec l'instauration des Lois du pays, ce problème est partiellement résolu dans la mesure où se limitent les conflits de lois entre le droit national et le droit calédonien. En effet, seuls le Congrès et le Gouvernement calédonien disposent, conformément à l'article 73, de l'initiative des Lois du pays et des délibérations. Il faut quand même nuancer ces propos car les conflits de compétences ne disparaissent pas pour autant.

874. De ce fait, l'article 99 de la Loi organique de 1999 accorde une compétence exclusive au Congrès pour déterminer les principes fondamentaux en droit du travail. Toute la difficulté, comme c'est le cas dans le droit métropolitain, sera de déterminer le contenu et l'étendue de ces principes fondamentaux. Cette question est importante car elle délimitera aussi l'espace accordé au pouvoir exécutif calédonien dans le champ du droit du travail.

B) La notion des principes fondamentaux

875. La notion des principes a, tout au long de l'étude, occupé une place majeure dans l'analyse du processus d'émancipation du droit du travail. En général, selon

[412] M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.
[413] C. Gindre David, préface de J. Gicquel, *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, l'Harmattan , 2008.
[414] M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.

l'une des définitions admise par un auteur, il se définit comme un principe règle. Autrement dit, c'est un ensemble de règles ayant une valeur constitutionnelle ou législative. Ces règles auront pour effet de limiter les pouvoirs d'immixtion du pouvoir exécutif dans le pouvoir législatif ou de limiter les pouvoirs de l'Administration[415].

876. Depuis les accords de Nouméa, suivis de la révision constitutionnelle du 19 juillet 1998, et de la loi organique de 1999, l'émancipation du droit du travail s'inscrit dans un processus d'indépendance. En conséquence, ce nouveau paradigme constitutionnel invite à repenser les dispositions de l'article 99 qui disposent « que les lois du pays interviennent dans la détermination des principes fondamentaux du droit du travail, du droit syndical et de la sécurité sociale ». L'article ajoute que cette compétence relèvera des attributions du Congrès.

877. Les principes fondamentaux recouvriront quasiment les mêmes notions que dans le droit du travail métropolitain.

La première notion sera de répartir les compétences entre le pouvoir exécutif et le congrès calédonien. Le Congrès n'était pas obligé de laisser le Gouvernement fixer des normes par le recours au pouvoir réglementaire dans le champ du droit du travail. Mais exprimant son indépendance à l'égard du pouvoir métropolitain, il en a décidé autrement.

878. La seconde notion, qui retiendra plus longuement notre attention, portera sur la détermination de leur contenu. L'indépendance est la faculté pour une personne de prendre une décision sans être obligée de se référer à un supérieur hiérarchique. Pour un État, personne morale de droit public, cette indépendance s'exprime dans sa souveraineté. Elle lui permet d'imposer sa volonté à l'intérieur d'un espace donné aux personnes qui l'occupent. En accordant une indépendance à la Nouvelle-Calédonie dans le domaine du droit du travail, l'État métropolitain cède aussi sa Souveraineté. Autrement dit les autorités calédoniennes auront le pouvoir de définir elles-mêmes les normes applicables dans le champs du droit du travail calédonien. En effet, comme c'est souvent le cas, la Loi organique ne définit pas les principes fondamentaux du droit du travail. On se retrouve dans la même situation que dans la loi du 6 septembre 1984 qui attribuait la compétence à l'État

[415] A. Jeammaud, *Les principes dans le droit français du travail, Dr. Soc.* 1982, p. 618-629.

de fixer les principes directeurs du droit du travail. L'ordonnance du 13 novembre 1985 avait pour fonction principale de les définir. Depuis la loi organique du 19 mars 1999, ce n'est plus à l'État français de les définir mais c'est le Congrès ; c'est la démonstration même de l'indépendance du droit du travail calédonien.

879. Comment le Congrès va-t-il procéder pour définir ces principes fondamentaux ? Plusieurs options sont envisageables. La première est de marquer une rupture totale avec les anciennes notions du droit du travail métropolitain. La seconde option sera de reprendre tout simplement les grands principes définis par le législateur métropolitain. Une dernière serait de faire une fusion entre les principes hérités du droit du travail métropolitain et les nouveaux principes crées.

La définition des principes fondamentaux du droit du travail renvoie explicitement à s'intéresser au contenu du pouvoir normatif du Congrès et amène à se poser la question suivante : comment se manifestera l'indépendance du Congrès dans le champ du travail ?

On constate que d'autres acteurs participent d'une manière directe ou indirecte à l'élaboration de cette « émancipation » alors que la loi organique du 19 mars 1999 ne leur accorde aucune attribution particulière. N'est-ce pas paradoxalement l'expression de l'indépendance du droit du travail calédonien ? En effet les nouveaux acteurs du droit du travail construiront leurs normes en fonction de leurs réalités sociales.

PARAGRAPHE 2) LE POUVOIR EXÉCUTIF ET LES PARTENAIRES SOCIAUX

880. Le Congrès dispose d'une compétence exclusive pour déterminer les principes fondamentaux dans le champ du droit du travail calédonien. Malgré une protection prévue par la Loi organique, le Congrès n'hésite pas à collaborer avec l'exécutif calédonien qui dispose d'un pouvoir réglementaire délégué (A) et accorde aussi un rôle majeur aux partenaires sociaux (B).

A) La nature de sa compétence

881. Le Gouvernement, représentant du pouvoir exécutif calédonien, est la nouvelle institution créée par les accords de Nouméa et la révision constitutionnelle n° 96-

610 du 20 juillet 1998. La Loi organique du 19 mars 1999 concrétise cette souveraineté partagée en octroyant une indépendance au Gouvernement calédonien. Celle-ci se manifeste par le fait que le président du pouvoir exécutif n'est plus le Haut commissaire mais un président élu par les membres du Gouvernement. Il faut aussi préciser que ces derniers sont eux-mêmes élus par les membres du Congrès[416].

882. La loi organique de 1999 a paradoxalement accordé une compétence d'attribution au Gouvernement limitant fortement son pouvoir et la compétence de principe au Congrès. Autrement dit, c'est une rupture par rapport au modèle constitutionnel français où la Constitution du 4 octobre 1958 a rationnalisé le pouvoir parlementaire au profit du pouvoir exécutif. Dans ce modèle institutionnel, il existe deux types de pouvoirs réglementaires. Le premier est un pouvoir réglementaire d'attribution prévu par l'article 127 de la loi organique de 1999 qui attribue entre autres au Gouvernement la compétence de préparer la codification des lois du pays et la réglementation édictée par la Nouvelle-Calédonie. La nature de ce pouvoir réglementaire est classique. Il permet au pouvoir exécutif calédonien de déterminer le contenu des actes techniques. Cet article revêt une importance capitale car il jouera un rôle majeur dans le processus d'émancipation du droit du travail dans le cadre de la codification. En revanche, le législateur n'accorde aucune attribution de compétences dans le domaine du droit du travail.

883. Le second est un pouvoir réglementaire délégué[417]. C'est le Congrès qui en sera le maître. Comme le prévoit l'article 126 de la Loi organique du 19 mars 1999 « le gouvernement prépare et exécute les délibérations du congrès et de sa commission permanente. Il prend, sur habilitation du congrès ou de sa commission permanente, les arrêtés réglementaires nécessaires à la mise en œuvre de leurs actes ».

Dans un avis rendu le 15 novembre 2001[418] le Conseil d'État a rappelé que « si l'article 99 de la loi organique prévoit en son 7° que les règles du droit domanial de la Nouvelle-Calédonie et des provinces sont fixées par une loi du pays, cette disposition n'a ni

---

[416] Dans l'esprit de l'accord de Nouméa, le pouvoir constituant a volontairement accordé une importance au consensus qui est le préalable avant toute élection. Voir M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011.

[417] Carine Gindre David parle d'un pouvoir réglementaire dérivé. Voir C. Gindre David, préface de J. Gicquel, *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, l'Harmattan , 2008.

[418] *Ibid.*

pour objet ni pour effet de réserver à l'auteur de la loi du pays le soin de fixer l'intégralité de ces règles et n'empêche notamment pas celui-ci de confier au Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie le pouvoir d'adopter les mesures d'application des lois du pays ».

884. En faisant un parallélisme avec le droit du travail, il semblerait que cette solution se transpose en ce qui vise les lois du pays relatives aux principes fondamentaux du droit du travail. Autrement dit, rien n'interdit au Congrès de fixer les principes fondamentaux et, par délibération, de déléguer au Gouvernement la faculté de fixer les mesures d'application des lois du pays. Cette solution, rendue par le Conseil d'État, doit recevoir notre approbation car il aurait été très difficile pour le Congrès de respecter le principe à valeur constitutionnelle de clarté et d'intelligibilité de la loi s'il devait fixer les moindres détails d'une loi du pays.

885. Cette collaboration entre les pouvoirs exécutif et législatif est nécessaire pour l'élaboration d'un droit du travail souverain. En effet la codification du droit relève de la compétence du Gouvernement. Donc, comment le pouvoir exécutif aurait-il pu accomplir sa mission s'il ne pouvait pas intervenir dans le champ du droit du travail calédonien ?

Ce pouvoir réglementaire délégué revêt une importance lorsqu'on se penchera sur l'étude du Code du travail calédonien.

Une grande partie des dispositions prises par le Gouvernement est conforme à l'avis du Conseil d'État. En effet ces mesures sont techniques et viennent compléter les lois du pays fixant les principes fondamentaux.

886. L'article R. 122-5 du Code du travail calédonien en est une illustration parfaite. Ainsi, le certificat délivré par l'employeur au salarié en application de l'article Lp. 122-31 comporte exclusivement les mentions suivantes :

1° La date d'entrée du salarié et celle de sa sortie ;

2° La nature de l'emploi ou, le cas échéant, des emplois successivement occupés ainsi que les périodes durant lesquelles ces emplois ont été tenus.

B) La mission des partenaires sociaux

887. Dans le processus d'émancipation du droit du travail, le Congrès et le pouvoir exécutif accordent une place privilégiée aux partenaires sociaux qui participent à son élaboration. Cette collaboration se manifeste dans l'accord interprofessionnel de 1984 (2) pierre angulaire du droit du travail, et le pacte social du 20 octobre 2000 (1).

1) Le pacte social du 20 octobre 2000

888. Le pacte social a été signé le 20 octobre 2000 après l'entrée en vigueur de la Loi organique du 19 mars 1999 qui transfère l'intégralité des compétences du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie dont les attributions relèveront de la compétence exclusive du Congrès.

889. Ce texte est capital dans le processus d'émancipation car il montre toute la dimension que recouvre le droit du travail dans la construction de ce destin commun. On constate les effets de l'émancipation du droit du travail lorsqu'on observe que les acteurs principaux de ce texte ne sont pas les représentants du pouvoir exécutif métropolitain mais les nouveaux acteurs du droit du travail, à savoir le pouvoir exécutif calédonien, représenté par le Gouvernement et les partenaires sociaux. L'État, comme l'énonce le pacte social, « est associé aux discussions au titre de sa compétence en matière de garantie des libertés publiques, il favorisera la mise en œuvre des différentes dispositions qui le concernent ». Cette disposition met en lumière ce renversement de pouvoir dans la mesure où l'État vient à titre subsidiaire alors que, lorsque le droit local du travail était autonome, c'est l'État qui était l'acteur principal et les représentants locaux intervenaient dans l'espace normatif laissé vacant par le pouvoir exécutif métropolitain.

a) Son contenu et ses objectifs

890. Les objectifs du pacte social calédonien sont multiples.
Le premier est, selon les signataires, de créer « une véritable paix sociale nécessaire au développement économique, notamment par la reconnaissance et le respect des partenaires sociaux dans le champ d'action qui est le leur ». Une comparaison sémantique peut être

réalisée avec le droit du travail métropolitain. En effet, dans les accords cadres conclus par les partenaires sociaux au niveau national[419], il est plus courant de faire référence au principe de la promotion du dialogue social qui est un moyen d'atténuer et de prévenir les conflits sociaux dans le champ du droit du travail. Mais dans le cadre calédonien, ce terme semble avoir une portée plus large car il met l'accent sur le principe de la paix[420]. De ce fait le pacte social s'inscrit dans un processus beaucoup plus important qui doit permettre aux partenaires sociaux et aux partenaires politiques de construire et de préparer ce destin commun en dehors de la métropole.

891. Pour atteindre cet objectif, les signataires reconnaissent qu'il est nécessaire que les employeurs, comme les partenaires sociaux, jouent un rôle respectif dans la limite de leurs prérogatives. Les premiers sont en charge de la gestion de l'entreprise, ils détiennent un pouvoir de direction comportant un ensemble de prérogatives en matière financière, technique, organisationnelle et de ressources humaines. Sous réserve du respect des lois et des règlements, ils exercent leurs responsabilités de manière pleine et entière. Quant aux seconds, la liberté syndicale doit permettre la représentation et la défense des intérêts des salariés à tous les niveaux de l'entreprise, de la branche professionnelle, des organismes paritaires de la Nouvelle-Calédonie dans les limites fixées par le droit.

892. Cette paix sociale suppose, selon les nouveaux acteurs du droit du travail, un encadrement du droit de grève. Cela passera par la mise en place d'un dialogue préventif qui conduira à la mise en place d'un préavis avant le déclenchement d'une grève. Ces règles visent à ouvrir un "espace temps" avant tout conflit, afin d'obliger les partenaires sociaux à se rencontrer pour négocier. Cette nouvelle norme se présenterait de la manière suivante :

- tout mouvement de grève devra être précédé d'un préavis de cinq jours, dont copie sera adressée à la direction du travail ;
- la notification du préavis à l'employeur précisera les motifs de la grève ainsi que la durée envisagée ;
- pendant la durée du préavis, les parties concernées seront tenues de négocier ;

[419] ANI de retraite complémentaire du 8 décembre 1961, ANI du 5 octobre 2009 relatif à l'accès des salariés à la formation professionnelle tout au long de la vie professionnelle.

[420] Les grèves revêtent un double aspect politique et social en Nouvelle-Calédonie : elles assurent d'une part la défense des intérêts collectifs des salariés d'autre part elles déterminent les orientations institutionnelles du pays.

- la direction du travail devra, sur saisine des parties ou à défaut de sa propre initiative, organiser des négociations en vue de régler le différend ;
- chaque partie concernée pourra se faire assister, à l'occasion des négociations, par un représentant d'une organisation syndicale ou patronale ;
- en cas d'échec des discussions, un procès verbal de non conciliation précisant les points sur lesquels porte ou subsiste le différend sera établi par la direction du travail ;
- l'absence de dépôt de préavis ou le non respect de l'obligation de négociation seront sanctionnés par des peines d'amende.

893. En proposant un encadrement du droit de grève dans le secteur privé, les nouveaux acteurs du droit du travail manifestent leur volonté d'indépendance à l'égard du pouvoir métropolitain qui n'a jamais instauré une telle mesure dans l'ordre juridique. La définition de celle-ci résulte essentiellement de la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation[421]. Cette indépendance signifie-t-elle que cette souveraineté est absolue, c'est-à-dire que l'entité peut manifester son pouvoir sans se référer à aucune autre autorité ? Cette question met en lumière toutes les spécificités et les difficultés du sujet lorsqu'on s'interroge sur la notion d'émancipation.

894. Les articles 22 et 99 de la Loi organique du 19 mars 1999 transfèrent effectivement le droit du travail à la Nouvelle-Calédonie et au Congrès calédonien, mais ce même texte prévoit aussi, dans son article 5, que l'État se réserve les compétences régaliennes que sont la justice, la monnaie, la politique étrangère, la défense. Ainsi cette situation juridique démontre que l'émancipation du droit du travail doit être relativisée au motif que cette entité sui generis évolue dans un modèle institutionnel où la souveraineté est partagée et non exclusive.

Ce détour permet de montrer les limites de l'indépendance des nouveaux acteurs. En effet, évoluant dans un système institutionnel dans lequel la Souveraineté est partagée, il en résulte que la Nouvelle-Calédonie est soumise à la Constitution du 4 octobre 1958.

Il se trouve que le préambule de la Constitution de 1946 dispose, dans son alinéa 7, que « le droit de grève s'exerce dans le cadre des lois qui le réglementent ». Cela permet-il pour autant aux pouvoirs calédoniens, avec l'accord des partenaires sociaux, d'instaurer un

---

421 M. Moreau, *La grève,* Économica , 1998.

préavis avant le déclenchement d'une grève dans le secteur privé ? La réponse à cette interrogation n'est pas évidente car elle met en exergue les deux mondes qui opposent un régime souverain à un régime à souveraineté partagée, lesquelles auront une incidence sur le processus d'émancipation du droit du travail.

895. Le second objectif exprimé dans le pacte social est la bataille pour l'emploi. Ainsi le gouvernement affirme sa volonté de tout mettre en œuvre afin d'amplifier la dynamique de croissance et de création d'emplois pour lutter contre le chômage et l'exclusion et contribuer ainsi à l'amélioration des conditions de vie des plus défavorisés. Pour atteindre cet objectif, les signataires s'engagent à augmenter le salaire minimum garanti en Nouvelle-Calédonie et réduire les cotisations patronales et salariales.

L'analyse du contenu du pacte social est insuffisante pour comprendre toute sa portée dans le processus d'émancipation du droit du travail. Il sera nécessaire de s'intéresser à la portée juridique de celui-ci.

b) Sa portée juridique

896. Le pacte social du 29 octobre 1999 est intéressant car il a le mérite de mettre en évidence cette transition entre le passage d'un droit du travail autonome à un droit du travail indépendant. C'est la raison pour laquelle l'État est invité aux discussions mais il n'est plus le moteur principal comme cela fut le cas pour l'ordonnance du 13 novembre 1985[422]. Pour essayer de déterminer la valeur juridique du texte on s'appuiera dans un premier temps, sur la qualification juridique retenue par les parties et, dans un second temps, sur sa portée juridique.

Selon les signataires du texte, celui-ci est un « pacte social ». Le droit positif classe les contrats en deux catégories. Les premiers sont qualifiés de nommés. Leurs particularismes résident dans le fait que, pour leurs validités, le législateur a prévu des conditions de fond et de forme. Prenons le cas des accords d'entreprise qui ne peuvent être opposables à l'égard de leurs destinataires que s'ils respectent des conditions fixées par le législateur[423]. Les seconds sont les contrats innomés, ils sont régis selon la volonté des

[422] Parmi les signataires, le représentant de l'État, le Haut commissaire, est absent.

[423] Avant la réforme du 23 juillet 2008, le législateur métropolitain accorde une place mineure à la notion de majorité pour déterminer la légitimité d'un accord d'entreprise. Dorénavant avec cette réforme, l'audience électorale constitue le pivot de la représentativité. C'est une rupture qui renforce

parties ; en revanche, ils doivent respecter les principes généraux de formation du contrat prévus par les dispositions 1101 et suivant du Code civil[424].

897. En se référant au droit du travail métropolitain, il semble qu'il n'existe aucun type de contrat comparable au pacte social calédonien. En effet les accords nationaux interprofessionnels sont des négociations légiférantes ayant un champ d'application très large puisqu'ils vont aller au delà des « domaines du droit du travail pour s'intéresser aux secteurs de l'emploi, de la prévoyance ou de la sécurité sociale »[425]. Mais ils sont soumis aux règles de formation et de validité des conventions et accords professionnels, et des accords interprofessionnels. Donc ils ne sont pas des contrats innomés.

898. Si l'on devait le définir, le pacte social ne pourrait pas être qualifié de contrat au sens premier du terme ; en effet, dans son préambule, les signataires énoncent qu'ils « sont résolus à s'entendre sur les objectifs et les moyens exposés ci-après, […] et qu'ils s'engagent à promouvoir et à respecter ». Ainsi, il n'a aucune force contraignante à la différence du contrat qui fait naître des obligations réciproques entre les parties, ou à la charge d'une seule d'entre elles.

En résumé, ce pacte social serait un texte programmatique qui aurait pour objectif principal de préparer les nouvelles orientations d'un droit du travail émancipé du pouvoir métropolitain. Il n'a aucune valeur juridique ; en revanche, sa portée symbolique[426] est forte et aura des effets sur l'ordre normatif dans le champ du droit du travail.

c) Bilan du pacte social

899. Bien que le pacte social n'ait aucune valeur juridique, on ne peut pas écarter qu'il ne possède pas néanmoins une valeur accentuée par sa force symbolique et morale très forte. Il ne va pas aussi loin que les accords de Nouméa qui ont bousculé l'ordre

---

l'idée de démocratie sociale dans l'entreprise. Voir G. Bélier, H.-J. Legrand, *La négociation collective en entreprise : nouveaux acteurs, nouveaux accords,* Liaisons , 2011.

424 Cela comprend 4 conditions qui sont le consentement, la capacité, l'objet, la cause.

425 G. Lyon-Caen, J. Pélissier, A. Supiot, *Droit du travail*, Dalloz, 1998, p. 975.

426 En Nouvelle-Calédonie, les symboles représentent une importance majeure dans les relations sociales et politiques. Pour illustrer ces propos, on peut se référer à la poignée de main symbolique entre Jacques Lafleur, anti-indépendantiste et Jean-Marie Tjibaou.

juridique interne[427], mais il a le mérite de fixer les grandes orientations futures du droit du travail.

900. Conformément aux engagements des signataires de l'accord, un ensemble de lois du pays ont été votés par le Congrès pour tenter de mettre en œuvre les dispositions du pacte social. Les pouvoirs publics ont publié un document en date du 20 janvier 2006 qui en réalise le bilan[428]. Il est d'une grande pertinence annonçant clairement que l'ensemble des mesures programmatiques prévues dans le pacte n'ont pas pu être adoptées. Il se subdivise en deux colonnes. La première partie comprend les mesures qui n'ont pas été adoptées, la seconde recense les mesures adoptées partiellement ou totalement par le Congrès. Cela confirme qu'il est important en droit de dissocier les propositions d'un projet et la mise en œuvre de celui-ci. En effet la volonté des signataires[429] ne peut engager celle du Congrès qui représente la Souveraineté territoriale des Calédoniens.

901. Le bilan du pacte social est mitigé car on constate que les dispositions qui devaient marquer la rupture avec l'ordonnance du 13 novembre 1985 n'ont pas été adoptées. Certains auteurs expliquent ces difficultés en raison de différends politiques et des difficultés juridiques. Pour illustrer ces propos, on peut s'appuyer sur l'exemple suivant. Il vise l'instauration d'un service minimum dans le service public en cas de grève touchant les secteurs essentiels de la Nouvelle-Calédonie. Au-delà des divergences politiques, aux premiers abords, cette mesure soulève aussi des interrogations relatives à leur légalité constitutionnelle.

902. Cela montre toute la complexité du processus d'émancipation du droit du travail évoluant dans un système institutionnel à souveraineté partagée. Ainsi cette indépendance du droit du travail est indéniable mais elle rencontre des limites par rapport à l'ordre constitutionnel français.

903. Certaines mesures votées par le Congrès manifestent une indépendance à

---

427 J-.Y. Faberon, préface de F. Luchaire, *L'avenir statutaire de la Nouvelle-Calédonie,* La documentation française, 1997.

428 http://www.dtenc.gouv.nc/portal/page/portal/dte/etudes.

429 Dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, c'est le gouvernement et les partenaires sociaux qui ont conclu l'Accord.

l'égard du législateur métropolitain[430]. La proposition qui prévoyait un relèvement progressif du salaire minimum garanti a été adoptée par une loi du pays du 15 janvier 2001[431].

C'est l'article 25 de l'ordonnance du 13 novembre 1985 qui régit les modalités d'augmentation du salaire minimum garanti. Il est prévu, par un arrêté du Gouvernement, que celui-ci soit relevé dans la même proportion que l'augmentation de l'indice officiel du coût de la vie lorsque celui-ci enregistre une hausse au moins égale à 0,5%. Or, le protocole d'accord prévoyait une augmentation supérieure à l'inflation.

Face à une telle opposition, le Congrès exprimant sa souveraineté a écarté provisoirement l'article 25 de l'ordonnance en insérant l'article 25-1 qui permettra au Gouvernement de relever le salaire minimum dans les proportions prévues par le pacte social.

904. L'exclusion temporaire des dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985 par le Congrès est l'expression de l'émancipation du droit du travail. On constate ainsi que la question des conflits de lois ne se pose plus entre les principes directeurs du droit du travail et le pouvoir local. Le Congrès est titulaire de l'ensemble des pouvoirs pour fixer le Jus commune du droit du travail. Mais le pouvoir calédonien accorde une place majeure aux partenaires sociaux qui participent au renforcement de l'indépendance du droit du travail calédonien en concluant des accords légiférants[432].

2) L'Accord Interprofessionnel Territorial de 1984

905. Le dialogue social occupe une place prépondérante dans la construction du droit local du travail. Cela permet de pacifier, d'atténuer les effets des crises institutionnelles dans les relations professionnelles. Il faut aussi ajouter qu'il existe en Nouvelle-Calédonie une promiscuité très forte entre les acteurs politiques et ceux du monde syndical du fait de la configuration du territoire qui est très petit. L'Accord Interprofessionnel Territorial (AIT) du 13 juillet 1984 est le fondement du dialogue social en Nouvelle-Calédonie. Il participe au développement du Jus proprium car il oriente le travail du législateur dans la détermination

---

430 C. Gindre David, préface de J. Gicquel, *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, l'Harmattan , 2008, p. 551.

431 Loi du pays n°2000-006 du 15 janvier 2001.

432 G. Borenfreund, M.-A. Souriac, « Les rapports entre la loi et la négociation collective : une mise en perspective », Droit social, n°1, Janvier 2003, pp. 72-86.

des mesures ne relevant pas des principes directeurs du droit du travail. Cela explique son extension par l'arrêté n° 3054 du 13 novembre 1984[433].

906. Depuis son adoption, cet arrêté a fait preuve d'une remarquable stabilité dans la mesure où il n'a pas fait l'objet de beaucoup de modifications. Il a été renégocié par un nouvel Accord en date du 27 juillet 1994 complété de plusieurs autres, étendu par l'arrêté n° 3807-T du 4 octobre 1994[434]. Pour combler la carence du législateur métropolitain possédant une compétence exclusive pour fixer les principes directeurs du droit du travail, les partenaires sociaux ont conclu cet Accord interprofessionnel territorial. Ainsi son fondement juridique reste l'Ordonnance n° 82-1114 du 23 décembre 1982.

907. L'objet de l'accord, comme l'indique l'article 1er, est le suivant : « Il se propose de régler les rapports entre les dirigeants des entreprises exerçant sur le Territoire de Nouvelle-Calédonie et les salariés relevant des professions minières, industrielles, commerciales, des professions artisanales, des professions libérales, des syndicats professionnels, associations et groupements de quelque nature que ce soit, ces dispositions seront complétées par des accords de branche ». Cet accord a pour finalité de permettre à l'ensemble des salariés du territoire d'être couverts par une convention collective. Celui-ci n'interdit pas aux partenaires sociaux à un niveau inférieur de compléter certaines dispositions. Certains salariés relevant de statuts législatifs particuliers sont exclus de l'A.I.T[435].

908. Le contenu de l'Accord est très varié. Il vise les relations collectives et individuelles de travail. Dans le domaine des relations collectives, il réglemente le droit syndical et la résolution des conflits collectifs. Aussi, ayant un champ d'application large, il englobe des mesures visant les Comités d'entreprise.

909. Dans le domaine des relations individuelles, l'accord touche plusieurs domaines tels que les conditions de recrutement, la durée du travail, les conditions de

---

433 JONC n°6320 du 20 novembre 1984.

434 JONC n°7021 du 25 octobre 1994.

435 L'article 1er de l'accord vise le personnel des Services Publics, le personnel des secteurs agricoles, le personnel du chargement des minéraliers, le personnel naviguant des transports aériens et de la Marine Marchande.

formation et de rupture du contrat de travail. Cet accord est le précurseur d'une émancipation du droit local du travail. En effet dans l'article 12 de l'accord, les partenaires sociaux n'hésitent pas à fixer le nombre de délégués syndicaux ; cette prérogative relève en principe plutôt des principes directeurs du droit du travail donc de la compétence du législateur métropolitain.

910. Le nouveau législateur calédonien, dans le cadre de sa compétence exclusive, ne remet pas en cause l'interventionnisme des partenaires sociaux dans le champ de ses attributions. Au contraire, il privilégie dans le processus législatif le dialogue avec les organisations syndicales. Cette situation permet de contribuer à l'apaisement social et politique sur le territoire. Cette indépendance accordée au pouvoir calédonien dans le droit du travail doit être nuancée en raison de la spécificité institutionnelle du territoire. N'étant pas un État, cela a des répercussions sur le droit du travail qui n'est pas totalement indépendant.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1er

911. L'Accord de Nouméa a donné une nouvelle dimension à la question de l'émancipation du droit du travail. Celui-ci se détache de l'autonomie pour basculer dans un processus d'indépendance. Le terme de processus est plus juste qu'indépendance car, dans le cadre de la Nouvelle-Calédonie, elle ne peut pas être totale, immédiate en raison de la spécificité constitutionnelle du territoire qui ne dispose pas d'une souveraineté totale mais partagée. Ce qui signifie que les prérogatives régaliennes relèveront en principe de la compétence exclusive de l'État. En revanche, les domaines qui se trouvent en dehors du pouvoir régalien seront transférés à la Nouvelle-Calédonie.

912. Ainsi la loi organique du 19 mars 1999, qui détaille techniquement les mesures issues de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, accorde une compétence exclusive à la Nouvelle-Calédonie dans le champ du droit du travail. De ce fait, la summa divisio du droit local du travail résultant de l'ordonnance du 13 novembre 1985 disparaît pour laisser place à un droit soumis au pouvoir des autorités politiques locales.

913. Cette nouvelle conception du droit du travail conduit à réfléchir sur les nouveaux acteurs ayant la compétence pour construire ces nouvelles normes. Dans le contexte calédonien, la loi organique privilégie le Congrès, titulaire du pouvoir législatif. Toutefois celui-ci n'hésite pas à travailler en étroite collaboration avec les partenaires sociaux afin que la paix sociale soit la continuité de la paix politique.

914. Pouvoir unique ne signifie cependant pas que les sources du droit du travail calédonien seront uniques ; elles seront multiples. Ce qui est remarquable, c'est que cette indépendance du droit du travail oblige les nouveaux acteurs à définir le concept de pouvoir. À défaut de cela, des conflits de compétences avec le pouvoir métropolitain se poseront, donc il n'est pas à exclure que cela devienne une source d'insécurité juridique. L'indépendance du droit du travail calédonien n'est pas absolue car, évoluant dans une souveraineté partagée, elle rencontre des limites.

CHAPITRE 2) LES LIMITES DE L'INDÉPENDANCE

915. L'indépendance se caractérise par la faculté pour une entité d'exercer un pouvoir sans avoir à se référer à une autorité supérieure. C'est l'essence même de la souveraineté. Celle-ci s'acquiert pour les territoires colonisés selon un processus qui peut s'élaborer sur la base d'un compromis exprimé dans un traité ou dans une rupture violente. Les anciennes colonies françaises ont adopté la première option basée sur un compromis entre les élites intellectuelles de ces territoires avec la puissance coloniale.

916. Pour la Nouvelle-Calédonie, l'orientation choisie a été différente car la réalité sociale, économique et culturelle est différente. Ce sont les accords, d'abord de Matignon, puis de Nouméa, qui ont mis en œuvre ce compromis afin de garantir un destin commun à l'ensemble des communautés vivant sur le territoire. Cette nouvelle organisation institutionnelle a mis en place un processus d'autodétermination qui instaure un transfert progressif des compétences de la métropole vers les nouvelles autorités politiques calédoniennes. Ce schéma institutionnel innovant a eu des répercussions sur le droit du travail. En effet la loi organique du 19 mars 1999 a transféré celui-ci à la Nouvelle-Calédonie, mais certaines attributions relèvent toujours de la compétence de l'État.

Cette organisation particulière a eu pour effet de limiter cette indépendance du droit du travail. La limitation ne résulte pas d'un contrôle du pouvoir politique métropolitain mais repose sur l'obligation pour le législateur calédonien de respecter les principes fondamentaux issus des normes internes (Section 1) et aussi les normes internationales et communautaires (Section 2).

SECTION 1: LE RESPECT DES NORMES INTERNES

917. L'accord de Nouméa de 1998, complété par la Loi organique de 1999, a posé les bases d'un transfert de compétences, tout en prévoyant que l'État français conserve les compétences régaliennes. Celles-ci seront transférées à la Nouvelle-Calédonie à l'issue d'un référendum[436]. Cette organisation institutionnelle, inédite sous la Vème République, conduit à une summa divisio qui accorde une souveraineté partielle à une entité sui generis. De ce fait, cette situation a des conséquences sur le droit du travail, plus particulièrement sur

[436] Point 6 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998.

le processus d'émancipation qui est nécessairement réduit malgré la compétence exclusive du Congrès. En l'absence d'une souveraineté totale, la Nouvelle-Calédonie est soumise au respect des normes constitutionnelles de l'État métropolitain et à un contrôle, non pas des autorités politiques métropolitaines, mais de l'autorité judiciaire. Ces limites constitutionnelles (§ 1) et juridictionnelles (§ 2) imposées à la Nouvelle-Calédonie se répercutent sur le droit du travail calédonien.

PARAGRAPHE 1 : LES LIMITES CONSTITUTIONNELLES

918. La souveraineté partielle de la Nouvelle-Calédonie a des répercussions sur le pouvoir calédonien. Cela conduit à une limitation des pouvoirs du Congrès dans le champ du droit du travail. Elle résulte du respect de la Loi Fondamentale (A) interprétée au sens large. Il est intéressant de constater que la Loi Fondamentale sera le gardien des droits fondamentaux des salariés calédoniens. Pour garantir l'effectivité du respect de la Loi fondamentale, la Loi organique du 19 mars 1999 prévoit un contrôle de constitutionnalité spécifique pour la Nouvelle-Calédonie (B).

A) La Loi Fondamentale

919. Entité sui generis ayant une souveraineté partagée avec l'État métropolitain, la Nouvelle-Calédonie dispose d'un bloc de constitutionnalité commun avec la France (1) qui s'est enrichi avec d'autres textes amenant à créer un bloc de constitutionnalité spécifique au territoire (2).

1) Le bloc de constitutionnalité calédonien

920. Depuis les accords de Nouméa et la Loi organique du 19 mars 1999, le droit du travail suit le mouvement « d'accession à la pleine souveraineté du territoire »[437]. Cette phrase est importante car elle permet de nuancer le substantif « indépendance » pour qualifier le nouveau droit du travail. L'indépendance ne doit pas être entendue comme la Souveraineté pleine et entière du Congrès pour adopter les lois du pays. Autrement dit, le

[437] Décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 du 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51.

pouvoir législatif calédonien est indépendant à l'égard du pouvoir parlementaire et exécutif de la métropole pour la mise en œuvre de l'ensemble des compétences qui lui sont attribuées. Malgré cela, cette indépendance est sous le contrôle du Conseil Constitutionnel, gardien de la Loi Fondamentale du 4 octobre 1958. C'est la raison pour laquelle il est difficile d'affirmer que le droit du travail est souverain car les lois du pays sont soumises au contrôle de constitutionnalité selon une procédure spécifique.

921. Les articles 102 et 104 de la loi organique du 19 mars 1999 ont prévu une procédure spécifique pour la saisine du Conseil constitutionnel mais rien n'est prévu dans la détermination du contenu des normes constitutionnelles auxquelles seront soumises les lois du pays.

922. Une grande partie des auteurs[438] appliquent la règle du parallélisme des formes pour résoudre le vide juridique issu de la Loi organique du 19 mars 1999. Après avoir qualifié la nature juridique de la loi du pays, ils en ont déduit que celle-ci était soumise au même bloc de constitutionnalité que les lois métropolitaines. Ainsi les lois du pays relatives au droit du travail sont soumises dans le cadre du contrôle de constitutionnalité calédonien au respect de la constitution de 1958, de la DDHC de 1789 et enfin du préambule de la Constitution de 1946. Il faut aussi ajouter les principes fondamentaux reconnus par les Lois de la République. Certains auteurs justifient ce parallélisme des formes en s'appuyant sur l'article 1er de la Constitution qui consacre le principe d'indivisibilité du territoire de la République[439]. Evoluant dans un système à Souveraineté partagée, la Nouvelle-Calédonie est une partie intégrante de la République donc les lois du pays relatives au droit du travail doivent se conformer au bloc de constitutionnalité.

923. Ce concept de souveraineté partagé, qui bouleverse le droit du travail calédonien, rend cette réalité plus complexe puisque, dans une décision du 15 mars 1999,[440] le Conseil constitutionnel a consacré la reconnaissance d'un bloc de constitutionnalité propre à la Nouvelle-Calédonie. Ainsi cela aura nécessairement des répercussions sur le

[438] C. Gindre David, préface de J. Gicquel, *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'État unitaire français,* l'Harmattan, 2008.
[439] C. Gindre David, préface de J. Gicquel, *Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'État unitaire français*, l'Harmattan, 2008. P. 179.
[440] Décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 du 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51.

droit du travail.

2) Un bloc de constitutionnalité original

924. Le Conseil constitutionnel, conformément à l'article 46 et 61 alinéa 1er de la Constitution, a été saisi par le Premier ministre le 16 février 1999 concernant la Loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie. Cette décision est frappante car les Sages montrent une fois de plus que ce territoire est une entité sui generis ayant ses propres spécificités et se détache de la métropole. Alors que le droit du travail calédonien est indépendant conformément aux articles 22 et 99 de la loi organique du 19 mars 1999, celui-ci est soumis au respect du bloc de constitutionnalité.

925. Pour justifier cette décision, le Conseil Constitutionnel avance les arguments suivants dans le considérant 3 s'intitulant « les normes de référence et l'étendue du contrôle exercé par le Conseil Constitutionnel ».

En premier lieu, il retient que rien ne s'oppose, sous réserve des prescriptions des articles 7, 16 et 89 de la Constitution, à ce que le Pouvoir constituant introduise dans le texte de la Constitution des dispositions nouvelles qui, dans les cas qu'elles visent, dérogent à des règles ou principes de valeur constitutionnelle, ces dérogations pouvant n'être qu'implicites.

Il en déduit, en se basant sur l'attribut du sujet « implicite » que le contrôle de la loi organique devait se faire au regard du nouvel article 77 de la Constitution issu de la loi constitutionnelle n°98-610 du 1998. Il va encore plus loin en incluant les orientations définies par l'Accord de Nouméa de 1998.

926. En mettant dans la hiérarchie des normes du territoire ces orientations issues des Accords qui consacrent l'émancipation du droit du travail, le Conseil constitutionnel renforce l'indépendance du droit du travail calédonien sous plusieurs angles.

La première face de cette indépendance se caractérise à l'égard du législateur métropolitain qui devient totalement externe à la construction et à l'évolution du droit du travail. Le législateur calédonien a le monopole exclusif pour fixer le Jus commune.

La deuxième face de celle-ci est la reconnaissance par le juge constitutionnel de la spécificité de la matière qui pourra prendre ses distances par rapport aux dispositions du Jus commune issues de l'ordonnance du 13 novembre 1985. En effet les Accords de Nouméa

consacrent certains principes[441], tel le droit à la protection de l'emploi local, interdits dans la Constitution française. Dans son considérant 3, le juge constitutionnel met ces particularismes en lumière lorsqu'il soutient que les orientations de l'Accord dérogent à un certain nombre de règles ou principes de valeur constitutionnelle. Il fait référence à la question de l'emploi local.

B) Le contrôle de constitutionalité Calédonien

927. Soumis à la loi fondamentale, le législateur calédonien est contrôlé par le Conseil Constitutionnel qui peut exercer son contrôle a priori et a posteriori (1) sur les lois du pays (2).

1) Un contrôle a priori

928. L'instauration du contrôle de constitutionnalité pour les lois du pays revêt, comme pour le bloc de constitutionnalité, certaines particularités spécifiques au territoire. En effet l'article 61 de la Constitution, qui aménage le mode de saisine du Conseil Constitutionnel, prévoit que les lois peuvent être déférées au Conseil constitutionnel, avant leur promulgation, par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat ou soixante députés ou soixante sénateurs[442]. Ce contrôle a priori est réservé aux autorités politiques de la métropole.

929. Faisant partie du bloc de constitutionnalité depuis une décision du Conseil Constitutionnel de 1998, l'Accord de Nouméa de 1998 prévoyait dans le point 2.1.3 que « certaines délibérations du Congrès auront le caractère de loi du pays et de ce fait ne pourront être contestées que devant le Conseil constitutionnel avant leur publication, sur saisine du représentant de l'État, de l'Exécutif de la Nouvelle Calédonie, d'un président de province, du président du Congrès ou d'un tiers des membres du Congrès ».

Cette position a été reprise par la loi organique du 19 mars 1999. Mais le législateur n'a pas reproduit fidèlement et durablement les dispositions de l'accord de Nouméa.

---

441 Point 4 de l'accord de Nouméa.

442 Cette réforme issue de la révision constitutionnelle de 1974 a fortement influencé et modifié la mission initiale du Conseil constitutionnel. Voir P. Jan, préface de J. Rossetto, *La saisine du Conseil constitutionnel,* L.G.D.J , 1999.

930. Les membres du Sénat coutumier ainsi que le Président, à la différence de la métropole, ne seront pas compétents pour saisir les Sages[443]. Ceci s'explique au motif que cet organe possède une compétence restreinte qui ne concerne que les domaines visant essentiellement les questions du statut personnel, de l'identité kanak et du droit coutumier[444].

Cette interdiction de principe est contestable car le droit du travail, à la différence d'autres disciplines juridiques, vise une grande partie du corps social. Ainsi, à travers une jurisprudence audacieuse, la Cour de cassation a bien réussi à démontrer que l'épouse de l'entrepreneur pouvait bénéficier des mesures protectrices du droit du travail alors qu'on aurait pu penser que le lien de subordination juridique n'existait pas.

931. Il en est de même pour les citoyens kanaks régis par le statut personnel. Si le Congrès prend une mesure visant à limiter ou à élargir le champ du droit du travail, cette mesure pourrait avoir des incidences indirectes sur les citoyens kanaks qui peuvent êtres régis par d'autres règles coutumières plus protectrices ou moins protectrices que cette nouvelle loi du pays. Dans cette configuration, les membres du Sénat coutumier ainsi que le Président ne pourront pas saisir le Conseil Constitutionnel pour qu'il exerce un contrôle de constitutionnalité.

932. L'instauration du contrôle de constitutionnalité sur les lois du pays « permet de manière symbolique, de reconnaître à certaines délibérations d'une importance particulière (…) une dignité égale à celle des lois votées par le Parlement [445] ». Certains auteurs vont plus loin en soutenant que « la nature législative des lois du pays découle directement de l'existence de ce contrôle de constitutionnalité[446] ». Autrement dit, au niveau calédonien, « c'est la compétence du Conseil constitutionnel qui conforte cette nature législative ». Mais les articles 104 à 107 de la loi organique ne transposent pas d'une manière fidèle et durable les dispositions de l'article 61 de la Constitution organisant le contrôle de constitutionnalité sur les lois nationales. En métropole, le contrôle de constitutionnalité se réalise avant la promulgation de la loi par le Président de la

---

443 Article 104 de la LO du 19 mars 1999.

444 M. Chauchat, *Les institutions de la Nouvelle-Calédonie*, SCEREN CDP Nouvelle-Calédonie, 2011 .

445 E. Guigou, Jo déb., Sénat, 1er juillet 1998, p. 3632.

446 A. ROUX, "*Le contrôle du Conseil constitutionnel sur les lois du pays*" , in La souveraineté partagée, Actess du Colloque de Nouméa (dir. J.-Y FABERON et G. AGNIEL), Notes et études documentaires, La Documentation française, 2000, pp. 339-349.

République ; en revanche la Loi organique du 19 mars 1999 aménage un contrôle spécifique pour la Nouvelle-Calédonie. En effet l'article 104 prévoit que le Conseil Constitutionnel ne peut être saisi qu'après que la loi du pays a fait l'objet d'une deuxième délibération en application de l'article 103 de la loi organique.

933. Les autorités compétentes pour la saisine sont le Haut-Commissaire, le Gouvernement, le président du Congrès, le président d'une assemblée de province ou dix-huit membres du Congrès. Ils disposent d'un délai de dix jours pour rendre sa décision.

Cette obligation d'une double délibération revêt une importance particulière dans le cadre calédonien. En effet, le Congrès est une Chambre monocamérale donc, si une seconde lecture est demandée « pendant les quinze jours qui suivent l'adoption d'une loi du pays par le haut-commissaire, le gouvernement, le président du congrès, le président d'une assemblée de province ou onze membres du congrès », on peut alors en déduire qu'il n'y a pas eu de consensus autour de cette loi du pays. Le texte ajoute que cette nouvelle délibération ne peut pas être refusée. Cette absence de consensus conduit à une rupture de confiance qui justifiera la saisine du Conseil constitutionnel.

934. Le dispositif retenu aura des conséquences importantes pour le droit du travail. À la différence de la métropole, il se construira sur la base d'un consensus politique et syndical. Le pacte social du 20 octobre 2000 est à l'avant-garde de ce consensus social. Cette analyse est partagée par Monsieur Roux lorsqu'il reprend les remarques de Monsieur Dosière[447] qui soutient que cette procédure spécifique à la Nouvelle-Calédonie « est destinée à assurer le plus large consensus possible sur les lois du pays et à donner le maximum de garanties aux diverses tendances représentées par le congrès ». Il ajoute qu'elle a un caractère préventif car « cette seconde délibération permet de revenir sur certaines dispositions dont la constitutionnalité serait des plus douteuses et de prévenir par là-même une invalidation par le Conseil constitutionnel ».

935. Sur un plan général, le Conseil constitutionnel occupera une place majeure dans le processus d'émancipation du droit du travail. Avant les Accords de Nouméa et la révision constitutionnelle ayant permis l'adoption de la loi organique de 1999, la question de

[447] D. Bussereau, R. Dosière, *Rapport d'information sur la mise en place des institutions de la Nouvelle-Calédonie*, Assemblée nationale, 2001.

l'émancipation variait en fonction des alternances politiques au niveau national. Ainsi le courant de l'universalisme du droit du travail adoptait une législation assimilationniste qui réduisait toute autonomie de l'Assemblée locale ; en revanche, le courant favorable au particularisme local avait une conception autonomiste du droit local du travail qui accordait à l'Assemblée territoriale des compétences plus larges en droit du travail.

936. Avec l'instauration du contrôle de constitutionnalité, le pouvoir d'orientation du processus d'émancipation du droit du travail calédonien dépendra de la jurisprudence exclusive du juge constitutionnel[448]. La décision du 15 mars 1999 donne un aperçu de l'orientation jurisprudentielle du Conseil constitutionnel par rapport à sa conception de l'émancipation du droit du travail. En effet, en créant un bloc de constitutionnalité spécifique pour la Nouvelle-Calédonie, il accepte que cette émancipation s'oriente vers une orientation indépendantiste afin qu'elle respecte les spécificités du territoire, telle que la protection de l'emploi local.

937. En présence d'un conflit constitutionnel visant une loi du pays[449] le Conseil constitutionnel fera-t-il prévaloir la norme interne ou la norme nationale ? La réponse dépendra des orientations qu'il souhaite donner à la notion d'émancipation. S'il adopte une conception stricte de l'indépendance, il fera prévaloir les normes internes, en revanche s'il s'oriente vers une conception large de l'indépendance, il privilégiera l'Accord de Nouméa qui s'inscrit dans un processus indépendantiste.

938. Le bilan du contrôle de constitutionnalité est très faible depuis son instauration[450]. Ceci s'explique en raison d'une procédure spécifique pour le territoire ; celle-ci exige une double délibération avant la saisine du Conseil constitutionnel. Cette situation originale conduit paradoxalement à la construction d'un droit du travail basé sur le consensus. Mais celui-ci rencontre des limites. De ce fait, la souveraineté et la souveraineté partagée ne signifient pas la même chose juridiquement ; cette différence aura des effets

---

448 Il faut comprendre que le juge constitutionnel, à travers son pouvoir de contrôle des lois du pays, sera amené à définir le contour de cette indépendance du droit du travail.

449 Le contenu du bloc de constitutionnalité de la Nouvelle-Calédonie est spécifique. En effet il comprend l'ensemble des normes métropolitaines et il est enrichi de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998.

450 Depuis l'instauration des lois du pays, le Conseil constitutionnel a été saisi à deux reprises. La première Décision n° 2000-1 LP date du 27 janvier 2000. La seconde Décision n° 2006-2 LP du 05 avril 2006 concerne les lois du pays relatives à la représentativité des organisations syndicales de salariés.

importants pour le droit du travail en cas de réformes dans le droit métropolitain. C'est ce qui s'est produit avec la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 qui a introduit, par un nouvel article dans la Constitution, un contrôle a posteriori des lois, plus connu sous le terme de question prioritaire de constitutionnalité[451] (QPC). La Nouvelle-Calédonie, malgré son statut particulier, fait partie de l'État français qui a conservé pendant la période transitoire les fonctions régaliennes. Malgré cette indépendance du droit du travail, cette réforme concerne directement le territoire dans la mesure où les prérogatives judiciaires relèvent du domaine régalien.

2) Le contrôle a posteriori : la question prioritaire de constitutionnalité

939. Le nouvel article 61-1 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 permet, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, de soutenir qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit ; le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé.

On aurait pu croire que cette réforme constitutionnelle concernerait exclusivement les lois votées par le législateur métropolitain. Mais le pouvoir constituant a adopté une conception large de cette réforme et a élargi la question prioritaire de constitutionnalité aux lois du pays conformément à l'article 107 de la loi organique du 19 mars 1999. Chose surprenante, ce n'est pas le pouvoir constituant qui a ajouté ce point mais la commission de lois de l'Assemblée nationale.

940. Cet élargissement de la question prioritaire de constitutionnalité aux lois du pays possède le mérite de montrer que la Nouvelle-Calédonie est une partie intégrante de la République et, deuxièmement, met en évidence que celle-ci est « bien un acte législatif expression d'un pouvoir de nature législative»[452]. Ainsi l'ouverture de la question prioritaire de constitutionnalité à l'égard des lois du pays « lève toute incertitude »[453] selon un auteur quant à la nature des lois du pays qui sont des « lois »[454] conformément à l'article 99 de la loi

---

451 Article 46-I de la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008.

452 J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La Documentation française, 2000.

453 Sous la direction de D. Rousseau, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du Palais , Lextenso , 2010, J. ROUX, p. 42.

454 Décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 du 15 mars 1999, *Rec.*, considérant 20, p. 51.

organique dans les domaines définis par le législateur métropolitain. Il va plus loin en pensant que la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) était la suite logique du contrôle préventif prévu à l'article 104 de la loi organique.

941. La QPC pourra concerner l'ensemble des mesures relatives au droit du travail calédonien. En revanche, les dispositions réglementaires, dans l'hypothèse où le Congrès recourt à la délégation de compétence au profit du Gouvernement, ne pourront pas être soumises à la QPC. Car cette délégation prive ces dispositions de « toute force de loi »[455]. Elles seront de ce fait soumises au contrôle de légalité exercé par la juridiction administrative.

La procédure relative à la QPC applicable aux lois du pays est régie par la loi organique n°2009-1523 du 10 décembre 2009. Elle est similaire à la métropole mais l'alinéa 2 de l'article 23-8 de la Loi organique ajoute que le Conseil constitutionnel devra, en cas de saisine, informer le Président du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, le Président du Congrès et les Présidents des assemblées de province[456].

942. On constate que la saisine du Conseil constitutionnel a posteriori a pour effet de contourner la spécificité du contrôle a priori prévue par l'article 104 de la Loi organique qui exige une double lecture de la loi du pays avant toute saisine du Conseil constitutionnel[457]. Ainsi la perception d'un droit du travail construit sur la base du consensus entre les partenaires sociaux et le législateur local doit être nuancée. Car en permettant à toutes les parties, lors d'un procès devant une juridiction, de saisir le Conseil constitutionnel, les lois du pays relatives au droit du travail pourront être contestées et le consensus institutionnel[458] sera fragilisé.

943. En second lieu, la décision n° 2011-205 du 9 décembre 2011[459] portant sur une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'article Lp. 311-2 du code du travail

---

455 Sous la direction de D. Rousseau, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du Palais , Lextenso , 2010, J. ROUX p. 43.

456 Celui-ci devra aussi informer le Président de la République, le Premier Ministre, le Président du Sénat et le Président de l' Assemblée Nationale.

457 Le Sénat coutumier exclu de la saisine du Conseil Constitutionnel pourra, dans le cadre de la QPC, le faire indirectement.

458 Le consensus occupe une place importante dans la construction des relations sociales et professionnelles en Nouvelle-Calédonie.

459 Cette décision fera l'objet d'une analyse spécifique ultérieurement.

calédonien confirme l'analyse concernant l'idée de l'abandon d'un droit du travail consensuel. Car l'article 7 de la loi organique, en permettant aux parties à l'instance de contester la constitutionnalité de la Loi du pays, remet en question le principe d'un droit du travail élaboré sur la base d'un pacte social qui s'imposerait au législateur calédonien.

944. Il est intéressant d'observer que la question prioritaire de constitutionnalité a le mérite de mettre en évidence la réalité institutionnelle de l'émancipation du droit du travail calédonien depuis les Accords de Nouméa de 1998 et la loi organique de 1999, mais cette indépendance doit être relativisée car, paradoxalement, elle se trouve sous le contrôle du gardien de la Constitution. En effet, sa mission sera de vérifier que les Lois du pays sont conformes à la Constitution et au bloc de constitutionnalité spécifique à la Nouvelle-Calédonie. Mais lors de la demande de renvoi devant le Conseil constitutionnel, les parties disposent d'une liberté totale et entière pour appuyer leur demande. Ils pourront appuyer leurs arguments exclusivement sur les normes constitutionnelles métropolitaines. C'est ce qu'ont fait les plaideurs dans la DC du 13 décembre 2011. A aucun moment ils n'ont cité le bloc de constitutionnalité calédonien ; ne serait-ce pas, d'une manière indirecte, une remise en question implicite de l'indépendance du droit du travail calédonien ?

945. Les limites à cette « émancipation-indépendance » du droit du travail ne sont pas exclusivement constitutionnelles, elles sont aussi juridictionnelles. En effet, dans l'Accord de Nouméa, l'orientation n°3 alinéa 1 prévoit que l'État conserve un monopole exclusif dans les compétences qui ont un caractère régalien ; or la justice relève de ce domaine. A l'instar du Conseil constitutionnel, les juridictions suprêmes de l'État, la Cour de cassation et le Conseil d'État, vont occuper une place importante dans la définition même de l'indépendance du droit du travail.

PARAGRAPHE 2 : Les limites juridictionnelles

946. Le contrôle juridictionnel de la Cour de cassation et des juges du fond créera une dualité jurisprudentielle. Dans un premier cas les juges du fond, qui vivent les réalités locales calédoniennes, devront faire respecter les dispositions du droit du travail prenant leur source dans le Code du travail calédonien. Dans l'exercice du contrôle des faits, ils vérifieront si ces normes ne violent pas les normes constitutionnelles. La Cour de

cassation sera confrontée aux mêmes difficultés que les juges du fond. Elle devra garantir l'ordre juridique interne de la Nouvelle-Calédonie, mais préserver l'ordre juridique constitutionnel qui protège les droits fondamentaux des salariés (A). Cette réforme constitutionnelle a pour effet d'exclure partiellement le Conseil d'État du contrôle du droit du travail (B).

A) Le contrôle juridictionnel de la Cour de cassation et des juges du fond

947. L'indépendance du droit du travail calédonien permet de mettre en lumière toute l'importance du travail jurisprudentiel des juges du fond (1) et de la cour de cassation (2) qui doivent s'adapter à cette nouvelle réalité institutionnelle calédonienne.

1) La dualité jurisprudentielle des juridictions du fond

948. L'article 22 de la loi organique de 1999 prévoit que la Nouvelle-Calédonie possède une compétence exclusive dans le droit du travail. Celui-ci est complété par l'article 99 de la même loi qui attribue au Congrès les attributions exclusives dans le cadre des lois du pays pour déterminer le contenu des normes dans le droit du travail.

La détermination d'une norme en droit ne suffit pas à lui accorder une matérialité. En effet celle-ci ne prendra tout son sens que lorsqu'elle sera confrontée à la réalité des faits qui résultent, soit de l'action de l'homme, soit d'une chose[460]. En ce qui concerne le droit du travail, la confrontation entre les lois du pays qui régissent la matière et la réalité se réalisera au moment où le contrat de travail sera formé. Ainsi, c'est au moment où une difficulté d'interprétation de la loi, du contrat de travail se posera pour le salarié, l'employeur ou les organisations syndicales que la loi du pays prendra tout son sens. Si les parties ne sont pas d'accord sur l'interprétation donnée à la source normative, alors il reviendra au juge de trancher le litige conformément à la loi du pays.

949. Dans le processus d'émancipation du droit du travail, les juges du fond se

[460] Il faut comprendre par là que l'on prendra conscience de tous les impacts d'une norme au moment où celle-ci sera confrontée au réel. Prenons le cas de l'article 1384 alinéa 1 du code civil. Au moment de sa rédaction, les rédacteurs du Code civil ne pouvaient pas mesurer toute son ampleur sur une société dans laquelle la révolution industrielle accordera une place majeure aux machines, lesquelles représenteront un risque pour la santé et l'environnement.

trouvent en présence d'une situation complexe qui se trouve dans l'une des Lois Fondamentales organisant le statut de la Nouvelle-Calédonie. La première se situe dans l'article 21 de la Loi organique qui prévoit que la justice qui relève du domaine régalien reste sous la compétence exclusive de l'État français. Le second dilemme se retrouve dans l'article 22 de la loi organique de 1999 qui attribue la compétence exclusive du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie.

En présence de telles contradictions, quelle sera la position des juges du fond ? Vont-ils privilégier l'esprit de la Loi organique qui transfère entièrement le droit du travail à la Nouvelle-Calédonie[461] ? Admettons qu'ils choisissent cette option, que se passera-t-il si une loi du pays est en conflit avec une norme constitutionnelle ou une disposition du bloc de constitutionnalité ? Si on s'inscrit dans la théorie du réalisme américain, il reviendra aux juges de définir la réalité que recouvre la notion de transfert de compétence.

En revanche, dans le système juridique français, car le juge ne dispose pas d'une liberté d'appréciation aussi large que le juge américain. L'esprit de la Loi doit primer sur la volonté de celui-ci afin d'encadrer sa subjectivité inhérente à toute décision judiciaire. Garant des droits fondamentaux des salariés et soumis au principe de la hiérarchie des normes, ils devront en principe écarter la norme d'un niveau inférieur pour appliquer la norme supérieure. Ainsi, même si ce dernier souhaite respecter les orientations indépendantistes de la Loi organique, et des accords de Nouméa, cette volonté sera limitée par rapport à la prééminence de la Constitution qui s'impose à tous, même aux autorités calédoniennes qui disposent d'une partie de la Souveraineté du Parlement.

950. Un troisième dilemme se pose aux juges du fond. Avant les accords de Nouméa et la Loi organique de 1999, les juges du fond ont élaboré une jurisprudence. Certes elle n'a pas la même portée que celle de la Cour de cassation. Mais elle devait prendre en compte ces deux réalités qui se manifestent dans le Jus commune fixé par le législateur métropolitain et le Jus proprium relevant de la compétence de l'assemblée territoriale.

Les juges du fond avaient élaboré une jurisprudence se détachant de l'esprit de la loi de 1984 qui privilégiait une conception autonomiste du droit du travail. Ils avaient opté pour une jurisprudence assimilationniste. C'est-à-dire que les juges appliquaient les concepts issus du droit du travail métropolitain. On pouvait justifier cette orientation jurisprudentielle

[461] G. TUSSEAU, *La théorie des normes de compétence d'Alf Ross*, Les Annales du droit, 2010, p. 323.

en raison de la position du législateur métropolitain qui avait adopté une conception large du Jus commune, donc l'espace accordé à l'assemblée territoriale était de facto réduit.

951. Mais avec l'évolution institutionnelle Calédonienne qui a conduit à l'émancipation du droit du travail, les juges du fond vont-ils adopter une jurisprudence respectant l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 qui transfère le droit du travail à la Nouvelle-Calédonie[462] ?

2) La dualité jurisprudentielle de la Cour de cassation

952. La Cour de cassation se retrouve dans la même situation que les juges du fond par rapport aux bouleversements institutionnels de la Nouvelle-Calédonie qui ont des répercussions importantes sur le droit du travail. D'une conception autonomiste, on a basculé à une conception indépendantiste ; ainsi, quelle sera la position de la Cour de cassation ? Dans sa jurisprudence, la Haute cour avait pris la même position que les juges du fond en privilégiant une assimilation avec le droit du travail métropolitain. Parfois le fondement juridique des arrêts rendus par la Cour de cassation s'appuyait sur les dispositions du droit du travail et ne faisait aucune référence aux dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985 ou des délibérations de l'assemblée territoriale de la Nouvelle-Calédonie.

953. Cette assimilation juridique ne soulevait pas trop de difficultés concernant le droit local du travail car une grande partie des dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985 était issue du droit du travail métropolitain. En revanche, la Cour de cassation pourra-t-elle poursuivre cette œuvre jurisprudentielle qui serait en totale opposition avec l'Accord de Nouméa et la loi organique du 19 mars 1999 ?

954. Dans un arrêt de cassation en date du 24 septembre 2008[463], la Haute juridiction a rendu une décision qui a le mérite de mettre en évidence qu'elle n'est pas restée

---

[462] Après une période d'observation en Nouvelle-Calédonie (interview de la présidente du Tribunal du travail), il est frappant de constater que les acteurs et les destinataires du Code du travail n'aient pas pris conscience de cette indépendance institutionnelle du droit du travail calédonien.

[463] Cour de cassation, Ch. Sociale pourvoi n° 07-60473, 24 septembre 2008, non publié.

indifférente au processus d'émancipation du droit du travail.
Le fondement juridique de la solution ne sera pas issu du droit métropolitain mais du droit calédonien. Ainsi, dans son visa, la Haute Cour abandonne sa conception assimilationniste pour s'orienter vers une conception indépendantiste. En effet, elle s'appuie sur les textes calédoniens que sont les articles 58-2, 61 et 62 de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985, tels que modifiés par l'article 1er de la loi de pays n° 2006-4 du 14 avril 2006.
En adoptant une telle position, les juges du droit se conforment à l'évolution institutionnelle s'orientant vers une indépendance graduelle de l'île.

955. Dans la seconde affaire, la Cour de cassation est moins explicite dans son dernier attendu. Néanmoins, cela marque tout de même une confirmation de sa nouvelle jurisprudence qui accepte l'émancipation du droit du travail. Elle abandonne sa jurisprudence qui créait une confusion entre les sources métropolitaines du droit du travail et les sources locales du droit du travail.
Par un arrêt en date du 18 janvier 2012[464], la cour de cassation rejette le pourvoi formé par l'Office calédonien de distribution.

956. L'analyse se limitera sur les textes invoqués par les demandeurs au pourvoi. Dans cet arrêt, les parties ne s'appuient pas sur les dispositions du Code du travail calédonien, mais sur celles du Code du travail métropolitain. Ces derniers donnent l'impression qu'ils sont hermétiques au processus d'émancipation du droit du travail.
Ainsi, selon les auteurs du pourvoi, la prise d'acte permet au salarié de rompre le contrat de travail en cas de manquement suffisamment grave de l'employeur qui empêche la poursuite du contrat de travail. Ils estiment que la cour d'appel a violé les articles L. 1231-1, L. 1237-2 et L. 1235-1 du code du travail au motif qu'il existait une contradiction dans les arguments de la juridiction du second degré, ce qui équivaut à une absence de motif.
Comment se fait-il que les auteurs du pourvoi appuient exclusivement leurs demandes sur les dispositions du code du travail métropolitain ? Serait-ce une méconnaissance des évolutions institutionnelles de la Nouvelle-Calédonie ou bien appliquent-ils la règle de l'assimilation juridique qui caractérisait le droit local du travail ? Dans l'arrêt rien ne permet de trouver une réponse.

[464] Cour de cassation, Ch. Sociale pourvoi n° 10-11700, 18 janvier 2012, non publié.

957. En revanche la Cour de cassation, dans l'arrêt de rejet, s'écarte de cette conception assimilationniste du droit du travail. Elle ne le manifeste pas d'une manière explicite mais elle s'abstient, dans son attendu, de faire référence aux dispositions du code du travail métropolitain. C'est une rupture par rapport à ses précédents arrêts où elle adoptait une conception assimilationniste du droit local du travail. Elle n'hésitait pas, comme les demandeurs du pourvoi, à s'appuyer sur les dispositions du Code du travail métropolitain.
Cette nouvelle orientation jurisprudentielle s'inscrit parfaitement dans le cadre des Accords de Nouméa et de la Loi organique de 1999 qui attribuent la compétence exclusive du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie[465].

958. Malgré une jurisprudence novatrice admettant l'indépendance du droit du travail calédonien, la Cour de cassation rencontre les mêmes difficultés que les juges du fond. En effet, que se passe-t-il en cas de conflits de normes entre les lois du pays et les droits fondamentaux du salarié protégé par la Loi fondamentale ?
Un arrêt en date du 10 février 2010[466] permet d'apporter un début de réponse. Il montre une fois de plus toute la complexité que recouvre le substantif « indépendance ».

959. La loi organique du 19 mars 1999 a pour objet de mettre en œuvre la révision constitutionnelle du 9 juillet 1998 introduisant un titre XIII spécifique à la Nouvelle-Calédonie. Les auteurs du pourvoi ont attiré l'attention des juges sur la contrariété entre l'ordonnance et la loi organique de 1999.

960. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Mais elle ne reprend pas les motivations des juges du fond. Ses arguments pour rejeter la prétention des demandeurs sont plus subtils. Aussi elle énonce « qu'indépendamment des éventuels statuts personnels des salariés et des employeurs, ne sont pas soumis au droit coutumier attaché à la personne les rapports professionnels résultant d'un travail accompli dans un lien de subordination, régis par des règles dérogatoires au droit commun des contrats ainsi que par des règles organisant les rapports collectifs au sein des entreprises et des branches auxquelles elles appartiennent ».

[465] Cour de cassation, Ch. soc. 16 décembre 2009, pourvoi numéro 09-60162, non publié au bulletin.
[466] Cour de cassation, Ch. soc. 10 février 2010, pourvoi numéro 08-70084, publié au bulletin.

961. Cet attendu interpelle sur plusieurs points. Premièrement, en se basant sur l'adverbe « indépendamment », la Cour de cassation évite de rentrer dans les arguments des demandeurs du pourvoi relatif au principe de la hiérarchie des normes. Elle se place sur le terrain de la qualification du contrat de travail. Elle s'appuie sur sa jurisprudence traditionnelle en ce qui concerne la définition du contrat de travail qui repose avant tout sur la subordination juridique. Elle va au-delà en rajoutant deux points supplémentaires. Le premier est le fait que le contrat de travail est un contrat dérogatoire. Il faut comprendre par là que celui-ci déroge à certains principes du droit civil, bien qu'il y emprunte une grande part de ses fondements[467]. Le second point, nouveau par rapport à sa jurisprudence, est qu'il précise que les règles du contrat de travail organisent « les rapports collectifs au sein des entreprises et des branches auxquelles elles appartiennent ». Ainsi s'oppose-t-il au contrat civil régissant les rapports avant tout individuels[468].

962. Après avoir fixé la règle de principe, elle en déduit sans la moindre réserve que : « seul le Tribunal du travail est compétent en matière de relations de travail » et dès lors que la « cour d'appel a constaté que M. X... était employé dans le cadre d'un contrat de travail, elle s'est, par ce seul motif, déclarée à bon droit compétente et a fait application des textes prévus par la législation du travail ».

Le second point de l'attendu résulte du fait que la Haute cour confirme une prééminence des textes calédoniens qui régissent le droit du travail par rapport aux textes métropolitains.

963. En respectant les grands principes de l'accord de Nouméa, la Cour de cassation suit le même mouvement jurisprudentiel que le Conseil constitutionnel qui n'hésite pas à employer dans ses décisions l'expression l'autodétermination institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie.

Malgré cela, cette évolution jurisprudentielle rencontre des limites résultant de la situation particulière des institutions de la Nouvelle-Calédonie. En effet le droit du travail est indépendant puisqu'il relève de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie et du

[467] S. Renaud, directeur de thèse M. J.-M. OLIVIER, *Droit civil des contrats et droit du contrat de travail : Contribution à l'étude de la dérogation au droit commun*, Thèse de Doctorat, Droit privé, Paris 2, 2007.
[468] Il faut comprendre par là que le fondement du Code civil reste la liberté individuelle qui repose sur un consentement libre et éclairé.

Congrès ; en revanche, évoluant dans un système de souveraineté partagée, celle-ci n'a pas tous les attributs de la Souveraineté puisque les fonctions régaliennes relèvent de la compétence exclusive de l'État français.

964. Ainsi, en cas de conflit entre les normes constitutionnelles et les lois du pays, ou des dispositions réglementaires, il reviendra à la Cour de cassation de faire prévaloir la norme supérieure, donc la Loi fondamentale. Peut-être cela explique-t-il qu'une partie des dispositions du pacte social, qui voulait aménager le droit de grève en instaurant son encadrement ait été écartée[469].

Cette limite constitutionnelle de l'indépendance du droit du travail calédonien se confirme dans le cadre du rôle actif qu'occupe la Cour de cassation dans la mise en œuvre de la QPC issue de la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008. Dans un arrêt en date du 12 octobre 2011, la Cour de cassation a transmis au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de l'article Lp. 311-2 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie, issu de la loi du pays n° 2008-2 du 13 février 2008[470].

Bien sûr, elle sera incompétente pour déterminer si la loi du pays est conforme ou non à la Constitution. Sa compétence se limite à renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel si les critères définis par la loi organique du 3 décembre 2009 sont réunis[471].

965. Depuis, les Accords de Nouméa et la Loi organique du 19 mars 1999 qui attribue la compétence exclusive du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie, les sources du droit du travail se sont restreintes ; paradoxalement, la place de la juridiction administrative s'est accrue au motif que celle-ci jouera un rôle important dans la détermination de la nature du pouvoir réglementaire du Congrès dans le champ du droit du travail. Ainsi le contrôle juridictionnel du Conseil d'État et des juges du fond revêtira une spécificité propre à la Nouvelle-Calédonie.

---

469 Pacte Social du 20 octobre 2000 à Nouméa, JONC, p. 5933.

470 Cour de cassation, Ch. soc. 12 octobre 2011 pourvoi numéro 2231.

471 Sous la direction de D. Rousseau, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du Palais , Lextenso, 2010.

B) L'étendue du contrôle du Conseil d'État

966. Avant l'entrée en vigueur de la loi organique du 19 mars 1999 relative à l'organisation des institutions politiques en Nouvelle-Calédonie, le contrôle juridictionnel du juge administratif a limité la portée des délibérations du Congrès en empêchant à ce dernier de s'immiscer dans le champ de compétence du législateur métropolitain (1). Mais, depuis le transfert de compétences du droit du travail au profit de la Nouvelle-Calédonie, le Conseil d'État est exclu partiellement (2).

1) Le contrôle avant la Loi organique du 19 mars 1999

967. Avant l'adoption de l'Accord de Nouméa, suivi de la Loi organique du 19 mars 1999, le droit local du travail possède une autonomie dans le cadre du Jus proprium. Le pouvoir métropolitain se réserve une compétence exclusive pour fixer le Jus commune, tandis que le jus proprium relève des attributions de l'Assemblée territoriale. Cette autonomie n'est pas totale, car elle se trouve sous le contrôle de la juridiction administrative. De ce fait, les délibérations votées par l'assemblée territoriale, même dans le domaine de la loi, n'ont aucune valeur législative[472]. Le Conseil d'État a eu l'occasion de le rappeler dans un arrêt de principe le 27 février 1970. Les actes de ces assemblées ont une valeur réglementaire. Bien avant la Haute juridiction administrative, le Conseil constitutionnel avait retenu que « les délibérations de l'assemblée territoriale des territoires ont un caractère réglementaire à l'intérieur de ces territoires[473] ».

968. Ainsi les délibérations prises par l'assemblée territoriale dans le cadre du Jus proprium se voient soumises au contrôle de légalité du juge administratif. Autrement dit, cette autonomie sera traversée par une insécurité juridique permanente, car à tout moment, une partie ayant un intérêt pourrait contester la légalité d'une délibération prise par les autorités calédoniennes en soutenant que l'acte empiète sur les principes directeurs du droit du travail.

---

472 L. Bausinger-Garnier, *La loi du pays en Nouvelle-Calédonie. Véritable norme législative à caractère régional*, l'Harmattan , 2001, p. 146.

473 Décision du Conseil constitutionnel n° 65-34 L du 02 juillet 1965, *Rec.*, p. 75.

969. Comme le faisait observer un auteur[474], « le contrôle du juge administratif est particulièrement intense. Il vérifie si les normes prises par les institutions locales sont en premier lieu non contraires à la Constitution, dérogation faite de leur conformité aux articles 34 et 37 ». Il va plus loin en relevant que « la confrontation se fait au texte fondamental, et au bloc de constitutionnalité ». Ce contrôle renforcé démontre une fois de plus la fragilité de cette autonomie. Car « un contrôle trop pointilleux des délibérations des assemblées, s'insinuait dans un domaine très politique. Les autorités ont souvent ressenti un vif malaise causé par des sanctions répétées empêchant ainsi tout développement de projet de dimension locale et adapté aux besoins et mentalités du Pacifique[475] ».

970. Pour limiter ou prévenir l'intrusion du juge administratif dans le processus d'indépendance du droit du travail, le législateur métropolitain a mis en place un mécanisme d'exclusion de ce dernier en lui interdisant de s'immiscer dans le contentieux des délibérations à caractère législatif.

2) Le contrôle après la Loi organique du 19 mars 1999

971. Les délibérations par lesquelles le congrès adopte des dispositions portant sur les matières définies à l'alinéa suivant sont dénommées : « lois du pays ».[476] Le droit du travail relève de la catégorie des lois du pays. En conséquence, conformément à l'article 107 de la Loi organique du 19 mars 1999, elles ne sont susceptibles d'aucun recours après leur promulgation parce qu'elles ont force de loi. En revanche, les dispositions d'une loi du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 ont un caractère réglementaire. Le même texte introduit une procédure spécifique à la Nouvelle-Calédonie pour la mise en œuvre de ce déclassement. Autrement dit elle consiste, pour la Haute juridiction, à se prononcer sur le caractère réglementaire ou non du texte.

972. En droit interne, la procédure est différente ; c'est l'article 37 alinéa 2 de la Constitution qui attribue la compétence exclusive au Conseil Constitutionnel pour

---

474 L. Bausinger-Garnier, *La loi du pays en Nouvelle-Calédonie. Véritable norme législative à caractère régional*, l'Harmattan , 2001.

475 *Ibid.* p. 149.

476 Article 99 de la loi organique du 19 mars 1999.

déterminer si le législateur a dépassé son domaine d'attribution prévu à l'article 34 de la Loi Fondamentale. Cette qualification est importante car, si la loi revêt un caractère réglementaire, elle pourra être modifiée par le pouvoir exécutif sans passer par un vote du Parlement. Ce contrôle de constitutionnalité externe est réalisable par le Conseil Constitutionnel qu'a posteriori. C'est-à-dire que la loi doit être entrée en vigueur.

973. En ce qui touche la Nouvelle-Calédonie, l'article 107 alinéa 2 de la loi organique de 1999 prévoit une procédure totalement différente ; elle semble être précurseur de la question prioritaire de constitutionnalité introduite par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008[477].

Ainsi il est prévu que, lorsqu'au cours d'une procédure devant une juridiction de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, la nature juridique d'une disposition d'une loi du pays fait l'objet d'une contestation sérieuse, la juridiction saisie doit renvoyer l'affaire devant le Conseil d'État. Le jugement de renvoi n'est susceptible d'aucun recours. Il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'à ce que le Conseil d'État se soit prononcé sur la nature de la disposition en cause. Celui-ci statue dans les trois mois.

974. Le droit du travail semble être protégé par cette procédure de déclassement de la loi du pays qui représente tout de même un risque pour le processus d'indépendance. En effet, si cela n'est pas le cas, tout justiciable lors d'un procès peut contester le caractère législatif d'une loi du pays fixant les principes fondamentaux du droit du travail. Si sa demande est acceptée, le Gouvernement peut alors modifier le texte en ne respectant pas le principe du consensus qui caractérise la matière.

975. Comment s'organise cette protection spécifique de l'indépendance du droit du travail calédonien ? Le Congrès, conformément à l'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999, a le monopole pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail. Il est

[477] Les dispositions d'une loi du pays intervenues en dehors du domaine défini à l'article 99 ont un caractère réglementaire. Lorsqu'au cours d'une procédure devant une juridiction de l'ordre administratif ou de l'ordre judiciaire, la nature juridique d'une disposition d'une loi du pays fait l'objet d'une contestation sérieuse, la juridiction saisit, par un jugement qui n'est susceptible d'aucun recours, le Conseil d'Etat qui statue dans les trois mois. Il est sursis à toute décision sur le fond jusqu'à ce que le Conseil d'Etat se soit prononcé sur la nature de la disposition en cause.
On observera que la saisine ne peut porter que sur la nature juridique d'une loi du pays. Dans le cadre de la QPC, le pouvoir constituant fait référence à une disposition portant atteinte à un droit fondamental garanti par la Constitution.

intéressant dans le cadre des institutions calédoniennes de constater que l'étendue du pouvoir réglementaire du Gouvernement calédonien est limité aux dispositions de l'article 127 de la Loi organique du 19 mars 1999. En revanche le Congrès est, lui aussi, titulaire d'un pouvoir réglementaire. Ainsi certaines délibérations, si elles ne sont pas incluses dans le champ de l'article 99 de la Loi organique du 19 mars 1999, auront un caractère réglementaire.

976. Le Code du travail calédonien du 1er mai 2008 est une parfaite illustration de cette dichotomie du droit du travail. Auparavant, évoluant dans un cadre autonomiste, celui-ci était subdivisé entre le Jus commune et le Jus proprium. Le juge administratif était le gardien du Jus commune dans le cadre du contrôle de légalité, ainsi sa jurisprudence s'orientait vers une conception universaliste du droit du travail. Le processus d'indépendance du droit du travail impulsé par l'Accord de Nouméa et la Loi organique du 19 mars 1999 a changé la physionomie de la matière. C'est le législateur calédonien qui va déterminer les domaines du droit du travail qui relèveront du domaine réglementaire. Ce n'est qu'à cet instant que le juge administratif retrouvera toute sa compétence pour procéder à un contrôle de légalité de l'acte incriminé.

977. Sur quoi reposera ce contrôle ? Conformément à sa jurisprudence, le juge administratif vérifiera que l'acte litigieux est conforme à la Constitution, au bloc de constitutionnalité métropolitain et il devra l'élargir au bloc de constitutionnalité spécifique à la Nouvelle-Calédonie[478]. Cette exclusion partielle du Conseil d'Etat dans le contrôle des normes issues du droit du travail ne vise que les lois du pays. Cela ne signifie pas qu'il n'occupera pas une place indirecte dans la construction jurisprudentielle du droit du travail calédonien.

978. L'article Lp.131-1 du code du travail calédonien en est une parfaite illustration. Celui-ci dispose que « l'établissement d'un règlement intérieur est obligatoire dans les entreprises ou établissements employant habituellement vingt salariés et plus. Des dispositions spéciales peuvent être établies pour une catégorie de personnel ou une division de l'entreprise ou de l'établissement. Parmi l'une des conditions de validité de celui-ci, il

[478] Décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 du 15 mars 1999, *Rec.*, p. 51.

doit être communiqué à l'inspecteur du travail »[479]. Ce dernier peut à tout moment exiger le retrait ou la modification des dispositions contraires aux articles Lp. 131-2 à Lp. 131-4.

979. Comme dans le droit du travail métropolitain, un recours hiérarchique auprès du directeur du travail peut être exercé dans un délai de 2 mois à l'égard de la décision qui doit être motivée. C'est à ce moment précis qu'intervient le Conseil d'État ; dès lors que le recours hiérarchique est écarté, c'est la procédure contentieuse qui conduit la Haute juridiction administrative à intervenir dans le champ du droit du travail. Elle se trouve en présence des mêmes difficultés que le juge judiciaire. Va-t-elle inscrire sa jurisprudence dans le processus de l'Accord de Nouméa et de la Loi organique de 1999 ? Cette nouvelle orientation suppose-t-elle aussi qu'elle abandonne sa jurisprudence et l'adapte au processus d'indépendance du droit du travail ? Ces questions invitent à s'interroger sur la définition et la fonction de la jurisprudence dans le droit du travail.

980. La jurisprudence serait l'ensemble des décisions de justice rendues par la juridiction suprême d'une institution judicaire. Ces décisions, en fonction du système judiciaire, seront plus ou moins une source à part entière du droit. Les fonctions de la jurisprudence seront multiples. Dans un premier temps, sa mission sera de combler un vide créé par le législateur. Avant l'entrée en vigueur du Code du travail de l'Outre-mer de 1952, le droit local du travail relevait de la compétence du Gouverneur ; ainsi c'est la Haute juridiction administrative qui a comblé le vide laissé par le législateur métropolitain[480]. Sa seconde mission sera parfois de préciser certaines notions que la loi n'a pas définies. Ainsi, il lui reviendra d'apprécier de la légalité de la décision de l'inspecteur du travail qui demanderait le retrait d'une disposition d'un règlement intérieur d'une entreprise.

981. C'est ici que réside une grande difficulté pour le juge. Va-t-il créer spécifiquement pour la Nouvelle-Calédonie une nouvelle notion de la motivation au motif que le droit du travail de ce territoire s'inscrit dans un processus d'indépendance ? Les juges de l'ordre judiciaire ont répondu par la négative. La Haute juridiction administrative semble avoir opté pour la même solution. Autrement dit, elle utilise les mêmes notions

---

479 Article Lp. 131-5 du code du travail.

480 J. MASSOT, *« Le Conseil d'État et l'évolution de l'outre-mer français du XVIIem siècle à 1962 »*, Dalloz, 2007.

qu'auparavant sans prendre en considération la nouvelle réalité institutionnelle du droit du travail.

982. L'indépendance du droit du travail rencontre des obstacles en raison de la réalité jurisprudentielle administrative. La révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 ayant introduit la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) montre une fois de plus les limites constitutionnelles de l'indépendance. En effet conformément à l'article 107 alinéa 2 de la Loi organique du 19 mars 1999, les lois du pays sont soumises à la QPC. Ainsi le Conseil d'État pourra, si les critères prévus par la loi organique du 9 décembre 2009[481] sont réunis, transmettre la demande des parties lors d'un procès au Conseil constitutionnel qui déterminera si la loi du pays est contraire à une liberté fondamentale garantie par la Constitution.

983. Le droit du travail est certes indépendant ; en revanche ses bases restent fragiles en raison d'un encadrement interne qui n'est plus seulement institutionnel mais constitutionnel. Ce changement important dans le processus d'émancipation du droit du travail est aussi marqué dans le rapport entre ce droit et les engagements internationaux et européens de la France. L'indépendance acquise du Congrès dans la détermination des principes fondamentaux du droit du travail doit être relativisée, car les lois du pays doivent, comme les lois métropolitaines, doivent respecter les normes internationales et communautaires.

SECTION 2: LE RESPECT DES NORMES INTERNATIONALES ET COMMUNAUTAIRES

984. N'étant pas un territoire entièrement souverain, la Nouvelle-Calédonie se situe dans une situation inédite qui se répercute sur notre étude. En effet, l'intégralité des pouvoirs attribués à la Nouvelle-Calédonie et au Congrès dans le champ du droit du travail est limitée dans son champ d'application territorial. Le territoire se retrouve paradoxalement dans la même situation avant l'adoption de l'accord de Nouméa de 1998 où il ne devait pas

[481] Sous la direction de D. Rousseau, *La question prioritaire de constitutionnalité*, Gazette du Palais, Lextenso, 2010.

empiéter sur les principes directeurs du droit du travail. Dans cette hypothèse, on rencontrait des difficultés quant à la définition de ces principes, d'où l'insécurité juridique qui rendait incertaine l'autonomie du droit local du travail. L'accord de Nouméa et la Loi organique mettent un terme à ces incertitudes mais une nouvelle summa divisio surgit. Elle repose sur l'article 55 de la Constitution de 1958 qui dispose que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. Toujours soumis à la compétence de l'État en tant que domaine régalien, le droit du travail est soumis au respect des normes internationales (§ 1). En revanche dans son rapport avec le droit communautaire, la Nouvelle-Calédonie ancienne collectivité d'Outre-mer avait un statut particulier par rapport au droit communautaire. Le principe était la non application des normes communautaires au territoire. Depuis le transfert du droit du travail au profit de la Nouvelle-Calédonie, la situation n'a pas évolué (§ 2).

PARAGRAPHE 1) LA SOUMISSION AUX NORMES INTERNATIONALES

985. La Nouvelle-Calédonie en tant qu'entité sui generis partiellement souveraine doit respecter les engagements internationaux ratifiés par la France. Ainsi les propositions ou projets de lois du pays votés par le congrès doivent respecter les normes internationales qui prennent leurs sources dans plusieurs textes (A). Cette limitation des pouvoirs du Congrès est accentuée par le contrôle exercé par les organes constitutionnels et juridictionnels (B).

A) Les textes

986. Le concept de Souveraineté partagé ne concerne pas exclusivement les rapports entre la France et la Nouvelle-Calédonie, mais celui-ci a des conséquences sur les relations internationales du territoire avec les organisations internationales, les organisations régionales évoluant dans le Pacifique et la Communauté européenne. La France titulaire des fonctions régaliennes en Nouvelle-Calédonie aurait pu faire le choix de se réserver la compétence exclusive dans la détermination de la politique étrangère du territoire. Elle a écarté cette hypothèse pour privilégier une voie médiane qui instaure une summa divisio

entre l'État et le territoire pour la détermination des compétences dans le domaine des relations internationales.

987. Ainsi l'article 33 de la loi organique du 19 mars 1999 dispose « que le président du Gouvernement dans les matières ressortissant à la compétence de la Nouvelle-Calédonie, ou le président de l'assemblée de province dans les matières ressortissant à la compétence de la province, négocie et signe, dans le respect des engagements internationaux de la République, des conventions de coopération décentralisée avec des collectivités locales françaises ou étrangères, leurs groupements ou établissements publics. La négociation et la signature de ces conventions sont autorisées, selon le cas, par le Congrès ou par l'assemblée de province. Ces conventions sont soumises après leur conclusion à l'approbation, selon le cas, du congrès ou de l'assemblée de province. Elles entrent en vigueur dès leur transmission au haut-commissaire dans les conditions fixées au I de l'article 204 ».

988. Cet article conduit à faire plusieurs observations qui démontrent toute l'originalité de cette répartition de compétences. Premièrement, on constate qu'elle n'a pas la même nature et la même forme que la summa divisio opérée par l'Ordonnance du 13 novembre 1985 qui permettait à deux pouvoirs concurrents d'intervenir dans le même domaine. En effet le pouvoir métropolitain fixait les principes directeurs du droit du travail, le Jus commune, et le territoire était compétent pour déterminer le Jus proprium. Cette summa divisio créait une insécurité juridique.

989. Dans cette summa divisio, le législateur organique énonce que « le président du gouvernement dans les matières ressortissant à la compétence de la Nouvelle-Calédonie, ou le président de l'assemblée de province dans les matières ressortissant à la compétence de la province, négocie et signe, dans le respect des engagements internationaux de la République ». Toute la portée et l'étendue de l'article repose sur les termes suivants « ressortissant de la compétence de la Nouvelle-Calédonie ». On peut en déduire que le législateur organique écarte l'idée d'une summa divisio dans les domaines qui relèvent de la compétence de la Nouvelle-Calédonie. Ce qui signifie que le législateur calédonien dispose d'une souveraineté pleine et entière pour déterminer les futures conventions internationales bilatérales ou multilatérales dans le domaine du droit du travail qui auront un effet juridique

sur le territoire. Le champ d'application territorial de ces conventions sera la Nouvelle-Calédonie et de facto le champ d'application personnel se limitera à l'ensemble des salariés travaillant sur le territoire.

990. Cette situation inédite dans l'ordre juridique interne doit recevoir notre approbation pour plusieurs raisons. La première permet de limiter les incertitudes juridiques. En effet, seules les autorités calédoniennes sont habilitées à conclure des conventions dans le domaine du droit du travail. Ainsi disparaît cette summa divisio créée par l'ordonnance du 13 novembre 1985 entre les principes directeurs du droit travail, et tout ce qui est exclu relève de la compétence de l'assemblée territoriale. La seconde raison qui amène à penser que cette nouvelle articulation est intéressante repose sur le fait que le législateur métropolitain respecte les dispositions de l'article 22 et 99 qui accordent la pleine compétence à la Nouvelle-Calédonie et au Congrès pour fixer les normes applicables dans le droit du travail. En effet, comment aurait-il été possible que le législateur métropolitain puisse conclure des conventions internationales dans le champ du droit du travail sans que cela n'empiète sur les attributions de la Nouvelle-Calédonie ? Cette contradiction aurait peut-être vidé de sa substance l'accord de Nouméa et la Loi organique du 19 mars 1999 qui s'orientent vers un désengagement progressif du pouvoir métropolitain dans les affaires internes de la Nouvelle-Calédonie, même quand cela concerne les relations internationales.

991. Cette immixtion de la Nouvelle-Calédonie dans la construction d'un droit international du travail répondant aux besoins de l'île semble être organisée selon le même schéma que dans la métropole. Le pouvoir de négociation et de conclusion des conventions internationales du Gouvernement n'est pas totalement libre. Il est limité dans le cadre de l'article 33 de la Loi organique du 19 mars 1999.

992. Dans un premier temps la négociation et la signature de ces conventions sont autorisées par le Congrès. Ainsi le pouvoir d'initiative ou d'impulsion n'appartient pas au pouvoir exécutif local mais au pouvoir législatif. Cette disposition montre une fois de plus la prééminence du Congrès dans l'articulation des institutions de la Nouvelle-Calédonie. D'une manière directe, il sera le véritable garant pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail au niveau interne et externe pour le territoire.

Dans un second temps, ces conventions sont soumises après leur conclusion à l'approbation du Congrès. Autrement dit, le pouvoir constituant s'inspire directement des dispositions de la Constitution de 1958 qui dissocie la phase de signature d'un traité par le pouvoir exécutif et l'approbation de celui-ci par le pouvoir législatif. Cette seconde étape a le mérite d'accorder un droit de contrôle au Congrès par rapport au contenu de la convention. Car en accordant un mandat au pouvoir exécutif pour négocier et signer un traité, ce n'est pas pour autant que celui-ci abandonne son droit de contrôle sur le contenu de cette convention. L'approbation permet d'une manière implicite au Congrès d'exercer ce contrôle. Deux hypothèses se présentent. La première permet au Congrès à l'issue du contrôle de ne pas donner son approbation. Cela a pour effet que le traité n'entrera pas en vigueur dans l'ordre juridique interne de la Nouvelle-Calédonie. La deuxième hypothèse conduit à l'adoption de la convention par le Congrès. Dans ce cas, la convention n'aura pas tous ses effets juridiques. Elle sera soumise à une troisième étape qui fait intervenir le représentant de l'État sur l'île.

Dans le dernier processus, la convention ne pourra entrer en vigueur qu'après avoir été transmise au Haut-commissaire selon les conditions fixées au I de l'article 204.

La conclusion des traités relève des actes du gouvernement[482]. Ceux-ci ne peuvent entrer en vigueur que si deux conditions sont réunies. La première suppose que l'acte a été publié au Journal officiel de la Nouvelle-Calédonie ou a été notifié aux intéressés. La seconde exige que le pouvoir exécutif le transmette au Haut-commissaire. Ces deux conditions sont cumulatives.

993. Cette indépendance institutionnelle dans le domaine du droit du travail au niveau international va se traduire par la possibilité pour la Nouvelle-Calédonie, avec l'accord des autorités de la République, d'être membre ou membre associé d'organisations internationales, ou observateur auprès de celles-ci. Elle y est représentée par le président du Gouvernement ou son représentant. Autrement dit, le territoire peut être membre de l'Organisation Internationale du Travail (OIT) et négocier et signer des traités avec celle-ci. Cette indépendance permet-elle aux autorités calédoniennes de dénoncer les précédents accords conclus par la France ? La réponse semble être négative au regard des dispositions de l'article 33 de la Loi organique du 19 mars 1999. Celui-ci limite la liberté du pouvoir

[482] La politique étrangère relève des compétences régaliennes.

calédonien dans la limite des engagements internationaux de la République. Cette solution mérite notre approbation, car elle permet de limiter les risques d'insécurité juridique qui serait une source d'instabilité pour la mise en place du processus d'émancipation du droit du travail.

994. En cas de conflit de normes entre la loi du pays et une disposition d'une convention internationale, laquelle de ces deux normes s'applique ? Cette question amène à s'orienter vers le juge qui devra trancher le litige.

B) Le rôle des organes constitutionnels et juridictionnels

995. Le Conseil constitutionnel, sur la base de l'article de 54 de la Constitution, peut être saisi par le Président de la République ou par 60 députés ou sénateurs pour vérifier qu'un engagement international est conforme avec la Constitution. En ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, il n'existe pas de contrôle a priori (1) mais un contrôle a posteriori des juridictions judiciaires et administratives (2).

1) Absence d'un contrôle a priori

996. La procédure de négociation et de conclusion des traités et accords internationaux prévue à l'article 33 de la Loi organique de mars 1999 se distingue fortement du titre VI de la Constitution de 1958. Dans le premier cas, il y a une prééminence du pouvoir législatif. Celui-ci exerce d'une manière implicite le pouvoir de contrôle sur l'étendue des obligations résultant des traités. En effet, il peut refuser, après la signature du traité par le Gouvernement, de le ratifier.
Mais ce dernier ne peut pas être qualifié de contrôle juridictionnel[483]. Ce contrôle s'inscrit plus dans un processus politique ayant pour finalité de contrôler le Pouvoir exécutif.

997. En revanche, dans le cadre du droit métropolitain, le contrôle n'est pas exclusivement politique, il est aussi constitutionnel. C'est un contrôle a priori qui relève de la compétence exclusive du Conseil constitutionnel. Ainsi, selon l'article 54 de la

[483] C'est un contrôle politique qui est différent du contrôle a priori préventif exercé par le Conseil constitutionnel pour vérifier de la conformité du traité avec la Constitution.

Constitution, celui-ci peut être saisi par le Président de la République, par le Premier ministre, par le président de l'une ou l'autre assemblée ou par soixante députés ou soixante sénateurs. S'il déclare qu'un engagement international comporte une clause contraire à la Constitution, l'autorisation de ratifier ou d'approuver l'engagement international en cause ne peut intervenir qu'après révision de la Constitution.

998. Pour la Nouvelle-Calédonie, rien de tel n'est prévu par la loi organique de 1999. Serait-ce une omission de la part du législateur organique, alors que l'article 104 de cette même loi prévoit un contrôle a priori des lois du pays selon une procédure spécifique ? Or les traités internationaux peuvent avoir des incidences directes sur la loi organique et sur l'accord de Nouméa partie intégrante du bloc de constitutionnalité calédonien[484]. Il aurait été judicieux que le pouvoir constituant instaure un contrôle a priori facultatif des traités et accords internationaux afin d'anticiper ces difficultés[485]. Finalement, on pourrait très bien envisager à l'avenir que certaines dispositions d'un traité visant le droit du travail soient contraires à la Constitution de 1958.

Une deuxième difficulté se pose par rapport à la rédaction de cet article. En effet selon une jurisprudence constante, le Conseil constitutionnel refuse de vérifier la conformité des lois par rapport aux traités car, en faisant une interprétation stricte de l'article 61 de la Constitution, il estime qu'il est chargé de contrôler exclusivement la conformité des lois que par rapport aux sources ayant une valeur constitutionnelle[486]. En faisant un raisonnement par analogie[487] pour la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel appliquerait la même solution. Ainsi il refuserait de contrôler, conformément à l'article 104 de la Loi organique de 1999, la conformité de la loi du pays à un traité conclu par la Nouvelle-Calédonie, considérant que cette mission ne rentre pas dans son champ de compétence.

999. Malgré une jurisprudence constitutionnelle bien établie, cela n'est pas la preuve de l'inexistence d'un mécanisme de contrôle. On ne peut pas en déduire que celui-ci est équivalent à un contrôle de constitutionnalité ; sa fonction principale s'appuie

---

484 Décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 du 15 mars 1999, *Rec.*, considérant n°3.

485 L' article 54 de la Constitution à la différence de la loi organique n'instaure pas une saisine automatique du Conseil constitutionnel pour vérifier la conformité d'un traité avec la constitution.

486 Décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 du 15 janvier 1975, *Rec.*, p. 671.

487 Il a la compétence exclusive dans le cadre de l'article 104 de la loi organique pour vérifier la conformité des lois du pays à la Constitution.

principalement sur l'article 55 qui dispose que les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie.

Cette réflexion amène à réfléchir sur l'éventualité d'un conflit entre une loi du pays et un traité ou un accord international. Il reviendra au juge judiciaire et administratif de résoudre le problème dans le cadre du contrôle de conventionalité.

2) Le contrôle a posteriori

1000. Certains auteurs constatent[488] que les Hautes juridictions « ne procèdent pas à un contrôle de la norme française par rapport à la norme internationale ». En effet, toujours selon ces derniers, « aucun texte ne les charge d'un tel contrôle ». Il se peut qu'au cours d'un litige intéressant le droit du travail, une norme internationale conclue par la Nouvelle-Calédonie soit en conflit avec une norme interne. Il reviendra alors au Conseil d'État ou à la Cour de cassation, en fonction de la nature du litige, de déterminer la norme applicable en se basant sur l'article 55 de la Constitution, même si cela vise une loi du pays.

1001. En présence d'une problématique commune, il est intéressant de constater, dans un premier temps, que les deux juridictions n'avaient pas retenu la même solution, créant une divergence jurisprudentielle préjudiciable pour le justiciable.

La Cour de cassation, dans un célèbre arrêt en date du 24 mai 1975[489], avait accordé une primauté à l'article 55 de la Constitution. Autrement dit, en cas de contrariété entre la loi et une convention internationale, cette dernière s'impose. En revanche, le Conseil d'État n'a pas suivi le même raisonnement juridique que la Haute Cour judiciaire. Elle a privilégié la primauté de la loi par rapport au traité lorsque celle-ci était postérieure à ce dernier. Mais si la norme législative était antérieure au traité, la Haute Cour administrative accordait alors la plénitude à l'article 55 de la Constitution. Cette jurisprudence est contestée car comme le montre un auteur, « il ne s'agissait pas de porter un jugement de validité mais seulement de résoudre une contradiction entre deux normes »[490]. Dans un arrêt en date du 20 octobre 1989, plus connu sous le nom de Nicolo, le Conseil d'État est revenu sur sa jurisprudence en

---

488 P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Sirey, 2011, 30e édition.

489 Cour de Cassation Chambre mixte, 24 mai 1975, publié au Bulletin des arrêts Cour de Cassation Chambre.

490 P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel*, Sirey, 2011, 30e édition.

faisant prévaloir les engagements internationaux sur les normes nationales. Il abandonne sa théorie de la temporalité qui déterminait la primauté ou l'infériorité de l'article 55 par rapport à la date d'entrée de la norme nationale. Cette jurisprudence complexe a été abandonnée, mais la Haute juridiction administrative pose tout de même une condition pour la pleine application de l'article 55 qui est le principe de réciprocité.

1002. Quel est l'intérêt où l'impact d'une telle jurisprudence dans le droit du travail ? Le droit du travail a acquis son indépendance à l'égard des institutions politiques nationales métropolitaines ; mais il reste tout de même sous la tutelle de l'autorité judiciaire qui exerce une fonction de Cour suprême. Ainsi la compétence du Conseil d'État dans le cadre du contrôle de conventionalité des engagements internationaux s'applique à la Nouvelle-Calédonie ; cela a pour effet de réduire d'une manière indirecte son indépendance sur la matière transférée. En effet, c'est la jurisprudence du Conseil d'État qui déterminera du degré d'indépendance des lois du pays par rapport aux engagements internationaux calédoniens dans le champ du droit du travail. En revanche, cette jurisprudence n'aura pas la même influence sur le droit communautaire qui est inapplicable.

PARAGRAPHE 2) INAPPLICABILITÉ DU DROIT SOCIAL COMMUNAUTAIRE

1003. Les raisons de la non application du droit social communautaire en Nouvelle-Calédonie sont multiples (A). Cette situation n'est cependant pas spécifique à ce territoire car ce régime s'appliquait à l'ensemble des territoires d'Outre-mer. Mais cette spécificité calédonienne rencontre des limites (B).

A) Les raisons

1004. Malgré le principe d'unité et d'indivisibilité de la République, ce territoire a toujours eu un statut particulier. Cette situation a eu des répercussions sur le processus d'élaboration du droit du travail. Ainsi la notion d'émancipation du droit du travail s'est construite sur plusieurs phases qui ont abouti à une indépendance institutionnelle.

1005. En revanche la France, depuis le traité du 18 avril 1951 instaurant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, a mis en place une politique volontariste

dans la construction d'un nouvel ordre institutionnel européen[491]. Ainsi la France a conclu, le 25 mars 1957 à Rome, un traité instaurant la Communauté Economique Européenne (CEE) et la communauté européenne de l'énergie atomique (EURATOM). Ce développement institutionnel a eu des répercussions juridiques sur la notion même de l'État, de la souveraineté et de la citoyenneté. Ces bouleversements politiques et juridiques ont eu des répercussions sur la Nouvelle-Calédonie et le droit du travail.

1006. Lors de la conclusion de ces traités, le législateur métropolitain avait pris en considération le particularisme institutionnel de son espace ultra-marin. C'est la raison pour laquelle l'article 227 du traité CEE a prévu un régime différencié en reprenant le principe de la summa divisio instauré dans la Constitution entre les DROM et les TOM. Les premiers seront soumis au régime du système de l'identité-adaptation. La Cour de justice des Communautés est allée encore plus loin pour ces derniers ; dans l'arrêt Hansen du 10 octobre 1978, elle consacre le principe d'intégration du droit communautaire dans les DROM. Autrement dit, les traités s'appliquent dans leur intégralité dans ces espaces sauf dérogation explicite.

Cependant pour les PTOM et la Nouvelle-Calédonie[492], la France avait prévu un régime juridique différent. Etant soumis au régime des États associés, le territoire est soumis à la quatrième partie du traité. Ceux-ci sont régis par l'article 227 § 3[493] du traité CECA et article 131 du traité de Rome. Ces traités étaient complétés par l'annexe IV instaurant la CEE qui déterminait la liste des espaces outre-marins soumis au statut de PTOM.

1007. Ce régime juridique particulier ne signifie pas pour autant que la Nouvelle-Calédonie est exclue de certains droits fondamentaux qui régissent l'UE. Comme le faisaient remarquer des auteurs[494], « les particularismes du droit communautaire spécifique à la Nouvelle-Calédonie sont relatifs au seul champ d'application territorial des règles du droit communautaire et des politiques communes. Mais les dispositions du traité CE relatives à la citoyenneté s'appliquent de plein droit à tous les citoyens de l'UE qu'ils résident sur le

---

491 M. Lefebvre sous la direction de S. Sur, *Union européenne : la fédération d'Etats-nations entre préférences nationales, jeux de puissance et coopération institutionnelle*, Thèse de doctorat, Science politique, Paris 2, 2012.

492 J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, L.G.D.J, 2007.

493 Avec le nouveau traité instituant la CE, Traité d'Amsterdam, la nouvelle numérotation est devenue article 299.

494 J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer*, L.G.D.J, 2007.

territoire métropolitain, dans les régions ultrapériphériques, ou dans les collectivités d'Outre-mer de l'article 74 de la Constitution, ou en Nouvelle-Calédonie ».

1008. Par contre, en tant que territoire associé, la Nouvelle-Calédonie « n'est pas intégrée à la communauté mais fait partie d'un État membre de l'Union »[495]. Ainsi l'ensemble des principes et réglementations énoncés par la partie III du traité CE et établis dans les directives, règlements et décisions communautaires s'appliquent sur l'ensemble du territoire européen et aux régions ultrapériphériques des États membres, mais pas aux PTOM et à la Nouvelle-Calédonie. La Cour de justice l'a rappelé à maintes reprises[496]. Cela a pour effet de rendre inapplicable le droit du travail communautaire en Nouvelle-Calédonie. La base juridique de cette exclusion repose sur l'article 227 § 3 du traité (article 299 § 3 nouveau).

1009. Par ce différentialisme juridique dans l'application des normes communautaires, le droit du travail issu du droit communautaire n'est pas applicable en Nouvelle-Calédonie. Pourtant, J. Delors faisait observer, depuis 1987, « qu'environ 80% de la législation et la réglementation adoptée par le Parlement et le Gouvernement français ne sont que la transposition de textes adoptés à Bruxelles ». Cette contrainte communautaire pour le droit national disparaît lorsqu'on se situe dans le territoire calédonien. Il faut en déduire que le droit du travail, avant l'Accord de Nouméa et la Loi organique du 19 mars 1999, était émancipé à l'égard du droit communautaire et de l'Union européenne, mais pas à l'égard de la métropole[497].

1010. Aujourd'hui, c'est l'inverse qui se produit. Les autorités calédoniennes peuvent créer, au niveau local, au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence, des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié »[498]. Quelles sont les raisons qui auraient pu justifier ce

---

495 I. Omarjee, *L'Outre-mer français et le droit social communautair*e, préface de P. Rodière, LGDJ, 2000, p. 13.

496 Avis de la Cour 1/78, 4 octobre 1979 ; Cjce, 12 février 1992, Le plat, recueil, I, p. 643 point 10 ; J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007, p. 256.

497 J. Ziller, « *Champ d'application du droit communautaire* », jurisclasseur Europe fasc. 470, n°57 quater 1994. Avis contraire d'Omarjee pour le traité instituant l'UE, I. Omarjee, *L'Outre-mer français et le droit social communautair*e, préface de P. Rodière, L.G.D.J, 2000, p.25, 26.

498 Chap. II XXX ; article 24 de la LO 19 mars 1999.

régime d'association excluant la Nouvelle-Calédonie du champ d'application du droit social communautaire alors que la France avait, dans les Ordonnances du 9 septembre 1982 et du 13 novembre 1985, adopté une conception universaliste du droit du travail ? Or le droit social communautaire essaie, à travers une jurisprudence volontariste de la CJCE, d'harmoniser certaines notions cadres du droit du travail[499]. D'une manière indirecte, il tend à développer une conception universaliste du droit social communautaire propre à l'espace européen. Donc le législateur métropolitain aurait pu être amené, comme le prévoient les traités, à demander une extension de l'application directe de la législation sociale communautaire en Nouvelle-Calédonie.

1011. La première raison à cette dérogation repose peut-être dans l'article 74 de la Constitution qui dispose que les collectivités d'Outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République et du point 18 du préambule de la Constitution de 1946. Fidèle à sa mission traditionnelle, la France entend conduire les peuples dont elle a pris la charge à la liberté de s'administrer eux-mêmes et de gérer démocratiquement leurs propres affaires ; en classant la Nouvelle-Calédonie parmi les territoires d'Outre-mer, le pouvoir constituant avait déjà fixé les bases d'une éventuelle indépendance de celle-ci. Pour préparer ce processus d'émancipation, il était logique et cohérent que la France exclue ce territoire au processus d'intégration communautaire qui aurait remis en question le principe constitutionnel du principe de spécialité législative. La seconde raison, moins évidente, réside peut-être dans le fait que la France, en tant que puissance souveraine dans ces territoires, voulait se préserver le monopole dans la construction des principes directeurs du droit du travail.

1012. L'exclusion du droit social communautaire en Nouvelle-Calédonie ne signifie pas pour autant que celle-ci en soit totalement écartée[500]. C'est pour cette raison qu'un auteur préfère employer le terme d'exclusion partielle[501].

---

[499] Cela englobe la discrimination, le transfert d'entreprise, le durée légale du travail ; Voir P. Rodière, *Droit social de l'Union européenne*, LGDJ , DL 2008 ; B. Teyssié, *Droit européen du travail*, Litec, 2010.

[500] I. Omarjee, *L'Outre-mer français et le droit social communautair*e, préface de P. Rodière, L.G.D.J , 2000.

[501] *Ibid.*

B) Les limites

1013. Malgré cette indépendance du droit du travail par rapport au droit social communautaire, la législation calédonienne peut malgré tout être influencée par les principes fondamentaux du droit du travail communautaire (1). En conséquence, rien n'interdit au législateur calédonien de transposer certaines normes communautaires (2).

1) L' influence indirecte des principes fondamentaux du droit du travail communautaire[502]

a) Le principe d'égalité professionnelle

1014. L'applicabilité du droit social communautaire est plus complexe dans le cadre calédonien que dans l'espace métropolitain. Dans le premier cas, les enjeux juridiques ne concernent pas exclusivement la métropole mais aussi d'autres pays européens, tels que le Royaume-Uni, le Portugal et les Pays-Bas[503]. Par contre, dans le second cas, le rapport de force et les enjeux juridiques ne visent que la métropole et la Nouvelle-Calédonie. Dans cette relation bilatérale qui s'inscrit dans un processus d'émancipation, certains principes fondamentaux garantis par la Loi Fondamentale s'imposaient au législateur calédonien dans le champ du droit du travail malgré l'indépendance institutionnelle. Une grande partie des dispositions du droit du travail métropolitain est issue du droit communautaire ou de la jurisprudence de la Cour de justice[504]. Ces nouveaux principes, faisant partie du corpus juridique interne, auront des répercussions indirectes dans l'application partielle du droit social communautaire en Nouvelle-Calédonie. Parmi ces notions issues du droit communautaire qui occupent une place majeure dans le droit du travail contemporain, il est indéniable que le principe d'égalité entre les salariés ne s'est pas limité exclusivement à la métropole ; il a aussi « irradié » le droit du travail calédonien.

1015. L'article 1er de la Constitution de 1958 dispose que « la France est une République indivisible qui se matérialise par le principe de continuité territoriale ». Cela a

---

502 Cette partie s'inspire de l'analyse réalisée par I. Omarjee citée précédemment.

503 J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.

504 Rapport public du Conseil d'Etat, Sécurité juridique et complexité du droit, 2006, http://www.conseil-etat.fr/node.php?articleid=1255.

pour conséquence que les ressortissants français métropolitains peuvent circuler et travailler en Nouvelle-Calédonie[505]. Si le critère de nationalité est l'élément déterminant dans l'application du principe de la libre circulation des métropolitains en Nouvelle-Calédonie, alors en se basant sur le principe d'égalité garanti par le préambule de la Constitution de 1946, les citoyens calédoniens peuvent aussi prétendre à l'application du principe de la libre circulation. En tant que citoyens français originaires de la Nouvelle-Calédonie, ils bénéficient, de même que les nationaux, de la liberté de circulation, des travailleurs, et de la liberté d'établissement dans tous les États membres de l'UE au même titre que les autres citoyens français et les citoyens des autres États membres. Concernant d'éventuels aménagements à la liberté de circulation et à l'entrée dans les COM de l'article 74 de la Constitution ou en Nouvelle-Calédonie, ainsi qu'à l'établissement sur leurs territoires, il ne doit pas être fait de distinction entre les citoyens français et les autres citoyens européens »[506].

1016. Le second principe, qui s'imposera directement aux autorités calédoniennes malgré leur indépendance dans la construction du droit du travail calédonien, sera le respect de l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes. En transposant les principes directeurs du droit du travail issus de l'ordonnance du 13 novembre 1985 qui visaient l'égalité de traitement entre les salariés, les autorités appliquent d'une manière indirecte les dispositions du droit communautaire. Ainsi l'article Lp. 141-3 du code du travail calédonien reprenant la délibération numéro 283 du 24 février 1988 adoptée par le congrès, définit la notion de travail de « valeur égale » en se basant sur les anciens articles L. 140-2 du Code du travail métropolitain[507]. Celui-ci définit cette notion en soutenant « que ce sont les travaux qui exigent des salariés un ensemble comparable de connaissances professionnelles consacrées par un titre, un diplôme ou une pratique professionnelle, de capacités découlant de l'expérience acquise, de responsabilité et de charges physiques ou nerveuses ».

---

505 Cette dernière notion doit être nuancée, car depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 juillet 2010 sur l'emploi local, les résidents de nationalité française ne peuvent pas accéder librement aux emplois du territoire. Cette question sera traitée dans les prochains chapitres.

506 CE 12 mai 1989, Ministre des DOM- TOM/Mme Piermont, Rec. 124 ; AJDA 1990 ; CE Ass. 20 décembre 1995, Vedel, *Rec.* Lebon 195, p.440.

507 L. 3221-2 du code du travail métropolitain.

1017. Or ce principe-règle[508] métropolitain s'inspire directement de la jurisprudence de la Cour de justice. Cette jurisprudence influence aussi le droit du travail alors qu'en raison des traités de la Communauté et de l'Union, il est censé être inapplicable. Un autre exemple de cette influence indirecte du droit communautaire concerne le travail de nuit des femmes. Sur le fondement du principe d'égalité, la jurisprudence communautaire a sanctionné l'ancien article L. 213-1 du code du travail métropolitain[509] qui interdisait le travail de nuit des femmes. Selon la Cour de justice, cette mesure était discriminatoire et injustifiée[510]. En présence d'une disposition normative qui serait contraire au principe d'égalité hommes-femmes, le droit communautaire s'impose aux autorités nationales ; c'est la raison pour laquelle le législateur métropolitain a modifié l'ancien article L. 213-1 du code et a dénoncé la convention n°89 de l'OIT qui interdisait le travail de nuit des femmes[511].

1018. Le législateur calédonien, alors qu'il n'est pas soumis au droit communautaire, n'hésite pas à s'inspirer de la jurisprudence communautaire pour inscrire dans l'ordre juridique interne des principes qui ne sont pas exclusivement métropolitains mais communautaires. Ainsi l'article Lp. 253-1 du code du travail calédonien en est une illustration. Il réglemente le travail des jeunes travailleurs de moins de dix-huit ans. Pour les jeunes salariés des établissements commerciaux et ceux du spectacle, des dérogations peuvent être accordées, à titre exceptionnel, par l'autorité administrative. Pour les professions de marin, de la boulangerie, de la restauration et de l'hôtellerie, il peut être dérogé à l'interdiction du travail de nuit dans les conditions déterminées par délibération du Congrès. Dans la mesure où son champ d'application personnel ne vise pas les femmes, on peut en déduire que celles-ci peuvent, comme les hommes, travailler de nuit.

b) Le transfert d'entreprise

1019. L'article Lp. 121-3 régit les dispositions relatives au sort du contrat du travail en cas de transfert d'entreprise. Il est prévu, lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, que tous les contrats de travail en cours au jour de la

---

508 A. Jeammeaud, *Les principes dans le droit français du travail*, Droit social, 1982, p. 618-629.
509 L. 3122-32 du code du travail métropolitain.
510 CJCE, 25 juillet 1991, Stockel, *Rec.* I, 4077.
511 CJCE 2 août 1993, Levy, *Rec.* Dalloz, 1993, p. 578.

modification soient reconduits en l'état entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de cette modification sauf dans les cas suivants :

1° Procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire ;

2° Substitution d'employeurs intervenue sans qu'il y ait eu de convention entre ceux-ci.

Le premier employeur rembourse les sommes acquittées par le nouvel employeur sauf s'il a été tenu compte de la charge résultant de ces obligations dans la convention intervenue entre eux.

1020. A la première analyse, cet article semble ne pas avoir une grande importance car ce n'est qu'une transposition de l'article 14 de l'ordonnance du 13 novembre 1985, qui lui-même est issu de la loi du 19 juillet 1928[512]. Mais tout l'intérêt de celui-ci repose sur l'interprétation retenue par la Cour de justice de la directive du 14 février 1977, modifiée par la directive 98/50 du 29 juin 1998. La jurisprudence de la Cour de cassation abandonnant son ancienne jurisprudence[513] exigeait, pour le transfert du contrat de travail des salariés, qu'il devait exister un lien de droit entre l'ancien et le nouvel employeur[514]. La Haute cour a abandonné cette jurisprudence pour se conformer à celle qui est retenue par la Cour de justice. Pour cette dernière, l'existence d'un lien de droit n'est pas nécessaire pour caractériser le transfert d'entreprise dès lors que se réalise un transfert d'une entité économique autonome et stable. La doctrine avait déjà fait remarquer que la Cour de cassation et les juridictions du fond étaient de plus en plus influencées par la jurisprudence de la Cour de justice[515]. Ce pouvoir se manifeste sous deux angles. Le premier est l'obligation pour la Haute Cour d'imposer le respect du principe de la hiérarchie des normes au législateur calédonien. En effet, malgré cette indépendance, la Nouvelle-Calédonie est tout de même soumise à la Loi Fondamentale du 4 octobre 1958 car elle évolue dans un régime de souveraineté partagée[516]. Donc le rôle de la Cour de cassation sera de censurer les

---

512 L. 1234-10 du code du travail.

513 Cour de Cassation, Chambre sociale, du 9 mai 1974, 72-40.710, Publié au bulletin.

514 Ass. Plen 16 mars 1990 bull, n°3 et 4, soc. 15 déc. 1995, RJS 1996, n°99.

515 P. Waquet, *Dr. Soc.* 1995, p. 1108.

516 J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, La documentation française, 2000.

dispositions d'une loi du pays qui ne respecteraient pas la Constitution. Le second angle qui invite à nuancer le principe de l'inapplicabilité du droit du travail communautaire en Nouvelle-Calédonie est le pouvoir d'interprétation du juge. En effet, si celui-ci est amené à interpréter l'article Lp. 121-3 du code du travail calédonien relatif au sort du contrat de travail en cas de transfert d'entreprise, le fera-t-il en créant une jurisprudence spécifique à la Nouvelle-Calédonie ou s'appuiera-t-il sur sa jurisprudence s'inspirant des juges communautaires ? Il semblerait que le juge national écartera la première hypothèse pour privilégier la seconde. Ainsi à travers cet exemple, on constate que c'est par le biais de la jurisprudence que le droit communautaire sera applicable sur le territoire.

1021. L'application jurisprudentielle indirecte du droit du travail communautaire en Nouvelle-Calédonie se justifie pour plusieurs motifs. Le premier repose sur le fait que le principe de l'indivisibilité de la République dépasse le cadre du droit communautaire. Car au-delà de la distance séparant la métropole de la Nouvelle-Calédonie, celle-ci est une partie intégrante du territoire bien qu'elle ne soit qu'un territoire associé dans le cadre communautaire. Le second motif résulte de la jurisprudence très dynamique et créative du juge communautaire qui a adopté une conception large de la notion de discrimination et du principe d'égalité professionnelle[517]. Cette jurisprudence audacieuse a créé des principes-règles qui s'imposent dans l'ordre public social communautaire. Donc, en adoptant une conception universaliste du droit du travail, il était naturel que la Cour de cassation étende ces « principes-règles » aux salariés calédoniens même si le droit communautaire du travail ne s'applique pas au territoire. Enfin on aurait du mal à comprendre que le Haut commissaire ou les représentants du pouvoir exécutif fasse un recours en justice pour demander la non application de cette jurisprudence communautaire aux salariés calédoniens au motif que les directives et les règlements relatifs au droit du travail sont inapplicables sur le territoire calédonien. Le droit social communautaire peut aussi s'immiscer par une autre voie dans l'espace calédonien. Depuis les Accords de Nouméa et la Loi organique de 1999, le Congrès et la Nouvelle-Calédonie ont une compétence exclusive dans le droit du travail. La Souveraineté dans cette discipline lui permet de créer ses propres normes, de transposer les normes métropolitaines ou communautaires.

---

[517] Ph. WAQUET, "*Le principe d'égalité* en *droit* du *travail*," *Dr. soc.* 2003 p. 276 ; A. Jeammeaud, *Du principe d'égalité de traitement des salariés*, *Dr. soc.* 2004, pp. 694-702.

2) *Un pouvoir facultatif de transposition*

1022. Le président du Gouvernement et, le cas échéant, les présidents des Assemblées de province, ou leur représentant, sont associés ou participent aux négociations relatives aux relations entre la Communauté européenne et la Nouvelle-Calédonie. L'accord de Nouméa[518] prévoit que « la Nouvelle-Calédonie sera associée à la renégociation de la décision d'association Europe PTOM » renouvelable tous les 10 ans[519]. Ces dispositions issues de l'article 30 de la Loi organique du 19 mars 1999 montrent toute l'étendue de la notion de souveraineté partagée qui attribue une compétence partagée à la Nouvelle-Calédonie dans le domaine de la politique communautaire. L'analyse du texte de l'article invite à faire plusieurs remarques.

1023. La première indique que cette compétence partagée ne possède pas un champ d'application illimité ; cela a pour effet d'exclure la Nouvelle-Calédonie de certaines négociations. Ce mécanisme ne s'applique qu'à condition que les intérêts de la Nouvelle-Calédonie soient concernés dans le cadre communautaire. Il semblerait que le législateur adopte une conception large du domaine d'association et de participation du Gouvernement calédonien ou des présidents des Assemblées de province aux relations qui touchent la Nouvelle-Calédonie et la Communauté européenne. On peut en déduire que si un projet ou une proposition de directives ou de règlements vise d'une manière indirecte[520] le territoire calédonien, que celui-ci sera obligatoirement associé à la négociation. Dans la défense de ses intérêts, les autorités calédoniennes pourront s'inspirer de ces nouvelles normes pour l'intégrer dans l'ordre juridique interne. Ainsi disposent-elles d'un pouvoir facultatif de transposition des normes communautaires, à la différence de la métropole, membre à part entière de la Communauté et de l'Union, qui a l'obligation, pour certaines d'entre elles, de les intégrer[521]. Cette faculté d'exclure ou de transposer une disposition communautaire dans le droit interne est la manifestation même de l'indépendance relative des autorités calédoniennes.

---

[518] Point 3.2.1 de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998.

[519] Cet accord d'association résulte d'un décision en date du 27 novembre 2001 (décision 2001/822/ CE du Conseil) Elle est en cours de renégociation.

[520] J.-Y. FABERON, J. ZILLER, *Droit des collectivités d'Outre-mer,* L.G.D.J, 2007.

[521] *Ibid.* Application du droit communautaire : effets des directives et des règlements communautaires.

1024. La seconde remarque renvoie aux personnes qui sont autorisées à participer et à négocier avec le Gouvernement métropolitain des accords communautaires qui intéresseraient directement la Nouvelle-Calédonie. La rédaction de l'article 30 de la Loi organique du 19 mars 1999 conduit à une confusion dans la répartition des compétences internes au territoire. En effet si la relation bilatérale entre l'Union et le territoire vise un domaine de compétence exclusive comment le Gouvernement calédonien pourrait-il engager le Congrès, sans son autorisation ? Afin de lever les ambiguïtés relatives à cet article, il aurait été plus pertinent que soit précisé par le législateur organique l'obligation faite au Gouvernement métropolitain de tenir informer le Président du Congrès, représentant du pouvoir législatif calédonien, du contenu des négociations quand cela concerne les compétences de l'organe législatif. Finalement, le véritable titulaire de la transposition facultative des normes communautaires reste le Congrès. Donc on constate que l'exclusion de la Nouvelle-Calédonie du droit du travail communautaire en tant que territoire associé doit être relativisée. En effet un ensemble de mécanismes à la limite de l'orthodoxie juridique se sont mis en place pour contourner les dispositions du traité afin que les salariés calédoniens puissent bénéficier des mesures progressistes du droit du travail communautaire.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

1025. L'indépendance du droit du travail calédonien doit être nuancée ; celle-ci s'inscrit dans un processus constitutionnel évolutif qui doit amener les citoyens calédoniens en Nouvelle-Calédonie à se prononcer lors d'un référendum pour savoir si le territoire peut accéder ou non à la pleine souveraineté. Dès lors que cette souveraineté ne sera pas absolue, cela se répercutera sur le droit du travail calédonien qui restera soumis aux instances juridictionnelles et constitutionnelles métropolitaines. Autrement dit, ces dernières seront les gardiennes du respect des droits fondamentaux des salariés calédoniens. Pour atteindre un tel résultat, elles s'appuieront sur la Constitution métropolitaine et son bloc de constitutionnalité, lequel sera enrichi de l'Accord de Nouméa depuis la décision du Conseil constitutionnel du 15 mars 1999.

Cette souveraineté partagée conduit aussi à la limitation du champ d'application du droit du travail calédonien au niveau international et partiellement au niveau du droit européen. Cela conduit à une réduction des pouvoirs des nouveaux acteurs du droit du travail. Malgré ces contraintes, l'émancipation du droit du travail calédonien a tout de même permis la rédaction d'un Code du travail qui renforce l'orientation indépendantiste.

CONCLUSION DU TITRE 1 :

1026. L'acte fondateur de l'émancipation du droit du travail repose sur l'Accord de Nouméa. La notion de droit local disparaît pour laisser la place à un droit du travail calédonien. Pour construire celui-ci, les autorités politiques calédoniennes s'appuient essentiellement sur les anciennes dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985 et du Code du travail métropolitain.

Ce texte fait preuve d'une originalité ; c'est la première fois que l'organe d'une entité sui generis dispose d'une compétence exclusive pour fixer les principes fondamentaux en droit du travail à des citoyens français. Ce pouvoir exclusif permet d'affirmer que cette émancipation du droit du travail calédonien s'inscrit dans un processus d'indépendance. Il se construit toutefois dans un cadre mixte, calédonien et métropolitain. C'est la raison pour laquelle cette indépendance est encadrée constitutionnellement. Il reviendra au juge constitutionnel et aux juridictions de l'ordre administratif et judiciaire de garantir d'une manière directe ou indirecte que les lois du pays ou règlements respectent les droits fondamentaux des salariés calédoniens.

1027. Le code du travail calédonien a une autre fonction dans ce contexte. La société calédonienne regroupe plusieurs réalités historiques, sociologiques et culturelles qui font que la notion de peuple calédonien est très complexe à définir. En revanche le Code du travail, exprimant la souveraineté du droit du travail calédonien, permet de réduire les frontières identitaires et représente l'unité des salariés qui sont pour la plupart soumis à une subordination juridique.

TITRE 2 : LE CODE DU TRAVAIL CALEDONIEN, FONDEMENT DE L'INDÉPENDANCE

1028. L'accord de Nouméa de 1998, complété par la Loi organique du 19 mars 1999, a posé les bases d'une émancipation du droit du travail calédonien. Cette émancipation a instauré une indépendance institutionnelle. Ce qui signifie que le Congrès aura la compétence exclusive pour voter et élaborer les lois du pays relatives au droit du travail. Ensuite l'État français, sur la base de l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999, a transféré à la Nouvelle-Calédonie la compétence exclusive du droit du travail.

1029. Comment la Nouvelle-Calédonie et le Congrès vont-ils matérialiser ces nouvelles attributions dans le champ du droit du travail ? Chercheront-ils à corriger les insuffisances de l'ancien système institutionnel qui prévalait avant la signature de l'accord de Nouméa de 1998 ? C'est la loi du pays du 13 février 2008 qui, en instaurant le code du travail de la Nouvelle-Calédonie, apporte un début de réponse. Entré en vigueur le 1er mai 2008, le Code du travail de la Nouvelle-Calédonie aura pour objet d'assurer l'effectivité d'un principe constitutionnel qui est l'accessibilité du droit pour les usagers. Mais derrière cet objectif, on constate dans le fond que ce code est l'expression d'un continuum avec les principes fondamentaux du droit du travail métropolitain (Chapitre 2). Cette analyse invite à observer que le législateur calédonien a exercé avec prudence cette indépendance institutionnelle. Doit-on expliquer cette retenue en raison de la nouveauté de ces pouvoirs ? Il ne faut pas oublier que c'était la première fois qu'une entité de l'État bénéficiait d'une partie de la Souveraineté. Adopté pendant une période de transition politique, il semblerait que le Code du travail reste tout de même une œuvre en recherche d'identité (Chapitre 1).

Chapitre 1) UN CODE DU TRAVAIL EN PERIODE DE TRANSITION

1030. La codification est toujours l'expression d'une volonté politique représentant un pouvoir. Pour la Nouvelle-Calédonie, le Congrès est le nouveau titulaire du pouvoir législatif dans le champ du droit du travail depuis la Loi organique du 19 mars 1999. Ainsi, ce Code exprimera la souveraineté de l'entité sui generis que représente la Nouvelle-Calédonie ; il ne pourra pas être défini comme une simple technique de compilation des

normes ; il va exprimer une orientation représentant soit une rupture, soit une continuité avec le droit du travail métropolitain. Soumise à l'analyse, on observe que la codification du droit du travail calédonien résulte essentiellement d'une inspiration métropolitaine (section 1).

1031. Mais pour la Nouvelle-Calédonie, cette codification ira beaucoup plus loin que dans la métropole. En effet depuis l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, le législateur a reconnu l'identité kanak qui est une composante de l'entité sui generis. Cette reconnaissance s'est traduite dans la Loi organique du 19 mars 1999 par la création d'un statut civil coutumier[522] et d'un sénat coutumier qui protège et garantit les spécificités juridiques de l'identité kanak. Ce régime si particulier dans le champ du droit civil est-il transposable au droit du travail ? Le législateur calédonien a écarté cette hypothèse. Ainsi, le code du travail calédonien sera le texte fondateur dans la construction de la citoyenneté calédonienne (section 2).

SECTION 1) UNE CODIFICATION D'INSPIRATION MÉTROPOLITAINE

1032. L'indépendance du droit du travail s'est matérialisée dans l'adoption du Code du travail en date du 13 février 2008. Pour la Nouvelle-Calédonie, cela signifie que celle-ci dispose de la faculté de prendre des mesures normatives dans le champ du droit du travail. Elle n'a plus besoin de se référer au pouvoir métropolitain pour mettre en œuvre ses compétences. Souverain dans le processus de codification, le Congrès n'a pas marqué une rupture avec l'ancienne législation puisqu'il a retenu une codification à droit constant pour le nouveau Code du travail (§ 1), lequel s'inspire principalement des anciennes sources issues du Jus commune et du Jus proprium (§ 2).

PARAGRAPHE 1) UNE CODIFICATION À DROIT CONSTANT

1033. Soumis à la jurisprudence du conseil constitutionnel, le législateur calédonien a inscrit son œuvre législatrice dans un objectif de résolution de certaines difficultés qui existaient avant la signature de l'accord de Nouméa. La multiplicité des sources du droit local créait une insécurité juridique pour les usagers. Ainsi l'objectif de la

[522] Article 7 et suivant de la loi organique du 19 mars 1999.

codification à droit constant est double. Dans un premier temps, elle tend à rendre le droit du travail calédonien accessible et intelligible à l'ensemble des destinataires (A), dans un deuxième temps, elle représente la souveraineté calédonienne (B).

A) Accessibsilité et intelligibilité du droit du travail

1034. La Codification est un processus juridique important dans le droit et suscite aussi beaucoup d'interrogations quant à sa finalité et même à son utilité. Sa définition en revanche semble être tout aussi complexe, car elle recouvre plusieurs réalités et objectifs. En principe, c'est le regroupement d'un ensemble de textes relevant du même domaine dont les sources sont multiples[523] afin de les regrouper dans un document unique qui sera appelé Code.

Certains auteurs vont plus loin dans la définition en soutenant que la « codification est une technique juridique visant à rassembler et réorganiser les normes existantes portant sur un domaine précis au sein d'un texte unique validé par les pouvoirs publics »[524] . Cette codification, lorsqu'elle est à droit constant, doit s'opérer sans aucune modification sur le fond de ces normes.

Ainsi le Congrès calédonien, en optant pour une codification à droit constant, confirme explicitement qu'il existait bel et bien un droit du travail. On ne pouvait pas encore affirmer qu'il était calédonien avant la révision constitutionnelle de 1998, et l'adoption de la Loi organique de 1999, mais l'autonomie était le préalable dans le cadre de ce processus d'émancipation.

La définition proposée par l'auteur doit être nuancée car la codification ne peut pas être réduite à une simple technique. C'est aussi un acte politique, économique et bien évidemment juridique.

1035. En effet, c'est un acte politique car seul le législateur peut prendre une telle décision. Ainsi ce Code, une fois adopté, sera opposable à l'ensemble des sujets de droit rentrant dans son champ d'application. Il sera une source de droit et d'obligation. Dans

---

523 Décret, arrêté.

524 C. CERDA-GUZMAN, « *La codification à droit constant : un oxymore ?* », in J. POUSSON et F. RUEDA (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ? Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, L.G.D.J., Coll. I.F.R. Mutations des Normes Juridiques, Toulouse, 2010, pp. 67-79.

le cadre de la Nouvelle-Calédonie, la dimension politique sera renforcée. En effet depuis la Loi organique du 19 mars 1999, l'entité sui generis a une compétence exclusive dans le domaine du droit du travail. La loi organique ajoute que le Congrès de la Nouvelle-Calédonie est l'organe institutionnel qui a la compétence de droit commun pour déterminer les principes fondamentaux en droit du travail.

Le premier Code du travail calédonien du 1er mai 2008 est-il l'acte fondateur du droit du travail ? Si une telle hypothèse est retenue, alors le Code du travail et le droit du travail « se fondent, se confondent ». Pour la Nouvelle-Calédonie, la confusion entre le droit du travail et le Code du travail porte sur une autre dimension. Cette dimension politique marque aussi l'avènement de la souveraineté de la Nouvelle-Calédonie et des institutions calédoniennes dans le champ du droit du travail.

La codification revêt aussi un aspect économique car, en fonction des orientations de celle-ci, cela aura nécessairement des répercussions sur les acteurs économiques. Serait-ce un Code de « principes[525] » ? Si tel est le cas, les partenaires sociaux auront une grande latitude dans le cadre de leur liberté contractuelle pour compléter ces espaces libres laissés par le législateur. Si tel n'est pas le cas, ce sera alors un Code qui aura pour fonction de compiler l'ensemble des textes issus du Jus commune et du Jus proprium et d'encadrer fortement la liberté contractuelle des parties, en l'espèce celle de l'employeur, afin de protéger la partie considérée comme la plus faible, le salarié, qui évolue dans une relation contractuelle subordonnée juridiquement.

C'est un acte éminemment juridique. En effet l'opération ne se réduit pas exclusivement à compiler un ensemble de textes ; il est primordial de respecter certains principes tels que la hiérarchie des normes. Parmi la multitude des textes d'origine législatifs, réglementaires, les auteurs de la codification vont devoir sélectionner, parfois écarter certains textes qui participeront d'une manière directe à définir le nouveau droit du travail calédonien. Comme le faisait remarquer un auteur, le droit du travail, c'est le Code au point de s'y fondre complètement, de se confondre avec lui[526]. Si certains textes sont écartés, sont-ils exclus du champ du droit du travail ? La réponse est négative. Car la codification à droit constant n'a pas pour objet d'abroger certains textes. C'est la raison pour laquelle la

[525] A. Lyon-Caen et A. Fabre, *Le nouveau Code du travail,* Dalloz, 2008, p. 2.
[526] A. Lyon-Caen et A. Fabre, *Le nouveau Code du travail,* Dalloz, 2008.

commission chargée de la codification précise que « les textes non codifiés n'ont pas pour autant été abrogés et continueront donc de recevoir application »[527].

De nombreux textes ont étés exclus du nouveau Code du travail de 2008, tel est le cas des délibérations suivantes :

- les dispositions des articles 3 à 11 de la délibération n° 50 du 10 mai 1989 relative à la médecine du travail et concernant le service médical interentreprises du travail (SMIT).

- les chapitres 4 et 5 de la délibération n° 533 du 2 février instituant un régime d'assurance chômage partiel et total au profit des salariés de Nouvelle-Calédonie et dépendances, fixant les modalités de gestion du régime institué par la CAFAT.

L'exclusion des mesures relatives à l'assurance chômage dans le nouveau Code du travail semble surprenante au regard de l'importance de cette dernière dans le droit du travail. Ce problème occupe une place si importante dans la construction de la paix sociale en Nouvelle-Calédonie que le législateur a introduit la préférence de l'emploi local au profit des citoyens calédoniens et de certains résidents[528]. Ainsi aurait-il été plus pertinent de laisser dans le nouveau Code du travail l'ensemble des mesures relatives à l'assurance chômage afin qu'elles soient accessibles directement aux « utilisateurs ».

1036. La codification, avant d'être une technique, est aussi un outil d'un style particulier. Autrement dit, il faudra s'interroger sur son utilité par rapport au processus d'émancipation du droit du travail calédonien. La réponse à cette question renvoie à la décision du Conseil constitutionnel du 16 décembre 1999 qui fixe le principe d'accessibilité et d'intelligibilité du droit comme un principe à valeur constitutionnelle. La complexité du droit du travail repose sur des causes multiples. En résumé, elle résultait de la multiplicité des sources du droit du travail qui était subdivisée entre le Jus commune relevant de la compétence exclusive du droit métropolitain et le Jus proprium relevant de la compétence exclusive de la Nouvelle-Calédonie. Cette articulation, qui se donnait pour objectif d'accorder une plus grande autonomie au territoire a créé une complexité juridique faisant

[527] *Code du Travail de Nouvelle-Calédonie*, Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, DTE, 2012, p. 5.
[528] C'est une disposition issue de la Lp du 27 juillet 2010 qui accorde la priorité d'emploi au calédonien. Cette partie sera traitée ultérieurement.

basculer la règle de droit dans une insécurité juridique.

1037. Le Comité de pilotage, chargé de la codification du droit du travail, s'est fixé trois objectifs qui s'inscrivent dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel[529] et aux recommandations du Conseil d'État.

- Le premier objectif, commun à tout travail de codification, est le regroupement en un document unique des règles de droit relatives à une matière donnée. Ce regroupement participe à la réalisation de l'objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité du droit. À plusieurs reprises, le Conseil d'État a fait part de la nécessité pour la Nouvelle-Calédonie de codifier sa législation du travail ou de la sécurité sociale.

L'exigence de l'accessibilité du droit du travail contribue en outre à la qualité de la relation du travail. En effet, l'accès égal et aisé au droit est un élément essentiel de la qualité de la relation de travail. Pour être équilibrée et conforme à son cadre juridique, celle-ci doit s'établir entre des parties informées de leurs droits et de leurs obligations, et capables de les faire valoir ;

- Le second objectif, spécifique à la Nouvelle-Calédonie, est la mise à jour des textes existants au regard de l'organisation institutionnelle résultant de la Loi organique. Cette mise à jour concerne tant la référence aux autorités désormais compétentes que le partage qui doit être opéré entre les lois du pays et les délibérations ordinaires du Congrès ;

- Le troisième objectif est de faire en sorte que le travail effectué sur les textes donne la possibilité aux acteurs sociaux d'appréhender l'état de la législation actuelle, permettant ainsi d'engager la réflexion sur les réformes à venir.

1038. Le premier objectif fixé par le Comité semble avoir été atteint. En effet avant la promulgation du Code du travail calédonien, c'était le recueil de 1994 des

[529] Décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC 16 décembre 1999, *Rec.* p. 136.

délibérations de l'Assemblée territoriale qui regroupait l'ensemble des textes adoptés par cet organe. Ce document est une compilation de textes qui avait pour objectif d'aider les acteurs du droit et les usagers en Nouvelle-Calédonie à accéder aux sources régissant le droit local du travail. Ce recueil comprenait les principes directeurs du droit du travail fixés par l'Ordonnance du 13 novembre 1985 et les délibérations adoptées par l'Assemblée territoriale calédonienne.

Il est intéressant de constater que le Comité de rédaction prend ses distances avec ce recueil. De ce fait, il ne parle pas de recodification comme cela fut le cas dans le droit métropolitain pour l'élaboration du nouveau Code du travail, mais d'une codification à droit constant marquant une rupture avec l'ancienne compilation de 1994. Cette codification s'appuie sur l'ensemble des dispositions qui régissent la matière. Cette indifférence à l'égard du recueil de 1994 est accentuée lorsque le Comité s'appuie sur les recommandations du Conseil d'État qui « fait part de la nécessité pour la Nouvelle-Calédonie de codifier sa législation du travail ou de la sécurité sociale ».

Ce recueil avait-il une valeur juridique dans son champ d'application matériel et personnel ? Il semblerait que non car un recueil n'a qu'une valeur d'information et ne peut pas constituer une source de droit, à la différence d'un Code ; ce dernier va ordonner et structurer une matière afin de respecter le principe d'intelligibilité et d'accessibilité de la Loi.

L'adoption du Code du travail, par la loi du 13 février 2008 pour la partie législative et la délibération du 14 février 2008 pour la partie réglementaire[530], marque une rupture avec le recueil de 1994 et l'ancien droit local du travail ; il contribue à l'affirmation d'un droit du travail calédonien[531].

1039. Le deuxième objectif impose au pouvoir exécutif d'inclure les nouvelles réformes du droit du travail dans le nouveau code. Dans le cadre de cette réflexion, ces deux aspects sont indissociables. En effet ces évolutions institutionnelles du territoire ont profondément marqué le processus d'émancipation du droit du travail. Aussi l'un des objectifs de la codification à droit constant est de permettre un regroupement des textes en « mettant à jour les textes existants. » Ainsi le Comité de rédaction du nouveau Code du

530 Celui-ci est entré en vigueur le 1er mai 2008.

531 Pour respecter le principe d'accessibilité, les autorités gouvernementales calédoniennes ont recours à l'internet pour permettre aux usagers d'accéder par voie électronique : création du site internet de la direction du travail et de l'emploi (DTE) et de juridoc.

travail n'apporte aucun élément novateur.

Le troisième objectif s'adresse directement aux partenaires sociaux. Selon le Comité de rédaction du nouveau Code du travail calédonien, cette codification permettra aux autorités législatives et syndicales calédoniennes « d'engager la réflexion sur les réformes à venir ».

Plusieurs questions se posent. La première est de savoir si cette codification initiale n'est qu'un prélude à d'autres modifications du droit du travail. Si tel est le cas, cette mesure est pertinente car on ne peut pas envisager une réforme sans connaître l'état du droit existant. De ce fait, la codification participe naturellement à la réalisation d'une telle mission.

La seconde question interpelle sur les personnes visées qui s'appuieront sur le Code pour proposer des réformes à venir. Les partenaires sociaux doivent-ils être privilégiés ? La réponse doit être négative car le droit du travail est un droit de masse qui ne vise pas exclusivement les partenaires sociaux mais aussi une grande partie des citoyens d'un territoire. Une autre catégorie d'acteurs apparaît dans la matière, ce sont les juges. Ces derniers, en cas de contentieux, sont amenés à préciser, définir la règle de droit. Ils élaborent une jurisprudence qui prépare souvent des réformes législatives et réglementaires.

La définition du contrat de travail en est une parfaite illustration. N'est-ce pas la jurisprudence qui a élargi le champ d'application personnelle du droit du travail en proposant une définition large du contrat de travail ? L'article Lp. 111-2 du Code du travail calédonien s'inspire fortement de cette définition jurisprudentielle[532]. Ainsi le texte dispose qu'est considérée comme salarié toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée.

En conséquence, il aurait été plus pertinent et plus juste pour le Comité de rédaction de ne pas réduire ce troisième objectif aux seuls partenaires sociaux mais à l'ensemble des « utilisateurs » du Code du travail calédonien.

Parmi les objectifs, il semblerait que le Comité de rédaction en ait oublié un qui revêt tout de même une importance capitale par rapport à cette étude. C'est la question de la souveraineté du droit du travail calédonien. Ainsi les réformes à venir ne s'inscriront plus dans un regard croisé entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie, mais conformément aux

[532] Cour de cassation Civ., 6 juillet 1931, Dp 1931. 1. 121, note P. Pic ; Grands arrêts, n°1.

accords de Nouméa qui invitent tous les acteurs calédoniens à construire un destin commun. La codification du droit travail calédonien contribue à la réalisation de ce projet et exprime aussi la nouvelle souveraineté de la Nouvelle-Calédonie.

B) Une codification exprimant la souveraineté calédonienne

1040. Tout au long de la réflexion, le terme de souveraineté est revenu d'une manière constante pour interpréter ces nouvelles réalités institutionnelles qui se répercutent sur le droit du travail. Ceux-ci ont conduit à une révision constitutionnelle en 1998 et à l'adoption d'une Loi organique le 19 mars 1999. Plusieurs auteurs ont été amenés à s'interroger sur la notion même de la souveraineté depuis ces bouleversements institutionnels, constitutionnels. Pour traduire cette nouvelle réalité, une nouvelle notion est apparue dans la doctrine constitutionnelle. C'est celle de la souveraineté partagée ; ce concept signifie que l'État métropolitain est allé plus loin que la décentralisation, puisqu'il transfère une partie de ses prérogatives constitutionnelles à une collectivité d'Outre-mer[533].

1041. Le droit du travail n'est pas resté indifférent à ces bouleversements institutionnels. Ces évolutions ont participé directement au processus d'émancipation du droit du travail. En effet, l'article 99 de la Loi organique du 15 mars 1999 attribue la compétence exclusive au Congrès pour déterminer les principes fondamentaux du droit du travail. Doit-on en déduire que le pouvoir constituant a aussi transféré à la Nouvelle-Calédonie et au Congrès la possibilité de codifier le droit du travail ? La réponse amène à envisager deux hypothèses qui dépendront de la définition retenue pour la notion de Code.

1042. La première consiste à ne retenir qu'une définition primaire de la codification qui ne serait qu'une technique juridique de compilation de l'ensemble des textes d'une même matière dans un document unique qu'on appellerait communément un Code. Le droit du travail serait dissocié du Code. Si tel est le cas, la codification ne serait pas l'expression de la Souveraineté de l'État, mais seulement un simple instrumentum destiné à faciliter l'accès au droit pour les utilisateurs. Ainsi de simples particuliers pourraient mettre en œuvre une codification et cela aboutirait à la création d'un Code.

---

[533] J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé,* La documentation française , 2000.

La seconde hypothèse accorde une dimension plus « noble »[534] de la codification. Celle-ci s'appuierait sur la précédente définition mais elle réserverait le monopole de cette opération à l'État et à ses organes, représentés par le parlement et le pouvoir exécutif. Cette codification aurait pour effet de fusionner le droit du travail calédonien avec le Code. Ainsi, comme le souligne un auteur, le Code serait le droit du travail et le droit du travail serait le Code[535].

Donc la codification serait l'expression de la souveraineté de l'État et c'est un acte éminemment politique, juridique justifiant cette prérogative de la puissance publique.

1043. La loi du pays du 13 février 2008, en adoptant le Code du travail, démontre aussi que cette codification exprime la Souveraineté exclusive du Congrès calédonien qui met en évidence l'indépendance de ce droit du travail, deuxième versant du processus d'émancipation. C'est une rupture par rapport au recueil de 1994. La note de synthèse du Comité de rédaction du Code du travail est intéressante ; elle montre toute la complexité que cache le processus de codification, notamment dans la détermination de l'organe compétent pour réaliser un tel Code.

Pour saisir les enjeux, une reproduction partielle d'un extrait du rapport du Comité est nécessaire. Celui-ci énonce que « l'idée de codifier ces textes n'est pas abandonnée pour autant. Au début des années 1990, une volonté partagée des élus du Congrès du territoire et de l'État aurait pu permettre le regroupement des délibérations sous une forme codifiée. Toutefois le projet achoppera notamment sur la question de l'autorité compétente pour procéder à l'édiction d'un tel code ».

1044. La dernière proposition est capitale car elle a le mérite de souligner toute la dualité du droit local du travail. Cette summa divisio a conduit à la création d'un Jus commune, relevant de la compétence exclusive du pouvoir métropolitain, tandis que le Jus proprium restait sous la tutelle du territoire. Cette situation a créé une insécurité juridique et, de surcroît, une inflation normative.

La résolution de ce problème passait, selon le Comité, par la codification du droit local du travail. Ce projet a été abandonné en raison d'une incapacité pour l'autorité

[534] J. POUSSON et F. RUEDA (dir.), *Qu'en est-il de la simplification du droit ?* Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, L.G.D.J., Coll. I.F.R. Mutations des Normes Juridiques, Toulouse, 2010.
[535] A. Lyon-Caen et A. Fabre, *Le nouveau Code du travail,* Dalloz, 2008.

métropolitaine et locale de déterminer à qui revenait cette mission. En analysant de plus près, il semble que la véritable question est de savoir si l'acte de codifier est une compétence relevant de la souveraineté exclusive de l'État ou si celui-ci peut la déléguer à une autre collectivité soumise au principe constitutionnel de la spécialité législative.

Les nombreuses hésitations des autorités métropolitaines et calédoniennes cachent une divergence quant à l'étendue de l'autonomie accordée au territoire dans le domaine du droit du travail.

1045. Ainsi cela démontre bien toute la polysémie que recouvre la notion d'émancipation. Cela peut renvoyer aussi bien à l'autonomie qu'à l'indépendance. Dans le premier cas, le véritable titulaire du pouvoir reste la métropole qui, en ne manifestant pas de réponse sur le projet de codification, manifeste sa souveraineté sur le droit du travail, malgré la liberté accordée à la Nouvelle-Calédonie dans le cadre du Jus proprium. En conséquence l'ordonnance du 13 novembre 1985, fixant les principes directeurs du droit du travail, participe grandement à préserver la Souveraineté de la métropole sur le droit local du travail du territoire. Par contre l'indépendance est l'essence même du pouvoir ; il permet de décider sans être dans l'obligation de se référer à une personne ou une autorité déterminée.

1046. Afin que le droit du travail bascule sous le second versant de l'émancipation, seule une révision de la Constitution aurait pu le permettre. Les accords de Nouméa ont amorcé la voie vers l'indépendance et cela s'est répercuté sur le droit du travail. Ainsi la loi du pays du 13 février 2008, suivie du règlement du 14 février 2008 donnant naissance au Code du travail calédonien, participe à la construction de l'indépendance du droit du travail. La mise en œuvre de cette « émancipation-indépendance » a permis à ce dernier, à travers la codification du droit du travail, d'affirmer son indépendance et de mettre un terme à la summa divisio qui caractérisait le droit du travail.

Pour toutes ces raisons, il ne semble pas excessif d'affirmer que la codification du droit du travail est l'expression de la souveraineté du droit du travail calédonien.

1047. Cette indépendance se matérialisera dans la mise en œuvre de la codification. De ce fait, les acteurs de ce travail ne seront pas des métropolitains mais des calédoniens. Ainsi le comité de pilotage sera composé du secrétariat général du

Gouvernement, de représentants des directions concernées, de la présidente du Tribunal du travail, et placé auprès de la direction du travail et de l'emploi calédonien. La composition des membres du comité de pilotage marque une rupture avec l'ancien droit local du travail. Dans ce dernier l'impulsion des réformes émanait du pouvoir métropolitain. En conséquence, après l'adoption de la loi du 6 septembre 1984 accordant une autonomie à l'assemblée territoriale pour élaborer un Jus proprium, cette compétence ne pouvait pas être mise en œuvre en l'absence de règles fixant les principes directeurs du droit du travail. Ce vide juridique n'a été résolu qu'après l'adoption par le pouvoir exécutif métropolitain de l'ordonnance du 13 novembre 1985 fixant les principes directeurs du droit du travail en Nouvelle-Calédonie.

Cette summa divisio du droit du travail marquait véritablement la prééminence des autorités métropolitaines qui limitaient d'une manière indirecte les pouvoirs des autorités calédoniennes.

1048. La détermination du périmètre du code du travail recouvre deux questions : la première concerne le choix des textes et des dispositions à intégrer dans le code du travail au regard de la matière traitée, et la seconde, spécifique à la Nouvelle-Calédonie, conduit à s'interroger sur la compétence de celle-ci.

PARAGRAPHE 2) LES SOURCES DU CODE DU TRAVAIL

1049. Les sources du Code du travail sont multiples. Elles s'appuient sur les dispositions de l'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985 (A) et les délibérations de l'Assemblée territoriale (B). Bien qu'il ait opté pour une codification à droit constant, le législateur a fait preuve d'une indépendance législative en créant de nouveaux articles (C).

A) L'ordonnance du 13 novembre 1985

1050. Le nouveau Code du travail a marqué une étape décisive dans l'évolution du droit du travail calédonien. D'un droit local autonome, sous tutelle du pouvoir métropolitain, on bascule vers une indépendance. Mais celle-ci ne signifie pas pour autant que le législateur calédonien marquera une volonté de rupture avec les anciennes sources du droit local. Au contraire, on observe qu'il est resté fidèle à l'ancien corpus juridique.

1051. L'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985 a été abrogée explicitement par la loi organique du 19 mars 1999 malgré cela, cette codification à droit constant a accordé une place importante à cette dernière. Le nouveau législateur va plus loin puisque ce texte constitue la principale source d'inspiration de la partie législative du Code du travail. En prenant une telle orientation, le nouveau législateur confirme explicitement l'analyse qui qualifiait les principes directeurs de droit du travail comme les principes fondamentaux du droit du travail. Autrement dit, ce sont les normes de protections minimales en dessous desquelles les parties ne peuvent pas y déroger.

1052. Pour illustrer ces propos, on s'appuiera sur les dispositions de l'article Lp.111-1 du code du travail et de l'ancien article 1, alinéas 1 à 4 de l'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985.

Cette dernière dispose que « la présente ordonnance est applicable dans le territoire de Nouvelle-Calédonie sous réserve, le cas échéant, des dispositions des traités, conventions ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés et publiés. Les dispositions de la présente ordonnance ne portent pas atteinte aux stipulations des contrats individuels de travail plus favorables pour les salariés. Elle s'applique à tous les salariés du territoire.

Elle s'applique à toute personne physique ou morale qui emploie lesdits salariés. Sauf dispositions contraires de la présente ordonnance, elle n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public. Est considérée comme salarié quelle que soient son sexe et sa nationalité toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée. Pour la détermination de la qualité de salarié, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employé, ni de celui de l'employeur, ni du fait que celui-ci soit titulaire ou non d'une patente. Est considéré comme employeur toute personne morale ou physique, publique ou privée, qui emploie au moins un salarié dans les conditions définies à l'alinéa précédent ».

1053. Le développement majeur de cet article nuit à sa clarté et s'écarte du principe à valeur constitutionnelle d'intelligibilité de la règle de droit[536]. Pour se conformer à la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le législateur, dans la nouvelle rédaction retenue

[536] Décision du Conseil constitutionnel n° 99-421 DC 16 décembre 1999, *Rec.* p.136.

de l'article Lp. 111-1, a simplifié l'écriture afin de retenir le principe d'une idée par article. Cela a eu pour effet que les dispositions de l'article 1er de l'ordonnance ont été scindées en deux articles.

Ainsi selon la nouvelle rédaction retenue de l'article Lp. 111-1 du code du travail, il est prévu que « les dispositions du présent livre sont applicables à tous les salariés de Nouvelle-Calédonie et aux personnes qui les emploient. Elles ne portent pas atteinte aux stipulations des contrats individuels de travail plus favorables pour les salariés ».

Il est complété par l'article Lp. 111-2 du même code qui dispose « qu'est considérée comme salarié toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée. Est considérée comme employeur toute personne morale ou physique, publique ou privée, qui emploie au moins un salarié dans les conditions définies à l'alinéa précédent ».

1054. Cette technique de rédaction s'inspire directement de la méthode utilisée en métropole pour la recodification du nouveau Code du travail. Constituant une source à part entière dans le Code du travail, on ne peut pas vraiment affirmer que l'Ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985 occupe une place prééminente dans la partie législative dudit code, à la différence des délibérations adoptées par l'Assemblée territoriale. Ainsi, il semble que le législateur calédonien a repris dans la partie législative moins d'un quart des dispositions de l'ordonnance abrogée du 13 novembre 1985.

Ce texte n'est pas exclusivement une source pour la partie législative du Code du travail, il l'est aussi pour la partie réglementaire. Tel est le cas des articles R. 253-1, et R. 332-1 et R. 332-2 du Code du travail qui complètent les dispositions de la partie législative. Le premier énonce à l'article R. 253-1 que l'autorité compétente pour accorder des dérogations est le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Le deuxième qui est indissociable dispose que « l'opposition est adressée à la direction du travail et de l'emploi, par lettre recommandée avec accusé de réception dans le délai de quinze jours qui suit la date de notification de cet accord ». Le dernier texte, quant à lui, complète que « l'autorité administrative mentionnée à l'article Lp. 332-7 est le directeur du travail et de l'emploi ».

1055. Pour compléter l'analyse concernant l'ordonnance du 13 novembre 1985,

celle-ci constitue aussi une source originale dans la partie réglementaire du Code du travail. Cette solution a été retenue pour la rédaction du chapitre II relatif aux CHSCT. Ainsi l'article R. 262-2 prévoit que le comité fixe les missions qu'il confie à ses membres pour l'accomplissement des tâches prévues aux articles Lp. 262-7 à Lp. 262-16. Cet article n'est qu'une transposition des articles 47, 48, 49 de l'ordonnance modifiée n°85-1181 du 13 novembre 1985.

Pour finir, le législateur calédonien a pris d'autres sources émanant directement du pouvoir métropolitain. Ainsi l'article R. 422-1 du Livre 4 illustre parfaitement toute la souveraineté du pouvoir calédonien dans le choix de ses sources pour le nouveau code du travail. Celui-ci est la transposition du décret n°86-134 du 28 janvier 1986 relatif au contrôle de la législation et de la réglementation du travail en Nouvelle-Calédonie.

1056. Ces textes ne sont pas les sources uniques du nouveau code du travail ; le législateur a accordé une place prééminente au Jus proprium issu des nombreuses délibérations du Congrès territorial, lequel était reconnu compétent pour compléter les dispositions de l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 ou à défaut créer de nouvelles normes.

B) Les délibérations du Congrès

1057. Les délibérations se définissaient comme le Jus proprium qui permettait aux autorités calédoniennes de créer un droit autonome respectant les spécificités économiques du territoire. Cette autonomie était limitée au respect du Jus commune déterminé par l'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985 qui fixait les principes directeurs du droit du travail. Négligées par la jurisprudence judiciaire et administrative, les délibérations du Congrès territorial occuperont une place majeure dans la construction du nouveau code du travail calédonien. On peut même avancer qu'elles constituent les trois quarts du Code. Il est intéressant d'observer qu'elles recouvrent aussi bien la partie législative que la partie réglementaire. En accordant une place aussi prééminente aux délibérations, le législateur calédonien ne manifeste-t-il pas son émancipation à l'égard du pouvoir métropolitain ?

1058. A la différence de l'ordonnance n°85-1181 du 13 novembre 1985, la

transposition des délibérations dans le Code du travail semble plus complexe. Elles n'ont effectivement pas toutes la même nature. Avant de les analyser, il est important de préciser que celles-ci englobent une grande partie des domaines du droit du travail. Ainsi le champ d'application de la délibération n°281 du 24 février 1988 qui compose le livre I du Code du travail du 1er mai 2008 vise exclusivement le contrat de travail, pierre angulaire du droit du travail. Il en est de même de la délibération n° 52/CP du 10 mai 1989 relative à la durée du travail qui concerne le livre II du code du travail.

1059. Les délibérations adoptées en Nouvelle-Calédonie devaient être définies d'une manière plus large que les dispositions de l'article 37 de la Constitution de 1958. En effet cette délégation du pouvoir réglementaire au profit d'une entité sui generis s'inscrivait dans un processus qui conduirait le droit local du travail à être autonome.

Ceci explique peut-être la prééminence des délibérations dans la construction du Code du travail calédonien.

1060. Ces textes peuvent être regroupés selon plusieurs catégories. La première est la délibération que l'on pourrait qualifier d'autonome. Celle-ci a pour particularité que le Congrès exercera son Jus proprium indépendamment du pouvoir métropolitain. Elles semblent occuper une place prépondérante dans la partie législative et réglementaire du Code du travail. L'article 24 de la Délibération n°284 du 24 février 1988 codifiée à l'article Lp. 144-19 relative aux salaires est une illustration de cette autonomie dans la construction d'un droit local du travail.

La délibération modificative constitue la seconde catégorie. Elle est intéressante car sa principale source sera l'ordonnance du 13 novembre 1985, mais avant d'être intégrée dans le Code, le législateur calédonien la modifiera. La délibération n° 279 du 24 février 1988, modifiant l'ordonnance 85-1181 du 13 novembre 1985 montre bien le caractère particulier de cette source du code du travail. En effet, elle représente plus qu'une simple modification puisqu'elle s'éloigne totalement de l'article 13 de l'ordonnance du 13 novembre 1985. Celui-ci dispose que l'employeur tient un registre de l'embauche dans lequel sont inscrits les noms et la date d'embauche et de départ des travailleurs qu'il emploie. Faute de cette inscription, le contrat de travail est présumé conclu pour une durée indéterminée. Or l'article Lp. 262-1 du Code du travail prévoit qu'un comité d'hygiène, de sécurité et des

conditions de travail est constitué dans tout établissement de cinquante salariés et plus. La mise en place d'un comité n'est obligatoire que si l'effectif d'au moins cinquante salariés a été atteint de manière continue pendant les douze mois précédents.

Quel est le lien entre l'article 13 de l'ordonnance du 13 novembre 1985 et le nouvel article du Code du travail ? Il semble que le législateur a confondu modification et abrogation implicite, tant le lien entre les deux textes est important.

La délibération relative aux modalités d'application de l'ordonnance du 13 novembre 1985 est la troisième catégorie. Celle-ci a la même nature qu'un décret d'application. Elle a pour objet de préciser le contenu de l'ordonnance du 13 novembre 1985. Dans le contexte du droit du travail calédonien, ce pouvoir de mise en application d'une norme émanant du pouvoir réglementaire repose sur l'ordonnance du 9 septembre 1984 qui ouvrait la voie de l'autonomie du droit local du travail. De ce fait, il n'est pas surprenant que le législateur codifie ces délibérations dans le nouveau Code du travail.

Les délibérations du Congrès après l'adoption de Loi organique du 19 mars 1999 constituent la quatrième catégorie. Il est intéressant d'observer que celles-ci ne concernent que la partie réglementaire du Code. Datant du 27 août 2002, elles marquent cette évolution institutionnelle du droit du travail qui bascule de l'autonomie vers l'indépendance. Elles démontrent la nature particulière du droit du travail qui accorde une prééminence au Congrès dans le champ législatif et réglementaire. Cela conduit à une exclusion du pouvoir exécutif dans ce domaine.

L'article R. 621-1 est issu de la délibération du Congrès n° 302 du 27 août 2002 portant application de la loi du pays relative aux règles applicables aux entreprises établies hors de la Nouvelle-Calédonie, y effectuant une prestation de service avec du personnel salarié. Cette rédaction montre que le législateur calédonien s'inscrit entièrement dans une indépendance à l'égard de la métropole. De ce fait, la base de la délibération n'est pas un texte voté ou adopté par le pouvoir métropolitain mais une loi du pays. Dans le processus d'indépendance, elles constitueront la norme légale.

La délibération de la commission permanente du Congrès territorial est la dernière catégorie. C'est une source qui doit être rattachée à l'ordonnance n° 85-1181 du 13 novembre 1985 dans le cadre du droit local du travail. En effet le législateur métropolitain fixait les principes directeurs du droit du travail et la commission permanente avait la compétence de préciser les détails sans pour autant porter atteinte aux principes fondamentaux des dispositions de l'ordonnance. Elles occupent une source majeure dans la

partie législative et réglementaire du droit du travail. La délibération de la commission permanente ne s'appuie pas exclusivement sur l'ordonnance du 13 novembre 1985. Son indépendance s'est accrue depuis l'entrée en vigueur de la loi organique de 1999. Fait remarquable, le législateur calédonien n'a plus besoin de se référer à un texte métropolitain pour exercer sa pleine compétence dans le domaine réglementaire. Cette « émancipation-indépendance » s'est manifestée dans la mise en place du comité consultatif de la formation professionnelle qui a pour mission de contribuer à la définition de la politique de formation professionnelle et à son suivi[537].

1061. Les sources du Code du travail sont denses et variées. Mais jusqu'à présent, on constate qu'elles ne faisaient que reprendre l'ancienne législation qui comprend le Jus commune métropolitain et le Jus proprium calédonien. Or en recourant à une codification à droit constant, le législateur réduit ostensiblement son pouvoir créateur et vide de sa substance l'essence même de l'indépendance du droit du travail. En effet, parmi les sources du Code du travail, les nouveaux articles sont très infimes et, de plus, ne marquent pas une rupture par rapport au droit local du travail.

C) Les nouveaux articles du code du travail

1062. La commission chargée de la codification du droit du travail avait pour mission de reconstruire la matière en lui donnant une cohérence qui la rendrait accessible et intelligible pour les utilisateurs. Cette codification à droit constant exclut que de nouveaux textes soient adoptés. Cette orientation choisie par le législateur calédonien doit-elle être critiquée ? Il semblerait que non car en reprenant une large partie du Jus commune et du Jus proprium, le pouvoir calédonien ne renonce pas à sa souveraineté. En effet, on ne décrète pas le changement pour le changement en raison d'une indépendance. Le pouvoir doit être utilisé avec rationalité afin qu'il ne devienne pas un instrument de désordre. En adoptant une position prudente dans les modifications, le législateur calédonien a privilégié la sécurité juridique. Ce changement minimaliste du droit local du travail est comparable à la procédure de recodification du code du travail métropolitain, réalisée pour la partie législative par l'ordonnance n° 2007-329 du 12 mars 2007 avant sa ratification parlementaire par la loi n°2008-67 du 21 janvier 2008. En métropole, le législateur a privilégié la clarté et

[537] Article Lp. 551-1 du code du travail calédonien.

l'accessibilité dans la continuité, tandis qu'en Nouvelle-Calédonie, le législateur a opté aussi pour la continuité, mais pour garantir une sécurité juridique aux futurs utilisateurs du code.

1063. Cette prudence dans le changement ne fait pas disparaître les spécificités du droit du travail calédonien. En effet, on constate que des nouveautés sont apparues. On distingue deux périodes dans ce processus.

La première a pour objet de préciser une notion qui existait déjà : le droit du travail. L'adoption d'un nouvel article a été nécessaire à l'occasion d'un travail de réécriture. Le législateur a eu recours à cette technique dans le domaine du contrat de travail temporaire. L'article Lp. 124-3 du Code du travail illustre parfaitement ces propos. Il ne fait que définir d'une manière très précise le contrat de travail temporaire. Ainsi le recours au travail temporaire a pour objet la mise à disposition temporaire d'un salarié par une entreprise de travail temporaire au bénéfice d'un client utilisateur pour l'exécution d'une mission.

Chaque mission donne lieu à l'établissement :

1° D'un contrat de mise à disposition entre l'entreprise de travail temporaire et le client utilisateur, dit « entreprise utilisatrice » ;

2° D'un contrat de travail, dit « contrat de mission », entre le salarié temporaire et son employeur, l'entreprise de travail temporaire.

1064. Cette nouveauté, que l'on pourrait qualifier de minimaliste, ne modifie en rien le fond du droit du travail calédonien. Le législateur manifeste son indépendance en ne prenant aucun article ou texte adopté avant l'entrée en vigueur de la loi organique du 19 mars 1999 ; par contre, il reste fidèle aux principes fondamentaux du droit du travail métropolitain.

La seconde période du processus-indépendance est la manifestation de la souveraineté totale du législateur calédonien et marque de ce fait une rupture par rapport au droit du travail métropolitain. La loi du pays n°2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi codifiée aux articles Lp. 450 et suivant du Code du travail est une révolution par rapport à la construction du droit du travail au niveau local et métropolitain. En effet, le législateur s'est détaché d'un principe fondamental en droit métropolitain qui est celui d'exclusion de toutes discriminations dans l'accès à un

emploi. Autrement dit un employeur ne peut pas écarter lors d'une session de recrutement un candidat en raison de ses origines, de sa nationalité[538]. Or en Nouvelle-Calédonie la loi du 27 juillet 2010 institutionnalise la protection de l'emploi local. Cela conduit à l'exclusion des non calédoniens des procédures de recrutement. Cette loi porte atteinte au principe constitutionnel de l'égalité. Cette loi montre les limites de la codification à droit constant et, paradoxalement, elle exprime toute la souveraineté, donc l'émancipation du droit du travail calédonien à l'égard du droit du travail métropolitain.

1065. Entré en vigueur le 1er mai 2008, le Code du travail ne peut pas se définir uniquement par la simple codification à droit constant d'un ensemble de corpus juridique qui sera opposable à l'ensemble des personnes rentrant dans son champ d'application. Il représente, à l'image du Code Civil français, une unité de la Nation. Les accords de Nouméa, suivis de la Loi organique de 1999, ont édifié les bases d'un processus « d'émancipation-indépendance » du droit du travail calédonien. Mais comment construire celle-ci alors que cette société est divisée historiquement, géographiquement et culturellement ? Le droit du travail calédonien et son nouveau Code du travail peuvent-ils contribuer à construire les bases de ce « vouloir-vivre » qui est le préalable à la construction d'une citoyenneté calédonienne ? Ce Code du travail ira au-delà de son objet pour devenir le code de l'unité et la construction d'une citoyenneté calédonienne.

C'est peut-être la première fois dans l'histoire de la décolonisation des territoires d'Outre-mer français qu'un tel instrument juridique occupera une place aussi importante.

SECTION 2) UN TEXTE FONDATEUR DANS LA CONSTRUCTION DE LA CITOYENNETÉ CALÉDONIENNE

1066. L'accord de Nouméa de 1998, complété par la loi organique du 19 mars 1999, a placé la question de l'identité, de la citoyenneté calédonienne au centre de ce destin commun. Le premier point de l'accord et le titre Ier de la loi organique de 1999 traduisent cette réalité et la volonté des nouveaux acteurs du territoire. Ainsi se superposent plusieurs identités, kanak, citoyenneté calédonienne, nationalité française, qui rendent finalement complexe et incertaine la compréhension de ce destin commun. Le code du travail,

[538] Chapitre II, Article L1132-1 du code du travail.

expression du droit du travail calédonien, doit-il prendre en considération cette particularité calédonienne pour établir les règles qui s'appliqueront aux salariés ? Si le législateur calédonien s'inscrit dans ce processus, il prendra le risque de dénaturer la définition du statut du salarié. Or l'une des fonctions du droit du travail est d'assurer une protection du salarié face au pouvoir spécifique de l'employeur sur une autre personne soumise à une subordination juridique. Pour parvenir à une telle solution, le législateur métropolitain comme le juge ont privilégié la notion d'égalité qui a permis de créer une unité du salarié indépendamment de sa nationalité. Le législateur calédonien prend ses distances par rapport au grand principe de l'accord de Nouméa et adopte une conception multiple de l'identité territoriale. Le Code du travail de la Nouvelle-Calédonie est régi par le principe d'égalité des salariés calédoniens (§ 1) et la Cour de cassation, comme pour la métropole, confirme cette unité du salarié dans un arrêt du 10 février 2010 (§ 2).

PARAGRAPHE 1) L'APPLICATION DU PRINCIPE D'ÉGALITÉ

1067. L'article Lp. 111-2 du code du travail adopte une conception large du salarié. Ainsi est considérée comme salarié toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée. En s'inspirant de la définition métropolitaine du salarié, le législateur calédonien propose une conception originale de l'égalité calédonienne dans le champ du droit du travail (A). L'objet du principe d'égalité confirme la conception unitaire du salarié calédonien et exclut la notion du statut civil coutumier du champ du code du travail (B).

A) Sa définition

1068. L'adoption du code du travail des territoires d'Outre-mer le 15 décembre 1952 a eu le mérite de provoquer un débat sur l'égalité entre les citoyens métropolitains et les autochtones qui relevaient, depuis 1887, du code de l'indigénat[539]. Auparavant, l'alinéa

[539] R. Goy, « *Les peuples autochtones : nouveaux sujets de droit* », Les Annales de droit, 2010, pp. 161-192.

16 du préambule de la Constitution de 1946 avait posé le principe que la France forme, avec les peuples d'Outre-mer, une Union fondée sur l'égalité des droits et des devoirs, sans distinction de race ni de religion. Il se dégageait deux conceptions de l'égalité. La première s'orientait vers une conception universaliste du droit du travail. Ainsi l'ensemble des dispositions protectrices du droit du travail métropolitain devait s'appliquer. La seconde privilégiait le particularisme ultra-marin qui justifiait une législation respectant les spécificités économiques et sociales des territoires d'Outre-mer car elles étaient différentes de celles de la métropole. Une conception universaliste du droit du travail aurait eu pour effet de remettre en cause l'équilibre de ces colonies.

Cette seconde vision du droit du travail avait été écartée en 1952 au profit d'une conception mixte.

1069. Depuis l'accord de Nouméa de 1998, suivi de la Loi organique de 1999, le pouvoir métropolitain a transféré au territoire une compétence exclusive en droit du travail. Ce transfert s'inscrit dans un mouvement beaucoup plus large. En effet, l'État reconnaît la vocation de la Nouvelle-Calédonie à bénéficier d'une complète émancipation[540]. Cette indépendance ne pourra s'envisager que s'il existe une Nation dans laquelle vivent des citoyens qui veulent partager un destin commun.

1070. Comment le construire alors que la société calédonienne est marquée par une histoire spécifique qui regroupe plusieurs identités qui n'ont pas la même cosmogonie et les mêmes références culturelles ? Celle-ci a été construite sur une base inégalitaire entre les autochtones et les métropolitains qui avaient le statut de citoyens français et bénéficiaient des mêmes droits que ceux de la métropole. En effet la France a posé le cadre constitutionnel, institutionnel avec l'idée que le processus d'émancipation-indépendance contribuerait à construire ce destin commun. Optant pour une intervention minimaliste dans les affaires internes du territoire, la métropole a fixé comme principe qu'il était « aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun ». Implicitement, le législateur métropolitain

[540] Accord de Nouméa: A la fin de la 4ème législature, les citoyens calédoniens seront amenés à se prononcer par voie référendaire sur l'indépendance du territoire ; J.-Y. Faberon, *Des institutions pour un pays : la Nouvelle-Calédonie en devenir,* Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

interpelle les futurs acteurs politiques calédoniens à définir leur propre concept de l'égalité qui répondrait aux réalités du territoire. Définir ce principe est important, car il aura des conséquences majeures sur le droit du travail calédonien.

1071. Comment construire une citoyenneté calédonienne alors que, dans le même territoire, l'État métropolitain permet la coexistence de deux statuts qui n'ont pas les mêmes bases juridiques ? Le premier, représenté par le Sénat coutumier, est le statut coutumier qui organise et réglemente la vie de certains citoyens selon des règles coutumières. Celles-ci sont totalement étrangères au droit français de source romaine qui est basé essentiellement sur un droit écrit[541]. Le second est le statut de droit commun qui réglemente les rapports de droit privé entre les individus selon les dispositions du Code civil métropolitain. Face à cette réalité, que fera le Congrès pour trouver l'équilibre entre ces deux statuts antinomiques ?

1072. La réponse à cette question réside dans le droit du travail qui permettra paradoxalement de poser les bases de cette citoyenneté calédonienne reposant sur l'égalité malgré les différences statutaires. Avant d'arriver à cette solution, la Nouvelle-Calédonie a adopté une conception différente de l'égalité par rapport à la métropole. En effet, l'article premier de la DDHC de 1789 dispose que les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits. Les distinctions sociales ne peuvent être fondées que sur l'utilité commune. Consacrée constitutionnellement[542], l'égalité signifie que lorsque deux personnes se trouvent dans une situation identique, la loi devra être appliquée de manière identique. Ainsi dans la motivation de sa décision à l'égard d'un usager, l'Administration ne pourra pas se baser sur un critère inégalitaire. Cette « mystique de l'égalité » s'est imposée dans les relations de droit privé, ce qui induit que l'une des parties au contrat ne peut pas, dans un cadre déterminé, prendre une décision qui aurait pour effet de créer une inégalité alors que les deux personnes sont dans une situation similaire. Dans un célèbre arrêt en date de 1996 la cour de cassation a adopté une conception large de l'égalité qui permet de censurer une décision d'un employeur qui ne respecterait pas ce principe car cela conduirait directement

[541] G. Marty, P. Raynaud, *Les obligations: Les Sources*, Sirey, 1988, Tome 1.
[542] F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil,* Cahiers du *Conseil constitutionnel,* n° 29, octobre 2010.

ou indirectement à une discrimination injustifiée[543].

1073. Les autorités Calédoniennes ont dû construire leur propre définition en se positionnant par rapport à la métropole. Cette situation n'est pas surprenante puisque le Code du travail calédonien s'est élaboré selon le même schéma. Titulaire exclusif de la souveraineté dans le droit du travail, le Congrès s'est détaché de la définition métropolitaine ayant une conception universaliste de l'égalité. Les autorités calédoniennes justifient cette solution en cherchant à conserver ses spécificités locales et économiques par rapport à la métropole. Cela s'est traduit dans deux dispositions dans l'accord de Nouméa. La première a consacré le principe du gel du corps électoral. Ainsi celui-ci, pour les élections aux assemblées locales propres à la Nouvelle-Calédonie, a été restreint aux personnes établies depuis une certaine durée. Cela a eu pour effet que le scrutin référendaire du 8 novembre 1998 a été ouvert qu'aux électeurs admis à participer au scrutin prévu à l'article 2 de la loi du 9 novembre 1988[544]. La deuxième disposition vise le droit du travail. Dans le préambule des accords de Nouméa, il est indiqué que la taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local. L'observation approfondie de ces deux mesures montre que la citoyenneté calédonienne n'adopte pas une conception universaliste. Elle ne vise que les calédoniens ayant une durée de résidence minimum sur le territoire. Cette situation inédite dans l'ordre constitutionnel, a pour effet d'exclure les métropolitains du droit de vote et du marché du travail dans un territoire appartenant à la République.

1074. La conception de l'égalité calédonienne dans le champ du droit du travail est en totale opposition avec la DDHC de 1789 et de la jurisprudence du conseil constitutionnel. Elle va plus loin puisqu'elle exclut les métropolitains de la citoyenneté calédonienne. Cette approche restrictive de la citoyenneté aura des conséquences majeures dans la relation entre la France et ce territoire. En effet, elle justifiera l'exclusion des métropolitains dans le marché de l'emploi ; en revanche ces derniers, en tant que citoyens calédoniens, pourront accéder au marché de l'emploi national. Quels éléments justifient

[543]Cass. soc., 29 oct. 1996, nº 92-43.680; A. Lyon-Caen, *« De l'égalité de traitement en matière salariale»*, Dr. soc. 1996, p. 1013 ; T. Aubert-Monpeyssen, *« Principe à travail égal, salaire égal. Quels éléments objectifs justifient une différence de rémunération ? »*, Semaine juridique entreprise, 26 juill. 2007, p. 45.
[544] Article 6.3 de l'accord de Nouméa de 1998.

cette approche exclusive de la citoyenneté calédonienne ? Le premier axe de réflexion invite à s'orienter vers les accords de Nouméa de 1998 fixant les grandes bases du processus de décolonisation de la Nouvelle-Calédonie.

1075. Dans le point 4 de l'accord de Nouméa, les signataires admettent qu' « il est aujourd'hui nécessaire de poser les bases d'une citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, permettant au peuple d'origine de constituer avec les hommes et les femmes qui y vivent une communauté humaine affirmant son destin commun. » Soumis à l'analyse, on constate que les acteurs de l'accord de Nouméa privilégient une conception restrictive de la citoyenneté calédonienne. Ils regroupent trois critères pour la définir. Le premier est le peuple d'origine qui se compose des kanaks. Le second critère vise les nouveaux arrivants en Nouvelle-Calédonie dans le cadre de la colonisation étatique. Le dernier critère, non mis en évidence, est la durée de résidence qui détermine ou non la qualité de citoyen calédonien. Le second axe, qui semblait être la motivation principale des signataires à adopter une conception restrictive de la citoyenneté, concerne directement le marché du travail local. En effet, le point 4 de l'accord fait le constat suivant que « la taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local ». Autrement dit la citoyenneté calédonienne ouvrira le droit à une priorité d'embauche créant, de ce fait, une exclusion à l'égard des métropolitains et des non nationaux.

1076. Cette définition de la citoyenneté calédonienne ne peut recevoir notre approbation pour de multiples raisons. Dans un premier temps, elle crée une distorsion très forte entre les dispositions constitutionnelles métropolitaines qui adoptent une vision large de la citoyenneté et de la conception calédonienne. Les signataires confondent la notion de Nation et de Citoyen. La première, la Nation, pourrait se définir comme l'ensemble des éléments culturels, sociaux et religieux qui, animés de la volonté du vouloir vivre ensemble, seront un facteur d'unité pour ce groupe. C'est une notion subjective qui est propre à un groupe déterminé. Cela constitue l'un des socles de la nationalité. Celle-ci est un critère déterminant dans la définition de l'État. En revanche, la notion de citoyen est plus objective, car elle est indépendante de la nationalité du sujet de droit. Elle est créatrice de droit et d'obligation à l'égard de l'État et des autres sujets de droit. Cette notion semble être la base

juridique du principe constitutionnel de l'égalité entre les citoyens vivant dans un même État. Elle met sur le même plan d'égalité les nationaux et les citoyens. La rupture de l'égalité entre les nationaux et les citoyens ne peut se justifier que sur des éléments objectifs.

1077. Dans un deuxième temps, il semble que les signataires métropolitains et calédoniens pensent que construire une citoyenneté calédonienne permettra de créer nécessairement une nation calédonienne dans laquelle le peuple premier et les nouveaux arrivants manifesteraient spontanément une volonté de construire un destin commun. En fait, l'idée principale pour les signataires était d'imposer une égalité parfaite dans le territoire entre ces deux peuples. Ils se sont délibérément détachés de certaines dispositions constitutionnelles relatives à l'égalité pour créer un nouveau concept de l'égalité calédonienne qui exclurait toutes les personnes extérieures au territoire. Or l'idée de l'égalité ne peut pas s'imposer dans une Nation, s'il existe parallèlement dans celle-ci une inégalité institutionnalisée. Toutes ces raisons invitent à émettre quelques réserves dans la définition de l'égalité retenue dans l'accord de Nouméa.

1078. Cette dernière aura une incidence remarquée sur le droit du travail ; dans ce domaine les relations sociales et les relations professionnelles, la notion d'égalité ne revêt pas la même réalité que dans le droit civil ou le droit public. Le législateur calédonien a pris conscience de ce problème dans la rédaction du nouveau Code du travail calédonien. Ainsi, il a privilégié une conception unitaire du salarié.

B) Son objet

1079. Le législateur calédonien pouvait-il adopter la même définition du salarié que celle proposée pour la citoyenneté ? Dans le droit du travail, la qualification du contrat revêt une importance primordiale à la différence d'autres branches du droit. C'est à partir de cette qualification que le salarié pourra prétendre à l'ensemble des mesures protectrices. L'émancipation du droit du travail calédonien se construira-t-elle en créant cette dichotomie entre les salariés calédoniens et les salariés externes au territoire ou s'orientera-t-elle vers une conception unitaire donc universaliste du salarié ?

1080. Soumise à l'analyse, la loi du 13 février 2008 créant le Code du travail

s'est détachée de la conception restrictive de la citoyenneté pour privilégier une orientation unitaire du salarié calédonien. Autrement dit, elle s'est orientée vers une définition homogène. Plusieurs dispositions du code du travail semblent confirmer cette analyse. Dans un premier temps, l'article Lp. 111-1 du code du travail calédonien dispose d'un champ d'application personnel très large. Il énonce que les dispositions du présent livre sont applicables à tous les salariés de la Nouvelle-Calédonie et aux personnes qui les emploient. Elles ne portent pas atteinte aux stipulations des contrats individuels de travail plus favorables pour le salarié. Cet article ne fait pas apparaître d'une manière explicite la conception unitaire du salarié. Pour étayer l'analyse, il semblerait qu'il soit nécessaire d'avoir un regard approfondi sur l'article Lp. 111-2 du Code du travail calédonien. Celui-ci dispose que : « est considérée comme salarié toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée ». Il complète en énonçant « est considérée comme employeur toute personne morale ou physique, publique ou privée, qui emploie au moins un salarié dans les conditions définies à l'alinéa précédent ».

1081. C'est sur la notion de salarié que le législateur calédonien a réellement manifesté son « émancipation-indépendance » à l'égard de la métropole pour construire une définition respectant les principes fondamentaux calédoniens. L'accord de Nouméa, qui privilégiait une conception binaire de la Nation calédonienne, aurait pu servir de base dans la définition du salarié. En s'inspirant des dispositions du code du travail métropolitain qui s'orientent vers une conception large et universaliste du salarié, le législateur démontre qu'il ne veut pas construire un droit du travail divisant les habitants originels et les arrivants après la colonisation du 24 septembre 1853. L'élément principal retenu par le législateur est la subordination juridique qui n'aura pas la même portée que dans le droit du travail métropolitain, malgré une définition s'inspirant directement des dispositions du nouveau Code du travail métropolitain.

En effet, dans le Code du travail de l'Outre-mer du 15 décembre 1952, le législateur calédonien avait construit un droit local du travail ayant pour effet de créer une division entre le salarié calédonien et le salarié métropolitain.

Le législateur calédonien a le mérite de s'écarter de cette conception primaire du droit du travail en privilégiant une orientation universaliste qui exclut une division de la

notion de salarié sur le territoire. Ainsi le principal critère qui caractérisera le contrat de travail sera la subordination juridique.

Il n'y a pas lieu de faire une distinction entre le statut civil de droit coutumier et le statut de droit civil commun prévu par la loi organique de 1999. Dans le champ du droit du travail, seuls les critères du contrat de travail rentreront en considération dans la définition du salarié.

1082. Cette notion d'unité du salarié n'est pas restée indifférente dans la jurisprudence de la Cour de cassation. Il est intéressant d'observer que dans un arrêt en date du 23 février 2010 la Haute juridiction a confirmé la position du législateur calédonien.

PARAGRAPHE 2) L'ARRÊT DU 10 FÉVRIER 2010 : UNE CONFIRMATION DE L'UNITÉ DU SALARIÉ.

1083. Le juge a toujours occupé une place importante pour construire une jurisprudence audacieuse afin de protéger les droits fondamentaux des salariés. Malgré le transfert intégral du droit du travail à la Nouvelle-Calédonie, le juge judicaire est resté insensible dans son arrêt de principe du 10 février 2010 aux différentes conceptions de l'identité retenues dans l'accord de Nouméa. La chambre sociale de la Cour de cassation confirme dans cet arrêt le caractère spécifique du code du travail dans la construction de la citoyenneté calédonienne (B) en excluant le statut civil coutumier du champ du droit du travail (A).

A) Exclusion du statut civil coutumier

1084. Le droit du travail occupe une place particulière dans l'environnement juridique car c'est un droit mixte relevant de plusieurs branches, et montre toute sa singularité par rapport au droit civil ou au droit public. Le pouvoir prend une dimension particulière dans le champ du droit du travail car, comme l'a mis en évidence la jurisprudence de la cour de cassation, la liberté contractuelle des parties doit être encadrée, contrôlée afin de garantir une protection spécifique au profit du salarié. Cette conception du droit du travail est-elle transposable à la Nouvelle-Calédonie qui admet dans son ordre

juridique interne[545] un droit spécifique pour les personnes relevant du droit civil coutumier ? Le code du travail du 13 février 2008 a exclu, dans la définition du salarié, ce statut spécifique. Les juges vont-ils confirmer la position du législateur national ou celui du législateur calédonien ?

1085. C'est un arrêt de rejet en date du 10 février 2010 rendu par la chambre sociale de la cour de cassation qui tranchera cette question d'une importance capitale dans le processus d'émancipation du droit du travail. Toute la portée de l'arrêt repose sur les moyens invoqués par le demandeur au pourvoi pour demander la cassation de l'arrêt rendu par les juges du fond calédonien.

1086. La Cour de cassation est en présence de deux thèses, l'une universaliste, l'autre privilégiant le particularisme local, laquelle retiendra-t-elle ? La thèse du particularisme des demandeurs au pourvoi remet en question l'émancipation du droit du travail donc l'indépendance du pouvoir gouvernemental et législatif tandis que la position des juridictions du fond soutient, paradoxalement, l'indépendance du droit du travail en s'appuyant sur des concepts jurisprudentiels spécifiques au droit du travail métropolitain.

La Cour de cassation, dans un attendu très riche a rejeté le pourvoi du demandeur, le GDPL. Avant d'analyser celui-ci et de voir toute sa portée, il sera intéressant de le citer dans son intégralité :

« Mais attendu qu'indépendamment des éventuels statuts personnels des salariés et des employeurs, ne sont pas soumis au droit coutumier attaché à la personne les rapports professionnels résultant d'un travail accompli dans un lien de subordination, régis par des règles dérogatoires au droit commun des contrats ainsi que par des règles organisant les rapports collectifs au sein des entreprises et des branches auxquelles elles appartiennent ; qu'il en résulte que seul le Tribunal du travail est compétent en matière de relations de travail ; Que la cour d'appel ayant constaté que M. X... était employé dans le cadre d'un contrat de travail, elle s'est, par ce seul motif, déclarée à bon droit compétente et a fait application des textes prévus par la législation du travail ».

1087. Le raisonnement de la Haute juridiction s'élabore en plusieurs temps. Dans

[545] Article 1.1 de l' Accord de Nouméa 5 mai et article 7 de la Loi organique du 19 mars 1999.

un premier temps, elle admet comme les juges du fond que le contrat de travail est régi par des règles dérogatoires au droit commun des contrats. Pour appuyer son argument, elle fait observer que les rapports professionnels résultent d'un travail accompli dans un lien de subordination et que ce contrat s'organise dans des rapports collectifs au sein des entreprises et des branches auxquelles elles appartiennent.

Ce réalisme juridique a pour effet de voir le droit du travail s'appliquer à l'ensemble des personnes remplissant ces conditions. Ainsi le droit coutumier, réservé aux groupements et aux personnes physiques relevant du statut civil coutumier, ne s'applique pas.

La cour de cassation parle volontiers de statut personnel, lequel n'a aucune incidence sur le contrat de travail.

Dans un second temps, si ces deux conditions sont réunies dans « les relations de travail », seul le Tribunal du travail possède une compétence exclusive pour les litiges nés de cette relation contractuelle.

Dans le dernier temps de son raisonnement, elle demande aux juges du fond de qualifier la nature du contrat ; si c'est un contrat de travail, cela entraîne alors la compétence exclusive de ces derniers qui devront appliquer « les textes prévus par la législation du travail. »

En retenant une telle solution, la Cour de cassation confirme la position des juges du fond et même la renforce.

1088. La Haute Cour semble avoir privilégié une cohésion de la société. En effet, elle adopte une position universaliste du droit du travail. Elle se caractérise par ce lien de subordination juridique qui octroie des pouvoirs exorbitants de droit commun à une personne physique ou morale sur une autre personne. En conséquence, elle exclut la possibilité pour un groupement soumis à un droit coutumier garanti par une loi organique de déroger à la législation du travail.

Le deuxième point est que cet arrêt réduit les risques d'une complexité du droit du travail. Si la position des demandeurs au pourvoi avait été confirmée, il existerait deux droits du travail concurrents dans le territoire. Or la complexité du droit peut conduire à une insécurité juridique qui est toujours défavorable aux justiciables.

Enfin, cet arrêt confirme aussi l'esprit même du code du travail calédonien qui avait adopté une conception unitaire du salarié et exclu de ce fait la dualité de la citoyenneté calédonienne organisée par la Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999.

Cet arrêt de principe est très intéressant car, pour justifier sa solution, la Cour de cassation s'appuie d'une manière implicite sur l'arrêt Barrat rendu en assemblée plénière le 4 mars 1983[546]. En effet, elle soutenait que le juge allait devoir procéder à un travail de disqualification et de requalification en contrat de travail. Elle posait comme principe que la seule volonté des intéressés est impuissante à soustraire des travailleurs au statut social découlant nécessairement des conditions d'accomplissement de leurs tâches.

Appliquée à l'étude, cette jurisprudence pose les mêmes principes pour la Nouvelle-Calédonie. Les juges du fond calédoniens dans le champ du droit du travail doivent-ils faire abstraction des statuts personnels des parties pour ne rechercher que la nature juridique de la relation contractuelle qui les lie ? Ainsi le juge n'est pas lié par la qualification juridique des statuts des parties ; il doit faire une appréciation in concreto et rechercher s'il existe une subordination juridique. Dès lors qu'elle est caractérisée, l'ensemble des dispositions du Code du travail s'applique. La Haute Cour va plus loin puisqu'elle parle de législation sociale ; cela recouvre aussi implicitement la protection sociale et les relations collectives.

B) Confirmation du caractère singulier du Code du travail

1089. L'arrêt du 10 février 2010 marque un tournant quant au rôle du Code du travail dans la construction de la citoyenneté calédonienne. Dans le droit métropolitain, le Code civil de 1804 ne peut se résumer qu'à un ensemble de règles de droits privés qui ont pour finalité de régir les rapports entre des particuliers. Sa fonction sociologique est plus large puisqu'il assure une cohésion nationale et sociale de la société. Autrement dit, celui-ci s'impose aux citoyens résidant sur le territoire indépendamment de leurs spécificités culturelles ou de leurs nationalités.

1090. En Nouvelle-Calédonie, le Code civil ne peut pas avoir cette fonction en raison de la dualité de la citoyenneté, car l'accord de Nouméa permet à une catégorie de la

[546] Cour de cassation, Assemblée Plénière, 4 mars 1983, N° 81-11647 81-15290, publié au Bulletin.

population d'avoir un statut civil particulier. Ainsi les rapports de droit privé seront régis par le droit coutumier. La Chambre sociale de la Cour de cassation dans l'arrêt du 10 février 2010 fait abstraction de cette réalité juridique pour accorder au Code du travail calédonien une place singulière dans le processus d'indépendance. Celui-ci va devenir le texte fondateur dans la construction d'une citoyenneté calédonienne. C'est-à-dire que le Code du travail constituera l'unité de la citoyenneté dans le territoire. Comment la Haute Cour a-t-elle réussi à imposer cette place spécifique au Code du travail ? Il semble que la réponse se trouve dans la première partie de son attendu posant le principe que la législation sociale s'applique indépendamment des éventuels statuts personnels des salariés et des employeurs. Le raisonnement du juge vise directement les personnes relevant du droit coutumier.

Cette jurisprudence est un écho à l'article Lp. 111-1 du code du travail prévoyant que les dispositions du présent livre sont applicables à tous les salariés de Nouvelle-Calédonie et aux personnes qui les emploient. Celui-ci est complété par l'article Lp. 111-2 qui dispose qu'« est considérée comme salarié toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée qui sera considérée comme employeur toute personne morale ou physique, publique ou privée, qui emploie au moins un salarié dans les conditions définies à l'alinéa précédent ».

1091. En adoptant une telle position dans le champ du droit du travail, le législateur fait abstraction de la Loi organique du 19 mars 1999 qui reconnaissait et accordait un statut particulier aux personnes relevant du statut civil personnel. Doit-on en déduire que c'est une violation du principe de la hiérarchie des normes comme le soulevait le demandeur du pourvoi dans le quatrième moyen ? En adoptant une interprétation large de l'article 7 de la Loi organique, celui-ci avait aussi pour vocation de régir les relations contractuelles nées dans le cadre d'un travail subordonné. En revanche en suivant une interprétation stricte de la Loi organique du 19 mars 1999, on observe que son champ d'application ne concernait, dans l'esprit du législateur organique, que les rapports de droit privé. Citons le régime matrimonial, le mariage, la succession : cela conduit à l'exclusion du droit du travail qui relève bien du droit privé mais, comme l'a soulevé la Haute Cour, avec « des règles dérogatoires au droit commun ». Ce qui signifie que parfois des prérogatives de droit public s'imposeront aux parties indépendamment de leurs volontés.

1092. Cette double volonté, émanant d'une part du législateur et d'autre part du juge, confirme une prééminence du Code du travail dans la construction de la cohésion territoriale et sociale de la Nouvelle-Calédonie. Cette « émancipation-indépendance» n'est pas simplement une technique juridique mais c'est aussi toute une nouvelle fonction assignée à ce droit du travail qui doit exprimer les valeurs internes de l'entité sui generis. S'inscrivant dans un processus universaliste, comme ce fut le cas pour le Code du travail de l'Outre-mer, le Code du travail exprime d'une manière surprenante un continuum avec les principes fondamentaux du droit du travail métropolitain.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1er

1093. L'adoption du Code du travail calédonien marque un tournant dans le processus d'indépendance par rapport au droit du travail métropolitain. Pour la première fois, les autorités politiques calédoniennes légifèrent dans un domaine qui relève en principe de la compétence du Parlement qui détermine les principes fondamentaux du droit du travail métropolitain.

Un Code du travail n'est jamais une opération neutre ; il exprime la volonté d'une Nation, d'un État. Pour la Nouvelle-Calédonie, le sujet est plus complexe car elle ne dispose pas de l'ensemble des attributs de la Souveraineté mais d'une souveraineté partagée. Comment élaborer une telle codification alors que ce pouvoir est limité en raison du cadre normatif constitutionnel ?

1094. Le législateur calédonien a inscrit son travail dans un processus d'indépendance qui écarte l'idée d'une rupture brutale avec le droit du travail métropolitain. C'est la raison pour laquelle le code du travail calédonien s'inspire des grandes orientations du Code du travail métropolitain. Toutefois le législateur calédonien a fait preuve d'une certaine originalité puisqu'il a réussi à construire une synthèse entre le Jus commune et le Jus proprium issus de l'ordonnance du 13 novembre 1985. Certes le législateur calédonien n'utilise pas toutes les attributions que lui accorde la loi organique du 19 mars 1999 et de l'Accord de Nouméa.

Malgré cela, le fil conducteur du Code du travail est le principe d'égalité. Il s'impose dans le domaine de la rémunération et du recrutement des candidats. Il s'enrichit avec l'interdiction de toutes les mesures discriminatoires qui sont sanctionnées d'une nullité absolue de l'acte juridique. Celle-ci doit être nuancée car l'égalité calédonienne ne conduit pas à la définition retenue dans le droit positif métropolitain. Malgré la volonté du législateur calédonien qui souhaite conserver un continuum avec les principes fondamentaux du droit du travail métropolitain.

Chapitre 2 : L'APPORT DES PRINCIPES FONDAMENTAUX METROPOLITAINS

1095. La codification à droit constant a permis au législateur de garantir une certaine stabilité et continuité des anciennes dispositions normatives qui régissaient le droit local du travail. En revanche en métropole, la nouvelle codification du Code du travail à droit constant se justifie pour d'autres motifs. La raison principale repose sur la volonté du législateur de garantir les principes fondamentaux des salariés protégés par les anciennes dispositions du Code du travail. Cependant, pour la Nouvelle-Calédonie, les motifs sont tout à fait différents. En effet, il semble que l'attribution de compétences prenant leurs sources dans des motifs politiques[547] n'a pas suscité un désir de la part du nouveau législateur de bousculer l'ancienne architecture du droit local du travail qui était complexe et fragile. C'est l'une des raisons pour lesquelles le nouveau droit du travail est d'inspiration métropolitaine (Section 1). Mais cette codification à droit constant rencontre des limites car ce même Code, qui pose le principe d'égalité au centre des droits fondamentaux, n'hésite pas à déroger à ce point cardinal du droit du travail métropolitain et démontre une limite de la convergence (Section 2).

SECTION 1 : UN DROIT DU TRAVAIL D'INSPIRATION MÉTROPOLITAINE

1096. L'indépendance du droit du travail calédonien a permis de mettre en lumière les grandes orientations du droit du travail métropolitain qui accordent une importance particulière à la protection des droits fondamentaux des salariés (§ 1). Le nouveau Code du travail calédonien s'en inspire et montre cette continuité entre le droit métropolitain et le droit calédonien. Mais les évolutions économiques de la France et de la Nouvelle-Calédonie s'accentuent depuis l'accord de Nouméa. Ce territoire est moins dépendant économiquement de la métropole. Ainsi la Nouvelle-Calédonie a l'obligation d'adapter son droit du travail par rapport à ses contraintes sociales et économiques. Cette situation montre les limites de la convergence entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie (§ 2).

[547] Conflits politiques, Accord de Matignon de 1988, de Nouméa 1998.

PARAGRAPHE 1) LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

1097. Le congrès calédonien a élaboré un code du travail afin de rendre le droit du travail plus accessible et intelligible pour les personnes rentrant dans son champ d'application. Mais ce code dispose d'un autre objectif qui montre sa continuité avec le droit du travail métropolitain. En effet le législateur calédonien s'est inspiré des droits fondamentaux métropolitains (A) afin de garantir une protection des salariés lesquels évoluent dans un rapport de subordination juridique. L'analyse sera confirmée en dégageant dans le code du travail de la Nouvelle-Calédonie quelques exemples de droits fondamentaux (B).

A) Des droits fondamentaux d'inspiration métropolitaine

1098. L'émancipation du droit du travail calédonien a eu pour effet de conduire à une indépendance institutionnelle à l'égard de la métropole. Mais cette « émancipation-indépendance » doit être nuancée car l'autorité judiciaire et le Conseil constitutionnel deviennent paradoxalement les gardiens indirects des principes fondamentaux du nouveau droit du travail.

En revanche, comment peut-on expliquer le choix du législateur calédonien qui adopte une certaine conception métropolitaine des droits fondamentaux alors qu'auparavant, pour justifier son autonomie, il invoquait le droit au particularisme local construit sur le Jus proprium ? Malgré cela, il est indéniable que les droits fondamentaux constituent « l'une des clés des transformations contemporaines du droit du travail, et des politiques sociales[548] ».

1099. Certains auteurs retiennent quatre grandes conceptions de la fondamentalité[549] qui auront un impact sur le droit du travail. La première est qualifiée d'axiologique. Elle a pour effet de situer ce droit parmi les valeurs inhérentes à l'humanité, à l'homme en tant qu'il est homme, qu'il soit citoyen ou étranger. L'auteur va plus loin en caractérisant cette fondamentalité d'universelle ; elle bénéficie à tous, sinon ce ne sont pas

[548] Sous la direction d' A. Lyon-Caen, P. Lokiec, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005.
[549] On s'appuiera sur la classification proposée par V. Champeil-Desplat issue d'un ouvrage collectif. Sous la direction d' A. Lyon-Caen, P. Lokiec, *Droits fondamentaux et droit social*, Dalloz, 2005.

des droits fondamentaux[550].

Cette notion s'inscrit dans un cadre jus naturaliste « en vertu de laquelle la fondamentalité ne s'épuise dans aucune dimension formelle ».

La seconde conception est formelle. Plus classique, elle inscrit les droits fondamentaux dans un processus hiérarchique. Autrement dit « sont qualifiés de fondamentaux les droits en considération de leur position dans la hiérarchie des normes », l'auteur précise qu'ils expriment des normes du plus haut degré d'un système juridique ou qui font l'objet de mécanismes de garanties spéciales. L'article 99 de la loi organique du 19 mars 1999 s'inscrit dans cette conception formelle de la fondamentalité. Il attribue la compétence exclusive au Congrès pour fixer les principes fondamentaux du droit du travail. Ainsi la « législation sociale » aura une protection spécifique par rapport aux autres normes. En conséquence le législateur organique, en prenant une telle mesure, estime que le droit du travail se situe parmi les valeurs fondatrices du processus d'émancipation.

La troisième conception de la fondamentalité est dite structurelle. Beaucoup plus abstraite dans sa perception, elle représente un ensemble de systèmes juridiques ou un sous-système ou un élément du système qui constitue un ensemble de valeurs, d'identité substantielle sans lesquels la structure perdrait de son être, son idéal. C'est l'alpha et l'oméga partagés par l'ensemble d'un corps social.

La dernière renvoie au droit comparé qui est qualifiée de commune. Le droit fondamental est dérivé des similitudes de qualification ou de statut dans plusieurs systèmes juridiques nationaux ou internationaux. Ce sera la base d'un Jus commune qui sera partagé entre deux systèmes. En ce qui vise notre étude, les deux systèmes dérivés seront la Nouvelle-Calédonie et la métropole.

1100. La première raison est d'ordre historique. Depuis l'avènement du code du travail des territoires de l'Outre-mer du 15 décembre 1952, le courant dit universaliste souhaitait que les grands principes ou acquis du droit du travail métropolitain s'appliquent dans ces territoires car il avait une approche « humaine » de l'entreprise et non institutionnaliste. En conséquence, les salariés calédoniens se trouvaient aussi dans une situation similaire caractérisée par la subordination juridique. Cette histoire commune allait avoir des incidences sur le processus d'émancipation du droit du travail. En effet, le droit du

[550] L'arrêt du 10 février 2010 excluant le statut personnel du droit du travail semble s'inscrire dans cette approche axiologique du droit du travail ; Cass. soc., 10 fev. 2010, n°08-70084, publié au Bulletin.

travail calédonien s'est construit dans le cadre du système métropolitain et, sur cette base, il s'est imposé au territoire lorsque celui-ci en a récupéré la compétence exclusive. Parmi les principales revendications du courant universaliste, l'égalité des droits entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie a occupé une place majeure. Cela semble justifier que le principe fondamental s'est renforcé à l'intérieur du nouveau droit du travail. Pour une illustration, on peut s'appuyer sur les dispositions de l'article Lp. 112-1 du Code du travail qui pose ce principe comme l'un des fondements de ce droit du travail.

Cette histoire commune a dégagé un droit fondamental commun entre la métropole et le territoire. Ces valeurs communes ont placé le salarié au centre du processus juridique et a conduit à un contrôle accru des pouvoirs de direction, de contrôle et de sanction de l'employeur.

La seconde, en lien avec la première, vise les rédacteurs du Code du travail. La codification est un acte politique, juridique et aussi technique. Pour le domaine politique et juridique, cela relève de la compétence exclusive des élus qui tirent leur légitimité du suffrage universel. En revanche en ce qui concerne le domaine technique, les Hauts fonctionnaires occupent une place très importante car ce sont eux qui vont traduire la volonté politique. Le processus sera identique pour le Code du travail. Mais à la différence des autres nations réellement indépendantes, ces Hauts fonctionnaires sont formés en métropole et, pour certains d'entre eux, relèvent du statut de la fonction publique d'État. Ceci explique qu'ils soient fortement imprégnés de la conception métropolitaine du droit du travail.

La troisième raison de ce dialogue portant sur les droits fondamentaux entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie repose sur le rôle majeur de l'institution judiciaire métropolitaine dans l'ordre institutionnel calédonien. Celle-ci est la gardienne des principes fondamentaux du droit du travail. Cette jurisprudence a donc fortement influencé le législateur calédonien dans son œuvre législatrice.

Cette approche métropolitaine des droits fondamentaux ne revêt pas un caractère exclusivement déclaratoire ou descriptif, ils font partie du droit positif.

B) Exemples des droits fondamentaux

1101. Le législateur calédonien n'a pas adopté une position exclusivement descriptive des droits fondamentaux, il les a intégrés dans le nouveau Code du travail du 1er

mai 2008. Cette transparence a le mérite de permettre à l'ensemble des utilisateurs de rendre effectif certains de leurs droits.

C'est par la conjonction des textes constitutionnels, législatifs et de l'œuvre jurisprudentielle des juridictions civiles et administratives que ces droits fondamentaux sont mis en exergue.

1102. Ces principes fondamentaux sont repris dans le Code du travail. Le premier est le principe de non discrimination, interprété d'une manière très large par le législateur calédonien. C'est dans le chapitre II intitulé discriminations et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes que le législateur le codifie. Ainsi, l'article Lp. 112-1 du Code du travail dispose que « dans l'offre d'emploi, l'embauche et dans la relation de travail, il est interdit de prendre en considération l'origine, le sexe, l'état de grossesse, la situation de famille, l'appartenance ou la non appartenance réelle ou supposée à une ethnie, une nation ou une race, l'opinion politique, l'activité syndicale, le handicap ou les convictions religieuses. Il en va de même en cas de sanction ou de licenciement d'un salarié. Toute disposition ou tout acte contraire est nul de plein droit ».

1103. Dans la consécration et la protection de ce principe fondamental de non discrimination, le législateur calédonien paraît mettre davantage l'accent sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes. Pour s'en convaincre, il suffit de se référer aux nombreux articles du code du travail. Notamment, il prévoit dans l'article Lp. 112-2 du Code du travail une action positive[551] pour « promouvoir l'égalité des chances entre hommes et femmes, en remédiant aux inégalités de fait qui affectent les chances des femmes ». Il va plus loin en prévoyant deux types de sanction en cas de violation du principe d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. La première vise directement la décision de l'employeur. En effet l'article Lp. 112-3 du code du travail prévoit « la nullité du licenciement faisant suite à une action en justice engagée par ce salarié ou en sa faveur sur le fondement des dispositions relatives à l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes, lorsqu'il est établi que le licenciement n'a pas de cause réelle et sérieuse et

[551] Dans le langage juridique, les juristes emploient le terme de discrimination positive pour qualifier toutes mesures prises par les pouvoirs publics ou des acteurs privés pour favoriser une catégorie de personnes au détriment d'une autre. Dans le cadre de cette étude, on privilégiera le terme d'action positive qui reste plus conforme à notre sens que le terme de discrimination qui ne peut pas être par nature positive.

constitue en réalité une mesure prise par l'employeur à raison de l'action en justice ».

Le législateur ajoute « que la réintégration est de droit et le salarié est regardé comme n'ayant jamais cessé d'occuper son emploi ». Il est toutefois possible au salarié de refuser cette réintégration ; dans cette hypothèse, le juge devra lui allouer une indemnité qui ne pourra pas être inférieure aux salaires des six derniers mois.

La seconde sanction est pénale. Elle prévoit dans son article Lp. 113-1[552] du Code du travail des peines privatives de liberté de deux mois et d'une amende pouvant aller jusqu'à 440. 000 CFP.

1104. Le second principe fondamental est l'encadrement du pouvoir de l'employeur. Celui-ci se manifeste dans plusieurs dispositions du Code du travail. Le premier vise le licenciement d'un salarié. Comme dans le droit du travail métropolitain, la rupture du contrat de travail à durée indéterminée peut résulter soit d'une décision unilatérale du salarié ou de l'employeur[553]. Dans le premier cas on parle d'une démission, dans la seconde hypothèse c'est un licenciement. Mais ce pouvoir est encadré à travers la notion de la cause réelle et sérieuse. Celle-ci est la base sur laquelle doit reposer tout licenciement, que ce soit pour un motif personnel ou un motif économique[554]. En l'absence de motif justifiant la rupture du contrat de travail, le juge aura un pouvoir d'investigation très large. L'article Lp. 122-33 du code du travail, en cas de contestation de litige relatif au licenciement, lui permet d'apprécier la régularité de la procédure suivie et le caractère réel et sérieux des motifs invoqués par l'employeur. Il forme sa conviction au vu des éléments fournis par les parties après avoir ordonné, au besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles. Si un doute subsiste, il profite au salarié.

---

[552]Article Lp. 113-1 Sous réserve des dispositions de l'article Lp. 112-2 est punie d'un emprisonnement de deux mois et d'une amende de 440 000 CFP ou de l'une de ces deux peines seulement, toute personne qui :
1° Mentionne ou fait mentionner dans une offre d'emploi, quels que soient les caractères du contrat du travail envisagé, ou dans toute autre forme de publicité relative à une embauche, le sexe ou la situation de famille du candidat recherché ;
2° Refuse d'embaucher une personne, prononce une mutation, rompt ou refuse de renouveler le contrat de travail d'un salarié en considération du sexe ou de la situation de famille ou sur la base de critères de choix différents selon le sexe ou la situation de famille ;
3° Prend en considération du sexe toute mesure, notamment en matière de rémunération, de formation, d'affectation, de qualification, de classification, de promotion professionnelle ou de mutation.
[553] Une exception est prévue pour les salariés protégés. La décision de l'employeur ne prendra effet qu'avec l'accord de l'inspecteur du travail.
[554] Article Lp. 122-3 du code du travail.

1105. Le contrôle du pouvoir de l'employeur est encore plus manifeste lors de la mise en place d'un règlement intérieur rendu obligatoire pour les entreprises de plus de 20 salariés[555]. Celui-ci est limité quant à son contenu et doit respecter un formalisme. C'est ainsi que l'employeur ne peut prévoir que des mesures concernant la sécurité, la santé et les règles générales et permanentes relatives à la discipline, notamment la nature et l'échelle des sanctions que peut prendre l'employeur[556].

L'encadrement du pouvoir de l'employeur est encore plus manifeste dans l'article Lp. 131-4 du code du travail. Le législateur prévoit qu'il ne peut contenir :

1° De dispositions contraires aux lois et règlements, ainsi qu'aux stipulations des conventions et accords collectifs de travail applicables dans l'entreprise ou l'établissement ;

2° De dispositions apportant aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives des restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché ;

3° De dispositions discriminant les salariés dans leur emploi ou leur travail, en raison de leur sexe, de leur situation de famille, de leurs origines, de leurs opinions ou confessions, ou de leur handicap, à capacité professionnelle égale.

Les dispositions 2 et 3 de l'article s'inscrivent dans la continuité du premier principe fondamental relatif au principe de non discrimination et d'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes.

PARAGRAPHE 2) UNE CONCEPTION INSTITUTIONNELLE DE L'ENTREPRISE

1106. Le contrat de travail à durée indéterminée (CDI) est le principe dans le code du travail (A). Autrement dit le législateur calédonien privilégie la stabilité des relations contractuelles. Cette volonté du législateur rencontre des limites en présence des contraintes économiques. C'est la raison pour laquelle le contrat à durée déterminée (CDD) est une partie intégrante des contrats prévus dans le code du travail (B).

[555] Article Lp. 131-1 du Code du travail.
[556] Article Lp. 131-2 du Code du travail.

A) Le principe

1107. Le droit, comme l'ensemble des disciplines scientifiques, s'inscrit dans une époque déterminée. Ce contexte aura des effets prévisibles ou parfois imprévisibles par rapport aux résultats recherchés.

Dans le droit, plus particulièrement dans le rapport de travail, la question du pouvoir occupera une place singulière qui justifiera une attention particulière du législateur[557].

Colonisée par la France depuis 1853, la Nouvelle-Calédonie a développé son propre schéma de développement économique qui, aujourd'hui, influence fortement le processus d'émancipation du droit du travail. En effet cette indépendance oblige le nouveau pouvoir à faire un diagnostic économique pour déterminer les grandes orientations qu'il souhaite donner au nouveau droit du travail. Celui-ci s'inscrira-t-il dans un cadre contractualiste ou institutionnel ? Dans le premier cas, c'est le contrat de travail qui marque le lien privilégié entre le salarié et l'entreprise, l'État occupe une place minimaliste dans cette relation contractuelle et son interventionnisme législatif est réduit[558]. Dans le second cas, l'approche institutionnelle, l'enjeu est différent. En effet l'entreprise a deux versants. Le premier est une réalité sociale qui s'impose comme une donnée au législateur. Le second versant est une unité de base dans l'organisation et la vie d'une société. Ainsi cette institution, même si elle n'est pas reconnue comme un sujet de droit, est organisée à l'image de la société politique[559].

1108. Cette conception de l'entreprise n'est pas sans influence sur le législateur calédonien. En effet la Nouvelle-Calédonie sur le plan économique n'a pas les mêmes réalités que la Métropole avec 23. 170 entreprises qui emploient 45. 000000 salariés[560]. A cela s'ajoute que 96% des entreprises calédoniennes sont des TPE de moins de 10 salariés et le secteur privé est dominé par un grand nombre d'entreprises sans salarié. Il existe de ce fait une proximité très forte entre le Pouvoir (l'employeur ou son représentant) et les salariés. La

---

[557] P. Lokiec, *Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels,* L.G.D.J, 2004.

[558] Notre propos ne sera pas de développer ce nouvel aspect du droit du travail métropolitain se dirige vers une contractualisation des rapports individuels au détriment du statut. La rupture conventionnelle instaurée par la loi 2008-596 du 25 juin 2008 s'inscrit dans ce processus. Voir E. Courtois-Champenois, préface D. Berra, *Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise : contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain,* Presses universitaires d'Aix-Marseille , 2002.

[559] P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947.

[560] http://www.insee.fr/fr/bases-de-donnees/.

notion de réseau d'entreprise, de multinationale est une réalité moins forte que dans la métropole[561]. Donc l'une des priorités du législateur calédonien est d'assurer une cohésion sociale dans l'entreprise afin de limiter les conflits sociaux sur le territoire[562]. « Cette communauté de travail constitue une société naturelle que l'esprit de collaboration doit animer »[563]. Pour atteindre cet objectif où l'intérêt de l'entreprise serait supérieur aux personnes, chef d'entreprise et salariés, il est primordial que celui-ci s'inscrive dans un cadre calédonien où le dialogue entre les communautés occupe une place centrale dans la résolution des conflits politiques[564].

1109. Cette conception de la politique a eu des impacts sur la construction du nouveau droit du travail. En effet, le pacte social du 20 octobre 2000 traduit cette volonté du législateur d'inscrire le droit du travail calédonien dans un processus institutionnel afin de construire un droit du travail qui irait au delà des intérêts de l'entreprise mais aurait pour finalité de sauvegarder une certaine unité, cohésion sociale. Cette approche institutionnelle du droit du travail s'inscrit dans le cadre des lois métropolitaines et du rapport Auroux de 1982[565]. Celui-ci ambitionnait de donner une autre dimension à l'entreprise qui devait être un « nouvel espace de démocratie » et de traiter les travailleurs en « citoyens ».

1110. Le pouvoir exécutif occupe une place singulière dans le droit du travail. Selon la loi organique du 19 mars 1999, c'est le Congrès qui a la compétence exclusive pour déterminer les principes fondamentaux du travail. Mais comme dans le droit du travail métropolitain le pouvoir exécutif occupe une place importante dans l'impulsion des grandes réformes en droit du travail (2). Parmi les principes fondamentaux du droit du travail, le législateur garantit la stabilité du contrat de travail en assurant la primauté du CDI et en encadrant les motifs du licenciement (1).

---

[561] Notre propos doit être nuancé pour le secteur des mines (exploitation du nickel). C'est le premier employeur du secteur privé où parfois la masse salariale peut être supérieure à 6000 salariés.

[562] En Nouvelle-Calédonie, les conflits collectifs ont un double aspect. Ils ont un caractère politique (défense des revendications politiques opposant les indépendantistes et les partisans de l'unité de la République). Le second aspect est social. Il s'inscrit dans des revendications qui restent strictement professionnelles.

[563] P. Durand et R. Jaussaud, *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947.

[564] Accord de Nouméa du 5 mai 1998.

[565] Sous la direction de J. Le Goff, actes de la journée d'étude de Brest, faculté de droit de l'Université de Bretagne occidentale, 20-21 mars 2007, *Les lois Auroux, 25 ans après : 1982-2007 : où en est la démocratie participative ?,* Presses universitaires de Rennes, 2008.

1) La stabilité du contrat de travail

1111. Le législateur calédonien s'est inspiré du Code du travail métropolitain pour construire les principes fondamentaux du droit du travail. Si ce dernier souhaite construire une démocratie sociale dans laquelle le salarié conserve sa qualité de citoyen dans l'entreprise, il devra garantir la stabilité du contrat de travail[566]. L'article Lp. 121-2 du code du travail s'oriente en ce sens en posant comme principe que le contrat de travail est conclu pour une durée indéterminée sous réserve des dispositions de l'article Lp. 123-2 du même Code. Cette volonté d'assurer la continuité et la stabilité du contrat de travail, élément essentiel dans la relation entre l'employeur et le salarié, est renforcée par l'article Lp. 121-3. Celui-ci dispose que « lorsque survient une modification dans la situation juridique de l'employeur, tous les contrats de travail en cours au jour de la modification subsistent entre le nouvel employeur et le personnel de l'entreprise. Le nouvel employeur est tenu, à l'égard des salariés dont les contrats de travail subsistent, aux obligations qui incombaient à l'ancien employeur à la date de cette modification ». Cette charge imposée au nouvel employeur, est une dérogation aux dispositions de l'article 1165 du Code civil se rapportant au principe de l'effet relatif des contrats[567], montre bien que le législateur calédonien met tout en œuvre pour maintenir la stabilité du contrat de travail. Ainsi l'entreprise est dissociée de la personne physique pour devenir un sujet quasi autonome dont le droit va se saisir au nom des intérêts supérieurs de cette dernière et de la collectivité des salariés.

1112. Cette approche institutionnelle rencontre des limites face au principe de réalisme. Ce contrat, principal axe entre l'entreprise et le salarié, peut-il être rompu ? Si c'est le cas, cela montre les limites de cette notion institutionnelle de l'entreprise. En effet dans une Nation, un État, il est impossible de rompre le contrat social qui crée ce lien si complexe à définir avec les citoyens[568]. Certes les dispositions du code pénal peuvent restreindre certains droits civils et politiques des sujets de droit ayant commis certaines infractions,

---

566 A. Martinon, *Le contrat de travail : laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ?*, Petites Affiches, 28 novembre 2012, p.16.

567 S. Renaud, directeur de thèse M. J.-M. OLIVIER, *Droit civil des contrats et droit du contrat de travail : Contribution à l'étude de la dérogation au droit commun*, Thèse de Doctorat, Droit privé, Paris 2, 2007.

568 Dans la théorie du contrat social de Rousseau, en présence d'un pouvoir autoritaire, tyrannique, les citoyens sont légitimes pour exercer une violence afin de renverser ce dernier. Dans le cadre de l'entreprise, il n'est pas possible de s'inscrire dans ce schéma car, comme le faisait remarquer le Professeur G. LYON-CAEN, la dimension de la propriété privée occupe une place importante ; voir F. Collin, R. Dhoquois, P.H. Goutierre, *Le droit* capitaliste *du travail*, PUG, 1980.

mais ce n'est pas pour autant que ces derniers n'ont plus de lien avec l'État, la société. Il en est de même pour le droit de la famille ; le divorce ne fait pas disparaître entièrement le lien de droit entre les époux en présence d'enfant car la question de la garde de celui-ci se posera et bien sûr, l'autre parent conservera un droit de visite et l'autorité parentale. En revanche dans le droit du travail, la rupture du contrat a pour effet une disparition des obligations pesant sur les parties donc la théorie du salarié-citoyen disparaît aussitôt. Or la citoyenneté ne peut pas se concevoir dans un cadre aussi restreint que celui de l'entreprise, car le citoyen a un lien permanent et continu avec la Nation, l'État. Ce contrat social au sens rousseauiste est perpétuel[569].

1113. Le législateur permet tout de même aux parties contractantes de rompre le contrat. De ce fait l'article Lp. 122-1 énonce que « le contrat de travail à durée indéterminée peut être rompu à l'initiative de l'employeur ou du salarié dans les conditions prévues par les dispositions du présent chapitre ». Dans le second cas, lorsque la rupture résulte de la volonté du salarié, on la qualifie de démission[570]. Tandis que dans le premier cas, la qualification retenue est le licenciement. Le législateur encadrait cette liberté en imposant à l'employeur l'obligation de justifier d'un motif réel et sérieux pour la rupture du contrat et de respecter une procédure spécifique. Ce motif pourra être soumis au contrôle du juge qui, à travers son œuvre prétorienne, a participé à garantir cette approche institutionnelle de l'entreprise. En effet dans une jurisprudence constante, il n'hésite pas à affirmer que le contrat de travail est un contrat dérogatoire au droit commun et à ce titre justifie parfois l'exclusion de certaines règles normatives[571]. La restriction apportée à l'article Lp. 122-1 s'exprime explicitement dans le cadre du licenciement pour motif économique. Comme pour le licenciement pour motif personnel, celui-ci doit reposer sur un motif économique[572], mais le législateur calédonien va plus loin car, même si le licenciement individuel ou collectif est justifié par un motif économique, il fera l'objet, selon l'article Lp. 122-10, d'une procédure spéciale. La conception institutionnelle de l'entreprise repose à notre sens dans ce dernier

[569] J.-E, El Hani, directrice de thèse B. Didier, *L' idée de nation chez les orateurs de la Constituante*, thèse de doctorat : Littérature française, Paris 8, 1999.
[570] Il est paradoxal que le législateur calédonien ne l'ait pas encadrée, c'est l'oeuvre prétorienne du juge qui est venue combler ce vide. Or la démission met aussi en évidence les limites de l'approche institutionnelle de l'entreprise.
[571] Cass. soc., 10 fev. 2010, n° 08-70084, publié au Bulletin.
[572] Article Lp. 122-9 : Tout licenciement pour motif économique doit être justifié par une cause réelle et sérieuse.

terme car celui-ci montre bien que l'entreprise, l'institution, se détache de la personne physique afin de garantir la poursuite du contrat de travail. Cette idée est renforcée par l'article R. 128-2 du Code du travail qui prévoit des sanctions pénales en cas de non respect des prescriptions définies aux articles Lp. 122-10 à Lp. 122-20. Cette peine est renforcée par une amende prévue pour les contraventions de cinquième classe.

1114. Au-delà de la procédure spécifique d'information des institutions représentatives du personnel[573] et des autorités administratives, la mesure la plus remarquable est celle qui impose à l'employeur cette obligation de reclassement du ou des salariés visés par le licenciement[574]. Ainsi, en faisant peser cette obligation sur l'employeur, le législateur calédonien montre une fois de plus que l'entreprise ne peut se définir que sur les bases d'un simple contrat fixant les grands principes contractuels entre les parties. Cette définition va plus loin car l'approche institutionnelle de l'entreprise permet de mieux appréhender toutes les réalités explicites et implicites que recouvre le droit du travail. Le caractère institutionnel de l'entreprise s'exprime aussi dans les relations collectives ; c'est notamment le cas dans l'instauration d'un dialogue social spécifique dans la résolution des conflits collectifs en Nouvelle-Calédonie.

2) Le pouvoir exécutif et la résolution des conflits collectifs

1115. A l'exemple du droit du travail métropolitain, le législateur calédonien ne définit pas la grève ; en revanche celle-ci est protégée. En effet la grève ne rompt pas le contrat de travail, sauf faute lourde imputable au salarié. Son exercice ne peut donner lieu, de la part de l'employeur, à des mesures discriminatoires en matière de rémunérations et d'avantages sociaux. Tout licenciement pour exercice normal du droit de grève est nul de plein droit[575].

1116. En principe, les dispositions générales applicables aux procédures de

[573] Le comité d'entreprise occupe une place importante dans le cadre de la procédure des licenciements pour motifs économiques. Mais en Nouvelle-Calédonie les organisations syndicales jouent un rôle plus conséquent, car elles fixent les grandes orientations en ce qui vise l'emploi et les restructurations.
[574] Article Lp. 122-16 : Outre ces renseignements, l'employeur porte simultanément à la connaissance des représentants du personnel les mesures qu'il envisage de prendre pour éviter les licenciements ou en limiter le nombre et pour faciliter le reclassement du personnel dont le licenciement ne pourrait être évité.
[575] Article Lp. 371-1 du Code du travail.

conciliation et de médiation sont régies par l'article Lp. 372-1 et suivants du code du travail. Celui qui retiendra le plus notre attention est l'article Lp. 372-3 du code du travail qui dispose que : « Lorsque le conflit survient à l'occasion de l'établissement, de la révision ou du renouvellement d'une convention de branche ou d'un accord professionnel ou interprofessionnel, le gouvernement peut, à la demande écrite et motivée de l'une des parties, engager directement la procédure de médiation dans les conditions prévues à la section 3 ». Cette intervention facultative du pouvoir exécutif montre bien que le contrat de travail ne peut pas sur le plan spatial être limité qu'à la sphère de l'entreprise. Parfois cette relation privée sortira de l'entreprise ; les pouvoirs publics seront alors des acteurs aussi importants que le chef d'entreprise bien qu'il soit un tiers au contrat. On constate encore une fois la conception institutionnelle de l'entreprise en Nouvelle-Calédonie.

Dans les faits, le pouvoir exécutif n'intervient pas directement, c'est la direction du travail et de l'emploi, représentée par la section de la résolution des conflits du travail et la négociation collective, qui assure cette mission de médiation.

Il semblerait que ce travail de prévention des conflits collectifs soit reconnu par les acteurs du droit du travail. En effet la Direction du Travail et de l'Emploi (DTE) est intervenue dans la moitié des conflits collectifs en tant que médiatrice[576]. Cela a permis de mettre un terme à certains conflits collectifs ou de les prévenir.

1117. Vouloir à tout prix maintenir l'approche institutionnelle de l'entreprise soulève d'autres difficultés relatives à la politique de l'emploi du territoire. En effet le législateur peut-il interdire le recours au contrat de travail précaire qui réduise à néant le concept du salarié citoyen ? Pour atteindre cet objectif, la stabilité du contrat de travail est peut-être la première base. Alors même que le contrat de travail à durée indéterminée est le contrat de droit commun dans le territoire, le législateur calédonien n'a pas fermé toutes les portes pour la mise en place d'une flexibilité du marché du travail. En permettant le recours au contrat de travail précaire, le législateur fragilise l'approche institutionnelle de l'entreprise qu'il a essayé de promouvoir dans le processus d'émancipation du droit du travail.

[576] Les résultats sont intéressants. On constate qu'entre 2006-2011, le nombre de journées perdues a fortement baissé. Il est passé de 34 360 à 19 238, mais le nombre de jours de conflits a augmenté. Voir rapport du bilan annuel des conflits collectifs de travail dans le secteur privé publié en 2011 par le Gouvernement calédonien; http://www.dtenc.gouv.nc.

B) Les exceptions : le CDD

1118. Séduisante et pertinente, l'approche institutionnelle de l'entreprise rencontre des limites face au principe de réalité qui amène l'entreprise à avoir une autre conception de la relation contractuelle établie avec le salarié. En effet, celle-ci est soumise à des contraintes externes[577] qui l'obligent à innover son outil de production, ses brevets et répondre au besoin de sa clientèle qui n'est plus exclusivement nationale, mais mondiale. Certes on rétorquera que la Nouvelle-Calédonie ne représente pas un marché économique, si l'on peut s'exprimer ainsi, aussi important et développé que celui de la métropole. Mais on ne doit pas omettre de préciser que ce territoire est situé dans une zone influencée par la culture économique et juridique anglo-saxonne[578]. En conséquence, la concurrence pour sauvegarder une indépendance économique[579] par rapport à la métropole se pose. En effet les contraintes géographiques invitent les entreprises à se développer en ciblant le marché local et régional[580].

1119. Conscient de ces réalités et pour sauvegarder une certaine compétitivité par rapport à la zone régionale, le législateur a tout de même permis une certaine flexibilité du droit du travail. Il permet aux entreprises d'établir des contrats à durée déterminée. Mais celles-ci ne pourront pas y recourir librement. Le législateur exige le respect des conditions de fond et de forme pour la validité de ce contrat. Celui-ci s'est fortement inspiré du droit du travail métropolitain bien que subsistent des différences en ce qui vise la durée et les motifs de recours à ce type de contrat.

1120. Pour ce qui concerne les conditions de fond, l'employeur a l'obligation de justifier les motifs de recours qui sont fixés à l'article Lp. 123-2 du code du travail.

---

[577] Les contraintes externes visent essentiellement l'économie basée sur une concurrence non plus exclusivement nationale mais mondiale. Les pays émergents, principalement la Chine, l'Inde, représentent de nouveaux marchés pour les multinationales mais aussi des concurrents car ils ne sont plus simplement des consommateurs de produits finis, ils deviennent aussi des producteurs qui exportent avec des coûts moins importants.

[578] Australie, Nouvelle-Zélande.

[579] La principale ressource de la Nouvelle-Calédonie est le nickel. Mais les principaux investisseurs sont des multinationales anglo-saxonnes. Ainsi le territoire retombe dans une autre dépendance.

[580] Dans le contexte calédonien, il est relativement restreint. Car la population de l'île ne dépasse pas les 200.000 habitants.

Ainsi le contrat de travail ne peut être conclu pour une durée déterminée que dans les cas suivants :

1° Absence temporaire ou suspension du contrat de travail d'un salarié, ne résultant pas d'un conflit collectif de travail, et notamment pour congés payés, congé de maternité ou d'adoption, congé parental d'éducation, congé pour création ou reprise d'entreprise, congé sabbatique, congé de formation, absences consécutives à la maladie ou à un accident, absences autorisées, absences irrégulières ou injustifiées, absence pendant une période d'une durée limitée résultant du passage à temps partiel d'un salarié qui travaille habituellement à temps plein ;

2° Accroissement exceptionnel et temporaire de l'activité ;

3° Exécution d'une tâche occasionnelle précisément définie et non durable ;

1121. A la différence de l'article L. 1242-2 du code du travail métropolitain, les cas de recours au contrat à durée déterminée sont plus larges dans le droit du travail calédonien. L'analyse des paragraphes 4, 5 et 8 montre que le législateur utilise ce type de contrat dans le cadre de la politique publique de résorption du chômage. En effet le champ d'application personnel est limité pour l'employeur car il ne concerne qu'une catégorie de personnes rencontrant des difficultés d'insertion professionnelle. L'autre différence assez marquante, montrant une fois de plus l'indépendance du droit du travail calédonien, touche la durée du contrat de travail à durée déterminée.

La durée totale du contrat à durée déterminée ne peut excéder un an, compte tenu, le cas échéant de ses renouvellements selon les dispositions de l'article Lp. 123-2 du code du travail ; en revanche dans le droit du travail métropolitain, les contrats à terme précis ne peuvent pas avoir une durée supérieure à dix-huit mois maximum, renouvellement inclus[581].

Fixant une durée inférieure au droit du travail métropolitain en ce qui vise la durée normale du contrat de travail à durée déterminée, le Code du travail calédonien se démarque quant aux dérogations qui peuvent y être apportées. Cette durée peut être portée, à titre

[581] Article L. 1242-8 du Code du travail métropolitain.

exceptionnel à trois ans dans les cas prévus aux 1°, 3°, 4° et, pour le 8° de l'article Lp. 123-2, dans la limite de trois renouvellements maximum[582].

1122. Malgré sa volonté de garantir la stabilité de l'entreprise, le législateur calédonien n'a pas pu aller au-delà de sa conception institutionnelle de l'entreprise. Cette vision de l'entreprise a été confrontée au principe du réalisme économique et social. Deux approches s'opposent quant à la mise en place des contrats précaires dérogeant au droit commun. La première est celle de l'entreprise qui l'utilisera comme un outil pour mettre en adéquation sa productivité réelle et son besoin de compétences humaines. La seconde est celle du législateur calédonien qui doit tout mettre en œuvre pour réduire le chômage qui est un problème d'une ampleur considérable dans le territoire. En raison de cette contrainte, il a permis des dérogations en autorisant les entreprises à recourir à ces contrats précaires.

1123. Il semble que le point de dissension ou de rupture avec le droit du travail métropolitain se trouve dans les mesures juridiques permettant de résorber le chômage sur l'île. Les politiques publiques de lutte contre le chômage peuvent-elles tout justifier, même à déroger aux principes fondamentaux du droit du travail ? Apparemment le législateur calédonien, en adoptant la loi du 27 juillet 2010, s'est orienté vers cette direction et cette même loi montre les limites de la convergence avec le droit du travail métropolitain.

SECTION 2 : LES LIMITES DE LA CONVERGENCE

1124. Tout au long de cette étude, on constate que le transfert de compétences du droit du travail en faveur de la Nouvelle-Calédonie a marqué une rupture, et même une indépendance institutionnelle dans la procédure d'élaboration des normes en droit du travail. En revanche, sur le fond, la Nouvelle-Calédonie s'est fortement inspirée des sources du Jus commune et du Jus proprium.

1125. Mais l'évolution interne et institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie, qui depuis l'accord de Nouméa de 1998 et la loi organique de 1999 doit préparer un référendum pour déterminer si les citoyens calédoniens souhaitent ou non un transfert des attributions

[582] Article Lp. 123-2 du code du travail calédonien.

régaliennes de l'État français vers la Nouvelle-Calédonie, change le travail législatif du Congrès. Il ne peut plus légiférer en pensant exclusivement aux liens historiques qui le rattachent à la métropole mais il doit aussi intégrer l'hypothèse que ce lien puisse disparaître et préparer ce destin commun pour la Nouvelle-Calédonie et les citoyens calédoniens. La voie vers une rupture du droit du travail avec la métropole commence dès le point 4 de l'accord de Nouméa de 1998 qui estime que la taille de la Nouvelle-Calédonie et ses équilibres économiques et sociaux ne permettent pas d'ouvrir largement le marché du travail et justifient des mesures de protection de l'emploi local.

Sur la base de ce dispositif, le congrès calédonien a voté la loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local qui est une dérogation majeure au principe de non-discrimination protégé constitutionnellement dans la constitution de 1958 (§ 1).

Le droit du travail accentue son indépendance en créant un statut particulier pour les agents contractuels de la fonction publique qui sont soumis partiellement aux dispositions du code du travail calédonien (§ 2).

PARAGRAPHE 1) LA LOI DU PAYS DU 27 JUILLET 2010

1126. La loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 qui accorde une priorité d'emploi aux citoyens calédoniens (A), représente un séisme juridique dans l'ordre constitutionnel métropolitain et calédonien. En effet cette loi déroge aux principes fondateurs du droit contemporain qui pose le principe d'égalité comme élément principal du droit positif. Avant cette loi, le Conseil constitutionnel, dans deux décisions en date du 15 mars 1999 et du 30 juillet 2009, a déclaré la mesure relative à l'emploi local conforme à la Constitution car elle prenait sa source dans l'accord de Nouméa qui revêt un caractère constitutionnel. Mais cette loi doit-elle pour autant échapper à la critique (B) ?

A) La priorité d'emploi aux citoyens calédoniens

1127. Dans sa décision du 15 mars 1999 le Conseil constitutionnel a admis la conformité de la loi organique du 19 mars 1999 qui permet une actioin positive au profit d'une catégorie de la population sur le territoire (2). Mais cette dérogation au principe d'égalité doit être interprétée d'une manière très stricte. C'est la raison pour laquelle, la loi

du 27 juillet 2010 relative à la priorité de l'emploi local précise son champ d'application personnel et matériel (1).

1) Champ d'application matériel et personnel de la loi

1128. Le soutien et la promotion de l'emploi local sont le fondement de la loi du 27 juillet 2010 (a) dont le champ d'application personnel et géographique est interprété strictement afin de favoriser exclusivement les citoyens calédoniens (b).

a) Son Champ d'application matériel

1129. Lors de la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie le 24 septembre 1853 par la France, les questions relatives à l'exploitation et la gestion du territoire se sont très vite posées aux autorités françaises. Le décret du 27 avril 1848 a aboli l'esclavage dans toutes les colonies et les possessions françaises[583] en conséquence, il était interdit à l'État français de recourir au système de l'esclavage pour valoriser le territoire[584]. Ce n'est qu'avec l'avènement de la IVème République et la Constitution du 27 octobre 1946 que le principe d'égalité entre les autochtones et les métropolitains s'est imposé dans l'ordre juridique interne. Titulaire de la citoyenneté française, les autochtones pouvaient prétendre aux mêmes fonctions et emplois que les nationaux. Mais un autre obstacle se posait. Ces derniers n'avaient pas les qualifications requises pour réussir les concours de la fonction publique ou pour accéder aux emplois qualifiés dans le secteur privé. Avec l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie depuis le début des années 1980, la volonté du pouvoir métropolitain est d'intégrer et de développer les territoires et départements d'Outre-mer au sein de la métropole au nom du principe de la continuité territoriale[585], et du principe d'égalité et de non discrimination[586] ; aussi les métropolitains pouvaient accéder à ces emplois[587]. Donc il

[583] P.-F. Gonidec, *Cours de droit du travail africain et malgache*, L.G.D.J, 1966.
[584] *Ibidem.*
[585] Cette question est très importante pour les DROM, car derrière le principe de continuité territoriale c'est l'application effective du principe d'égalité qui est garanti constitutionnellement depuis l'avènement de la IVème République.
[586] Décision du Conseil constitutionnel n° 73-51, du 27 décembre 1973, *Rec.*, p. 25.
[587] L'installation des métropolitains dans le territoire calédonien s'explique par le boum économique qu'a connu la Nouvelle-Calédonie en raison de l'envolée des cours du nickel.

n'existait plus une priorité d'emploi implicite[588] réservée aux premiers arrivants ; ils étaient concurrencés par les nouveaux arrivants métropolitains.

1130. Mais le territoire Calédonien n'est pas comparable à l'Australie[589] et son économie n'est pas aussi puissante et développée que celle de la métropole. Cette nouvelle réalité politique et économique a eu pour effet que le chômage s'est fortement accru sur le territoire, aussi bien pour les habitants historiques que pour les premiers arrivants. L'accord de Nouméa du 5 mai 1998 confirme cette analyse. Le point 4 et suivant montre qu'il existe un déficit de compétences techniques. C'est pourquoi, il est prévu que les formations devront, dans leur contenu et leur méthode, mieux prendre en compte les réalités locales, l'environnement régional et les impératifs de rééquilibrage. Des discussions s'engageront pour la reconnaissance mutuelle des diplômes et des formations avec les États du Pacifique. Le nouveau partage des compétences devra permettre aux habitants de la Nouvelle-Calédonie d'occuper davantage les emplois de formateur. L'Université devra répondre aux besoins de formation et de recherche propres à la Nouvelle-Calédonie. L'Institut de formation des personnels administratifs sera rattaché à la Nouvelle-Calédonie.

1131. D'une manière implicite, les signataires ont ouvert la porte pour accorder une priorité d'emploi « aux habitants de la Nouvelle-Calédonie » qui, selon le même texte, devront davantage occuper les emplois de formateur donc d'encadrement. Sur le fondement de cet accord, la Loi organique du 19 mars 1999 s'inscrira dans la continuité et même renforcera cet accord-cadre. En effet l'article 24 de la loi dispose de plusieurs éléments.

Le premier est la justification d'une éventuelle loi qui aurait pour objet la mise en place d'une politique publique active d'emploi en faveur des citoyens calédoniens.

Le législateur énonce que « dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser

[588] Les employeurs locaux avaient tendance, dans le processus de recrutement, à privilégier les candidats métropolitains en raison d'un niveau de formation et d'expérience plus important que les candidats calédoniens.

[589] Peuplée de vingt millions d'habitants, l'Australie est le pays leader dans la zone du Pacifique. Cette domination est économique. Ainsi ce territoire, à la différence de la Nouvelle-Calédonie, dispose d'un marché intérieur assez important pour stimuler la demande intérieure et assurer la distribution de la production.

l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés ».

De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique calédonienne et à la fonction publique communale.

Le second vise sans le dire une politique de priorité de l'emploi local réservée aux citoyens calédoniens.

De ce fait la Nouvelle-Calédonie, selon l'article 24 de la loi organique, peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence. La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays.

1132. La loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local, conformément à l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999, ne fait que reprendre les grandes dispositions de l'accord de Nouméa. Le texte a le mérite d'être plus précis et a été intégré dans le Code du travail calédonien. S'inscrivant dans la continuité des précédents textes, le législateur justifie cette mesure de protection de l'emploi local en s'appuyant sur l'étroitesse du marché du travail de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que ses équilibres économiques et sociaux ne permettant pas d'ouvrir largement l'accès à l'emploi salarié ; en conséquence « des dispositions spécifiques, destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants sont instituées ».

1133. Le chapitre 1er relatif aux règles de soutiens et de promotion de l'emploi local de la section 1 de la loi manque de clarté par rapport à son champ d'application matériel.

Selon la définition de l'article Lp. 451-1 du code du travail, la promotion de l'emploi local et de soutiens de celui-ci consisterait à imposer à l'employeur qui chercherait à recruter un salarié de donner la priorité d'emploi aux citoyens calédoniens à conditions de qualification et de compétence égales. Le texte va plus loin puisque, en employant le verbe tenir au présent, il impose clairement une obligation impérative à l'employeur qui perd une partie de sa liberté de contracter librement. Ce texte conforte la thèse relative à la conception institutionnelle de l'entreprise retenue par le code du travail métropolitain. De ce fait

l'entreprise, est un outil qui doit servir aux intérêts de la collectivité et dépasse largement le cadre de la personne physique ou morale afin de garantir la cohésion sociale d'un territoire.

Le champ d'application matériel semble viser aussi bien les recrutements dans le secteur privé que dans le secteur public lorsque les collectivités locales ou les établissements publics concluent des contrats de droit privé. Au-delà de l'obligation de recrutement des candidats locaux, le législateur imposera un champ d'application personnel, géographique tout aussi contraignant pour l'employeur.

b) Champ d'application personnel et géographique de la loi

1134. La loi du pays n° 2010-9 du 27 juillet 2010 marque réellement une rupture avec le droit du travail métropolitain quand on s'intéresse à son champ d'application personnel et géographique. Pour les recruteurs, la loi ne fait aucune distinction entre les personnes physiques et les personnes morales. Elle s'applique à l'ensemble des employeurs se trouvant sur le territoire calédonien. En revanche, elle prévoit une dérogation au profit de l'État qui n'est pas soumis aux chapitres I, III et V instaurant une obligation pour l'employeur de recruter en priorité une certaine catégorie de personnes sur l'île.

Cette dérogation à la loi du 27 juillet 2010 s'explique en raison de la place spécifique de l'État métropolitain dans les institutions calédoniennes. En effet la Nouvelle-Calédonie ne possède pas tous les attributs d'un État car c'est une entité sui generis. Cela a pour effet que l'État français occupe une place primordiale dans l'ordonnancement institutionnel du territoire ; ainsi certaines prérogatives relèvent de sa compétence exclusive telle que la justice, la défense, la politique étrangère et la monnaie. Etant titulaire d'une partie de la souveraineté, il n'était pas concevable qu'une entité sui generis lui impose le recrutement obligatoire des citoyens ou résidents calédoniens[590].

Parmi les autres personnes morales visées par la loi du 27 juillet 2010, il semble que le gouvernement calédonien rentre dans le champ d'application de celle-ci. Aucune disposition de la loi ne prévoit une dérogation pour l'autorité calédonienne. Cela peut s'expliquer par le fait que les pouvoirs exécutif et législatif ne peuvent pas imposer une

[590] Il faut ajouter que l'ordre constitutionnel français est différent de celui de la Nouvelle-Calédonie. Voir J.-Y. Faberon et G. Agniel, *La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé,* La documentation française , 2000.

mesure aussi contraignante en faveur de la protection de l'emploi local ; en parallèle, ils s'octroient une liberté totale pour le recrutement de leurs collaborateurs[591].

1135. Pour les personnes bénéficiaires d'une priorité de recrutement, le législateur vise deux catégories. La première, ce sont les personnes ayant la qualité de citoyen calédonien. Elles disposent d'une priorité absolue car elles peuvent postuler aux offres d'emploi émises sur le territoire. Elles sont prioritaires par rapport aux étrangers vivant sur le territoire. La deuxième catégorie vise certains résidant qui bénéficient d'une priorité relative pour les offres d'emploi. Que recouvrent ces deux notions ? Comment la loi du 27 juillet 2010 les définit-elle ? Pour la première catégorie de personnes, l'article Lp. 451 du code du travail fait un renvoi à l'article 4 de la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999.

En se reportant à ce même article, celui-ci prévoit l'institution d'une citoyenneté Calédonienne dont bénéficient les personnes de nationalité française qui remplissent les conditions fixées à l'article 188. Le législateur métropolitain utilise aussi la technique du renvoi, condamnée par le Conseil constitutionnel[592]. Or le chapitre II de la loi organique fait référence au corps électoral et listes électorales. On peut en déduire que deux critères sont nécessaires pour l'obtention de la qualité de citoyens calédoniens ; le premier exige d'être titulaire de la nationalité française et le second suppose que l'on fasse partie du corps électoral et que la personne soit inscrite sur les listes électorales. Pour ce second critère et pour comprendre toute la portée de la loi du 27 juillet 2010 dans l'ordonnancement juridique du droit du travail, il est nécessaire de les citer intégralement.

1136. Ainsi l'article 188 de la loi organique du 19 mars 1999 énonce 3 conditions alternatives pour composer ce corps électoral compétent pour élire les membres du congrès et les assemblées de province.

La première exige que le résident calédonien remplisse les conditions pour être inscrit sur les listes électorales de la Nouvelle-Calédonie établies en vue de la consultation du 8 novembre 1998.

---

[591] Ils doivent montrer l'exemple afin de prévenir les éventuelles critiques des entreprise du secteur privé.

[592] Décision du Conseil constitutionnel n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004, *Rec.*, p. 126.

La seconde exige que le résident du territoire soit inscrit sur le tableau annexe et domicilié depuis dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection au congrès et aux assemblées de province.

La troisième renvoie à plusieurs conditions alternatives qui permettent de faire partie du corps électoral. La première renvoie à la majorité. Cela exige d'avoir atteint l'âge de la majorité après le 31 octobre 1998. La deuxième renvoie à une durée de résidence minimum. Il faudra justifier de dix ans de domiciliation en Nouvelle-Calédonie en 1998. La dernière utilise le critère de filiation. Ainsi il faut, soit avoir eu un de ses parents remplissant les conditions pour être électeur au scrutin du 8 novembre 1998, soit avoir un de ses parents inscrit au tableau annexe et justifier d'une durée de domicile de dix ans en Nouvelle-Calédonie à la date de l'élection.

Néanmoins, le législateur métropolitain a prévu dans le titre II de l'article 188 de la loi organique une exception par rapport à la durée de résidence. Les périodes passées en dehors de la Nouvelle-Calédonie pour accomplir le service national, pour suivre des études ou une formation, ou pour des raisons familiales, professionnelles ou médicales ne sont pas, pour les personnes qui y étaient antérieurement domiciliées, interruptives du délai pris en considération pour apprécier la condition de domicile.

1137. La deuxième catégorie concerne les résidents. Ils ne sont pas citoyens calédoniens mais ils pourront postuler aux offres d'emploi qui n'ont pas été pourvues mais les conditions fixées par le législateur calédonien sont très strictes. Ainsi selon l'article Lp. 451-2 « lorsqu'après avoir diffusé son offre d'emploi dans les conditions définies au Chapitre II du Titre III, un employeur, qui n'a reçu aucune candidature répondant aux conditions de qualification et de compétence énoncées dans son offre et émanant d'un citoyen de la Nouvelle-Calédonie, peut procéder au recrutement d'une personne justifiant d'une durée de résidence :

a) au moins égale à dix ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle principalement satisfaite par le recrutement local,

b) au moins égale à cinq ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît des difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4,

c) au moins égale à trois ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît d'importantes difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4,

d) inférieure à trois ans, si l'offre d'emploi concerne une activité professionnelle qui connaît d'extrêmes difficultés de recrutement local au sens de l'article Lp. 451-4 ».

En résumé, deux critères cumulatifs doivent être retenus par l'employeur lorsqu'il cherche à recruter un candidat qui n'a pas la citoyenneté calédonienne. Il doit, dans un premier temps, vérifier la durée de résidence du candidat ; ensuite il devra se référer à la situation relative aux difficultés locales de recrutement.

Par le biais de l'article Lp. 451-4 le législateur calédonien a défini cette notion qui renvoie à une méthode de calcul statistique[593]. Ainsi, lorsque sur une période statistiquement significative, il est constaté que les personnes ayant la qualité de citoyen de la Nouvelle-Calédonie ou justifiant d'une durée de résidence au moins égale à dix ans représentent une part du marché du travail :

1° comprise entre zéro et vingt-cinq pour cent, ces activités professionnelles sont considérées comme présentant d'extrêmes difficultés de recrutement local ;

2° comprise entre vingt-cinq et cinquante pour cent, ces activités professionnelles sont considérées comme présentant d'importantes difficultés de recrutement local;

3° comprise entre cinquante et soixante-quinze pour cent, ces activités professionnelles sont considérées comme présentant des difficultés de recrutement local ;

4° supérieure à soixante-quinze pour cent, ces activités professionnelles sont considérées comme pourvues principalement par le recrutement local.

[593] Article Lp. 451-5 : La part du marché du travail mentionnée à l'article Lp. 451-4 est appréciée notamment au vu des données suivantes :
1° le volume des offres et des demandes d'emplois déposées auprès du service public de placement ;
2° le nombre de mises en relation réalisées par le service public de placement et les suites qui leur ont été réservées ;
3° les déclarations d'embauche adressées à l'organisme de protection sociale de la Nouvelle-Calédonie ;
4° les analyses statistiques relatives à l'emploi dans les branches professionnelles ;
5° les programmes de formations initiales ou continues en cours ;
6° l'impact sur l'emploi des grandes opérations d'aménagement et des grands chantiers industriels.

L'article Lp. 451-4 du Code du travail ajoute que ces données sont corrigées des évolutions prévisibles du marché du travail compte tenu, notamment, des programmes de formations initiales ou continues en cours, ainsi que de l'évolution des grandes opérations d'aménagement du territoire et des grands chantiers industriels.

1138. En ce qui concerne la durée de résidence, le législateur calédonien a prévu une dérogation particulière pour les couples. De ce fait, l'article Lp. 451-2-1 prévoit que la durée de résidence du conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie est de dix ans, lorsqu'ils sont mariés depuis au moins deux ans et résident en Nouvelle-Calédonie.

Ces dispositions s'appliquent également aux partenaires liés par un pacte civil de solidarité. En revanche, le législateur calédonien exclut du bénéfice de ces dispositions les couples vivant en concubinage.

Après avoir vérifié préalablement tous ces critères l'employeur, selon le dernier alinéa de l'article Lp. 451-2 du code, pourra procéder à un recrutement sans condition de résidence.

Dans le champ d'application personnel, une autre dérogation est prévue. Elle concerne directement les contrats à durée déterminée et les contrats de mission. La durée de ces contrats est dérogatoire au contrat à durée déterminée puisqu'elle ne pourra pas excéder un an, renouvellement compris. Cette dernière disposition montre bien la volonté du législateur calédonien d'écarter toute possibilité de contourner les mesures de protection de l'emploi.

1139. Le champ d'application personnel de la loi est très restreint de même que les dérogations. Le champ d'application géographique de la priorité d'emploi local est limité au territoire calédonien. La loi du pays du 27 juillet 2010 déroge à l'ordre constitutionnel calédonien et métropolitain. La notion de Nation, de citoyenneté diffère entre le territoire calédonien et la métropole. Ainsi, les nationaux métropolitains seront exclus de la priorité de l'emploi local alors qu'ils sont titulaires de la citoyenneté française. Au regard des enjeux juridiques et sociétales d'une telle loi, le Conseil constitutionnel n'est pas resté à l'écart.

2) La portée de la décision du 15 mars 1999

1140. Dans la rédaction de la loi du pays du 27 juillet 2010, le législateur,

conscient de la portée de cette nouvelle loi pour le droit du travail calédonien, fait constamment référence à la loi organique modifiée n°99-209 du 19 mars 1999 qui, selon lui, serait la base juridique. Il est regrettable que cette loi du pays n'ait pas été soumise à une saisine du Conseil constitutionnel. Pour tenter de saisir le fondement constitutionnel de cette loi, il sera nécessaire de s'appuyer sur la décision du Conseil constitutionnel n° 99-410 DC du 15 mars 1999.

1141. Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 16 février 1999, par le Premier ministre, conformément aux dispositions des articles 46 et 61, alinéa 1 de la Constitution, du texte de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie. Invité à statuer sur le titre II, le Conseil constitutionnel a, dans un premier temps, exposé le contenu de l'article 24 de la loi organique :

Il constate dans le considérant 14 que ce titre est relatif aux compétences précisées aux articles 20 à 61. Il ajoute dans le considérant 15 que l'article 24 est ainsi rédigé :

"Dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, la Nouvelle-Calédonie prend au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence des mesures visant à favoriser l'exercice d'un emploi salarié, sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte aux avantages individuels et collectifs dont bénéficient à la date de leur publication les autres salariés.

De telles mesures sont appliquées dans les mêmes conditions à la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie et à la fonction publique communale. La Nouvelle-Calédonie peut également prendre des mesures visant à restreindre l'accession à l'exercice d'une profession libérale à des personnes qui ne justifient pas d'une durée suffisante de résidence. La durée et les modalités de ces mesures sont définies par des lois du pays" ;

Dans un deuxième temps, il s'intéresse au fondement constitutionnel de l'article 24 de ladite loi organique.

En premier lieu dans le considérant 16, il fait le constat que les mesures favorisant les personnes durablement établies en Nouvelle-Calédonie, pour l'accès à un emploi salarié ou à une profession indépendante, ou pour l'exercice d'un emploi dans la fonction publique de la Nouvelle-Calédonie ou dans la fonction publique communale, trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa. Celui-ci stipule en effet, dans son préambule, qu'« afin de tenir compte de l'étroitesse du marché du travail, des dispositions seront définies pour favoriser l'accès à l'emploi local des personnes durablement établies en

Nouvelle-Calédonie ». Qu'en outre, en vertu du point 2 de l'accord, la citoyenneté de la Nouvelle-Calédonie, qui fonde les restrictions apportées au corps électoral appelé à désigner les « institutions du pays », sert aussi de « référence pour la mise au point des dispositions qui seront définies pour préserver l'emploi local ». Enfin, selon le point 3.1.1 de l'accord de Nouméa : « la Nouvelle-Calédonie mettra en place, en liaison avec l'État, des mesures destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants. La réglementation sur l'entrée des personnes non établies en Nouvelle-Calédonie sera confortée. Pour les professions indépendantes, le droit d'établissement pourra être restreint pour les personnes non établies en Nouvelle-Calédonie. Pour les salariés du secteur privé et pour la fonction publique territoriale, une réglementation locale sera définie pour privilégier l'accès à l'emploi des habitants » ;

Dans le Considérant 17, il énonce : « Considérant, en second lieu, que les modalités retenues par l'article 24 pour favoriser l'emploi local respectent également l'habilitation donnée à la loi organique par l'article 77 de la Constitution. Il appartiendra aux « lois du pays » prises en application de l'article 24, et susceptibles d'être soumises au contrôle du Conseil constitutionnel, de fixer, pour chaque type d'activité professionnelle et chaque secteur d'activité, la « durée suffisante de résidence » mentionnée aux premier et deuxième alinéas de cet article en se fondant sur des critères objectifs et rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local, sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa. En tout état de cause, cette durée ne saurait excéder celle fixée par les dispositions combinées des articles 4 et 188 pour acquérir la citoyenneté de la Nouvelle–Calédonie ».

1142. Le Conseil constitutionnel en a déduit dans le considérant 18 que les dispositions de l'article 24 ne sont pas contraires à la Constitution et qu'il en est de même des autres dispositions du titre II. Selon lui, cet article trouve son fondement constitutionnel dans l'accord de Nouméa qui se situe au même rang que les autres normes constitutionnelles. En présence d'une pluralité de normes constitutionnelles qui, parfois, sont en opposition, il arrive au Conseil constitutionnel de faire prévaloir une norme par rapport à l'autre. En l'espèce pour la Nouvelle-Calédonie, c'est l'accord de Nouméa du 5 mai 1998 adopté par

voie référendaire[594] qui a prévalu. La loi 88-1028 du 9 novembre 1988, portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie, avait déjà posé le principe de la restriction du corps électoral qui bénéficiera de plein droit des mesures de priorité d'emploi.

En revanche, le Conseil constitutionnel n'accorde pas une liberté totale au Congrès calédonien dans l'adoption des mesures relatives à la protection et la promotion de l'emploi local dans le territoire. Il a fixé comme limite que la loi du pays se base sur des objectifs rationnels en relation directe avec la promotion de l'emploi local, sans imposer de restrictions autres que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de l'accord de Nouméa du 5 mai 1998.

1143. Dans une décision n° 2009-587 DC du 30 juillet 2009, les Gardiens de la Constitution ont affiné leur décision du 15 mars 1999 ; celle-ci n'était pas très explicite, en se contentant de renvoyer tout simplement à l'accord de Nouméa de 1998 pour retenir sa conformité à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a été saisi, le 24 juillet 2009, par le Premier ministre, conformément aux articles 46, alinéa 5, et 61, alinéa 1er, de la Constitution, de la loi organique relative à l'évolution institutionnelle de la Nouvelle-Calédonie et à la départementalisation de Mayotte. C'est le Considérant 17 de la décision qui retiendra particulièrement notre attention. En effet l'article 58 du projet de loi organique avait pour objet de modifier l'article 24 de la loi organique du 19 mars 1999 relatif aux mesures qui peuvent être prises, dans le but de soutenir ou de promouvoir l'emploi local, au bénéfice des citoyens de la Nouvelle-Calédonie et des personnes qui justifient d'une durée suffisante de résidence. Cet article étend le bénéfice de ces mesures à leur conjoint, leur partenaire lié par un pacte civil de solidarité, ou leur concubin.

Avant de se prononcer, il se réfère au considérant 16 de sa décision du 15 mars 1999. A la différence de la précédente décision, il précise d'une manière claire et non équivoque que cette loi organique déroge aux principes constitutionnels d'égalité devant la loi et d'égal accès aux emplois publics, garantis par l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, et qu'elle ne saurait fonder d'autres restrictions que celles strictement nécessaires à la mise en œuvre de cet accord.

[594] Référendum du 8 novembre 1998 adopté par 72 % des votants et 28 % d'abstentions ; JORF n°261 du 10 novembre 1998, p. 16956.

1144. Dans la continuité de sa jurisprudence, il considère que l'application des mesures de priorité à l'emploi au conjoint d'un citoyen de Nouvelle-Calédonie ou d'une personne justifiant d'une durée suffisante de résidence, à son partenaire ou à son concubin, qui n'aurait pas la qualité de citoyen de Nouvelle-Calédonie ou ne remplirait pas la condition de durée suffisante de résidence en Nouvelle-Calédonie, n'a pas de fondement dans l'accord de Nouméa et ne constitue pas une mesure nécessaire à sa mise en œuvre. Faisant une interprétation stricte[595] de l'accord de Nouméa qui déroge à d'autres principes constitutionnels, il en déduit que l'article 58 de la loi organique doit être déclaré contraire à la Constitution.

La solution retenue par le Conseil constitutionnel est critiquable car elle met en place un système juridique qui ne permet pas d'assurer une cohésion familiale. En effet comment peut-on concevoir que l'épouse ou l'époux d'un citoyen ou résidant calédonien ne puisse pas occuper une activité professionnelle ? Le Conseil obligerait-il les calédoniens à choisir leurs futurs époux ou épouses en fonction d'un critère purement économique ?

Face à une décision aussi stricte, on observe que le législateur calédonien s'est totalement émancipé du droit du travail métropolitain puisque, parmi les bénéficiaires de la durée de résidence pour la priorité de l'emploi, les époux et les partenaires liés par un pacte civil de solidarité bénéficient du même régime que leur conjoint. En revanche, les concubins ont été exclus. Malgré cette décision positive confirmant la légalité de cette loi, on ne peut s'empêcher de la critiquer qui, paradoxalement, représentera un danger pour le développement du territoire.

B) Critiques de la loi du 27 juillet 2010

1145. En cherchant à assurer le développement du territoire, la loi du 27 juillet 2010 instaure une dérogation injustifiée à l'alinéa 5 du préambule de la constitution de 1946 et à l'article 6 de la DDHC de 1789 (1) mettant en danger l'objectif poursuivi initialement (2).

1) Une dérogation injustifiée à la Loi Fondamentale

1146. Dans deux décisions de principe[596] qui marqueront le droit du travail

---

595 Décision du Conseil constitutionnel n° 2009-587, 30 juillet 2009, *Rec.*, p. 150.

596 Décision n° 99-410 du 15 mars 1999 ; décision : n°2009-587 du 30 juillet 2009.

calédonien, le Conseil constitutionnel a validé le principe d'une protection de l'emploi local au profit des citoyens calédoniens résidant et vivant sur le territoire. Malgré les divergences dans le territoire[597], le législateur calédonien a tout de même adopté la loi et l'a codifiée dans le Code du travail. Cette loi peut-elle véritablement être considérée au-dessus de tout soupçon [598] ? La réponse est bien évidemment négative. Le principe de la majorité est l'un des fondements de la Démocratie. C'est sur lui que repose toute la légitimité des gouvernants, des institutions d'une Nation, d'un État. Néanmoins certains auteurs, non les moindres[599], avaient déjà interpellé sur les risques que pouvaient parfois engendrer un système qui se baserait exclusivement sur la majorité. Socrate a été condamné à mort suite à une décision de justice se basant sur une majorité[600] ; certains régimes se sont reposés exclusivement sur la majorité pour imposer un régime tyrannique[601], ils ont commis des actes conduisant à la négation de l'être humain. La loi du 27 juillet 2010, garantissant une priorité d'emploi aux citoyens calédoniens, met en péril la vie sociale et économique d'autres personnes. En effet, comment peut-on concevoir l'épanouissement d'une personne si elle n'a pas la possibilité de travailler, d'avoir une autonomie financière ?

Peut-on soutenir le législateur lorsqu'il énonce dans l'article Lp. 450 du Code du travail que « l'étroitesse du marché du travail de la Nouvelle-Calédonie, ainsi que ses équilibres économiques et sociaux, ne permettant pas d'ouvrir largement l'accès à l'emploi salarié, des dispositions spécifiques, destinées à offrir des garanties particulières pour le droit à l'emploi de ses habitants sont instituées ».

Aussi la question de l'emploi pour tous est au centre du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946. Dans son alinéa 5, celui-ci dispose que « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ». Bien avant ce préambule, l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 avait déjà posé le principe que tous les citoyens, étant égaux aux yeux de la loi, sont également

---

597 Selon les observations et les témoignages recueillis dans le territoire, il n'existe pas un consensus dans le corps social en ce qui vise la pertinence de ce texte.

598 M. Pernier, RDP, 1996, p. 39-52.

599 A. Hamilton, J. Jay et G. Madison, *Le Fédéraliste*, L.G.D.J, 1957 ; A. Hamilton, *Réflexions sur la République,* Seghers, 1970.

600 Platon, introductions et traductions inédites de L. Brisson, *Apologie de Socrate*, GF Flammarion, 2005.

601 A. Arendt, *Les origines du totalitarisme,* Seuil , 1997.

admissibles à toutes dignités, places et emplois publics, selon leur capacité, et sans autre distinction que celle de leurs vertus et de leurs talents.

1147. Ce texte rejetait la discrimination qui représentait un danger pour la cohésion sociale et économique d'une Nation, d'un État. C'est la raison pour laquelle le pouvoir constituant de 1789 était avant-gardiste. Sur quel fondement juridique le Conseil constitutionnel, Gardien de la Loi fondamentale, a-t-il validé une dérogation à d'autres principes constitutionnels ? Il semble que la réponse se trouve dans la célèbre décision 62-20 DC du 6 novembre 1962 dans laquelle le Conseil constitutionnel énonce, dans son considérant 5, qu' « il résulte de ce qui précède qu'aucune des dispositions de la Constitution, ni de la loi organique précitée prise en vue de son application, ne donne compétence au Conseil constitutionnel pour se prononcer sur la demande susvisée par laquelle le Président du Sénat lui a déféré aux fins d'appréciation de sa conformité à la Constitution le projet de loi adopté par le Peuple français par voie de référendum le 28 octobre 1962[602] ». Dans cette célèbre décision, le Conseil constitutionnel s'est déclaré incompétent pour apprécier de la constitutionnalité d'une loi référendaire à la Constitution, laquelle constitue l'expression directe de la souveraineté nationale. Cette décision semble se répercuter sur le Conseil constitutionnel.

1148. En effet dans ces deux décisions relatives à la loi organique de 1999, les Sages estiment que le fondement juridique de cette loi est l'accord de Nouméa du 5 mai 1998. Il existe un élément d'une importance majeure que le Conseil constitutionnel ne précise pas. Il était prévu, selon les dispositions de l'article 76 de la Constitution, que les populations de la Nouvelle-Calédonie soient appelées à se prononcer avant le 31 décembre 1998 sur les dispositions de l'accord signé à Nouméa le 5 mai 1998. Sur la base de cet article, le législateur a soumis au référendum l'accord de Nouméa, le 8 novembre 1998, à la population calédonienne. Adopté à une majorité relativement faible, c'est ce référendum qui fonde la légitimité de l'accord de Nouméa et non la signature par les autorités politiques métropolitaines et calédoniennes. Au regard des éléments exposés, il semblerait que, d'une manière implicite, le Conseil constitutionnel se fonde sur la base de ce référendum qui représente l'expression de la souveraineté calédonienne, pour déclarer son incompétence à

[602] Décision du Conseil constitutionnel n° 62-20 du 6 novembre 1962, *Rec.,* p. 27.

apprécier de la conformité des dispositions de l'article 4 de la loi organique du 19 mars 1999 relative à la protection de l'emploi local.

1149. Ce référendum du 8 novembre 1998 a réellement marqué l'indépendance du droit du travail calédonien. L'ensemble du système juridique français est basé sur le principe de l'égalité qui est un élément fondamental du droit du travail contemporain. Les titres III et IV du nouveau Code du travail, intitulés pour le premier "discrimination", et le second "égalité professionnelle entre les femmes et les hommes", montrent toute la place de ceux-ci dans la matière. Or le législateur calédonien, dans le Code du travail, a effectivement, dans les livres I et II, intégré ces deux grands principes pour l'édification du droit du travail. Mais la loi du 27 juillet 2010 ne vient-elle pas anéantir le caractère universel des principes codifiés dans le même Code ? Paradoxalement, la loi du 27 juillet 2010, qui tire son fondement sur l'accord de Nouméa de 1998 et l'accord de Nouméa de 1999, ne reviendrait-elle pas au système juridique discriminatoire et inégalitaire instauré en Nouvelle-Calédonie avant 1946 et à l'adoption du Code du travail du 15 décembre 1952 ?

1150. L'autre critique possible de cette loi est le rôle des organisations syndicales calédoniennes qui, cette fois, n'ont pas rempli leur mission. De ce fait, elles doivent garantir et défendre les droits des personnes qui travaillent et de celles et ceux qui sont disponibles pour occuper un emploi[603] ; pourtant, cette loi ferme la porte à cette deuxième catégorie d'actifs. Or la loi du 27 juillet 2010 accorde une place majeure aux organisations syndicales dans la mise en œuvre des mesures de protection de l'emploi. Ainsi l'article Lp. 451-6 du Code du travail prévoit qu'un tableau des activités professionnelles classées en fonction des difficultés de recrutement est établi par accord collectif interprofessionnel. Cet accord fait l'objet d'un arrêté d'extension du gouvernement. Cet article ajoute que, lorsqu'une activité professionnelle ne figure pas dans le tableau, le classement qui lui est applicable est déterminé par la commission paritaire de l'emploi local jusqu'à la révision du tableau ou, à défaut, par arrêté du gouvernement.

[603] Ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail « nouvelles embauches ». En France, les mêmes questions se posent. En effet le débat a été intense en 2003 et 2005 lors de la création de deux nouveaux contrats de travail. Le premier est le contrat première embauche visant les salariés de moins de 25 ans. Le second est le contrat nouvelle embauche qui prévoyait une période d'essai d'un an pour les recrutements des salariés dans les entreprises de moins de 25 salariés. Derrière ces nouvelles réformes, la même question se pose : qui doit supporter le coût de la flexibilité ?

Il reviendra aux organisations syndicales, à travers la commission paritaire de l'emploi, de veiller à ce que les recruteurs respectent scrupuleusement la priorité de l'emploi local[604]. Elle dispose pour cela, selon l'article Lp. 451-15 (…) « dans un délai de trois mois après la conclusion du contrat de travail, l'autorité administrative constate que l'embauche d'un salarié relevant de l'article Lp. 451-1 contrevient aux dispositions du présent chapitre, elle met l'employeur en demeure de mettre un terme à l'irrégularité constatée. Celui-ci dispose d'un délai de trois semaines pour faire valoir ses observations ou se conformer à la mise en demeure. Il peut se faire assister d'un avocat ou de toute personne de son choix, ou se faire représenter par un mandataire. Si au terme de ce délai il n'a pas été mis fin à l'irrégularité ou si les conclusions n'ont pas établi le caractère régulier de l'embauche, l'employeur est astreint, par décision motivée de l'autorité administrative, au versement à titre de pénalité d'une somme dont le montant maximum est égal à 400 fois le taux horaire du salaire minimum garanti, le taux applicable étant celui du mois où l'infraction a été constatée par l'autorité administrative.

En cas de récidive constatée dans un délai de trois ans après la première infraction ou d'infraction continuée, le montant maximum de la pénalité est multiplié par deux.

Cette mise en demeure pourra aboutir à rupture du contrat de travail car la méconnaissance des dispositions du présent chapitre constitue une cause réelle et sérieuse de licenciement[605] ».

1151. Alors même que cette loi est validée constitutionnellement et bénéficie du soutien explicite des organisations syndicales, il n'en reste pas moins qu'elle représente un risque économique pour le territoire.

2) Un danger pour le développement du territoire

1152. La loi du 27 juillet 2010 représente le point ultime de l'émancipation du droit du travail. Elle n'hésite pas à être en opposition avec les normes constitutionnelles métropolitaines. Le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de le rappeler dans une décision du 30 juillet 2009[606]. Cette loi représente un danger pour le développement du territoire pour de nombreuses raisons.

---

[604] Article Lp. 451-7 du code du travail calédonien.
[605] Article Lp. 451-16 du Code du travail calédonien.
[606] Décision du Conseil constitutionnel n° 2009-587, 30 juillet 2009, *Rec.*, p. 150.

La première résulte du fait que le territoire se prive de talents qui ne seront pas incités à rester sur le territoire en raison des contraintes juridiques pour travailler. Or à l'heure actuelle, les pays des économies globalisées essaient d'attirer les personnes hautement qualifiées qui seront une source d'innovation pour l'économie et la société. C'est la raison pour laquelle se développe actuellement une immigration sélective basée essentiellement sur les qualifications[607].

La seconde raison du danger de cette loi repose sur un risque d'appauvrissement, de stagnation de l'île et de sa population sur le long terme. Par exemple dans le domaine artistique, la diversité des savoirs participe au processus de création. Au delà de l'apprentissage, ce sont peut-être ces facteurs externes qui contribuent essentiellement à la création artistique au sens large. Ainsi peut-on concevoir qu'un chef d'orchestre ou un compositeur puisse, dans le cadre d'un contrat de trois mois maximum, créer et interpréter une œuvre. La question se pose pour les autres disciplines artistiques, telles que le théâtre.

1153. Afin d'atténuer ces arguments, l'employeur dispose de la possibilité de demander au Comité de pilotage pour l'emploi local une dérogation dans son processus de recrutement. Pour cela, il devra justifier qu'aucun des candidats ne correspond au profil pour le poste créé. Une telle procédure n'encouragerait-elle pas ces personnes à quitter l'île ? La loi du 27 juillet 2010, dont le fondement est l'accord de Nouméa du 5 mai 1998, va-t-elle réellement atteindre son objectif initial, à savoir permettre aux citoyens calédoniens d'accéder plus facilement à un emploi en limitant la concurrence avec les candidats extra-territoriaux ? Il est trop tôt pour faire un tel bilan. Mais plusieurs observateurs font quelques constats.

Le premier repose sur le fait que les employeurs rencontrent des difficultés à recruter du personnel hautement qualifié dans des secteurs en fortes tensions. C'est le cas dans le secteur médical et pour le secteur minier[608]. Face à de telles contraintes, la loi est inopérante dans la mesure où le recrutement profite essentiellement aux « métropolitains ».

---

[607] F. Magris et Russo, *Selective Immigration Policies, Human Capital Accumand Migration Duration in Infinite Horizon*, Centre d'Étude des Politiques Économiques de L'Université d'Évry, 2011.

[608] Le secteur minier, qui est en fort développement sur le territoire, recherche des compétences techniques qui ne sont pas présentes sur le territoire. Comme pour la métropole, le secteur médical est en manque de personnel. Le Gouvernement calédonien n'a pas anticipé ces difficultés en mettant en place des programmes de formation.

Le second enseignement montre que la loi atteint ses objectifs dans les emplois dont la qualification est très faible. Il semble, en effet, que les employeurs accordent la priorité d'emploi aux citoyens calédoniens.

Le dernier point d'observation montre les limites juridiques de la loi du 27 juillet 2010. Le contournement juridique repose sur la conclusion d'un contrat qualifié de prestations de service dans lequel un prestataire va proposer au maître d'ouvrage ses services ; en contrepartie, il devra payer une patente. A la fin de la prestation de service, le contrat prendra fin[609].

3) Les incertitudes juridiques

1154. Le Conseil constitutionnel, dans deux décisions[610], a confirmé la validité de ces dispositions normatives incluses dans l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998 et de la loi organique du 19 mars 1999. La loi du 27 juillet 2010 ne dissipe pas pour autant toutes les incertitudes juridiques quant au risque de contentieux, lequel constitue le meilleur test pour apprécier la qualité d'une loi.

1155. Le premier exemple porte sur l'article 21 II de la loi organique du 19 mars 1999 qui attribue à l'État la compétence exclusive en matière pénale sous réserve des dispositions des articles 86, 87, 88 et au deuxième alinéa de l'article 157 du même texte. Ainsi ce sont les dispositions du Code pénal qui s'appliquent sur le territoire calédonien.

1156. L'article 225-1 du Code pénal dispose que : « constitue une discrimination toute distinction opérée entre les personnes physiques en raison de leur origine, de leur sexe, de leur situation de famille, de leur grossesse, de leur apparence physique, de leur patronyme, de leur état de santé, de leur handicap, de leurs caractéristiques génétiques, de leurs mœurs, de leur orientation ou identité sexuelle, de leur âge, de leurs opinions politiques, de leurs activités syndicales, de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ».

---

[609] Ces contrats précaires visent essentiellement le secteur du bâtiment.
[610] Décision n° 99-410 du 15 mars 1999 ; décision n°2009-587 du 30 juillet 2009.

1157. L'article 225-2 alinéa 3 et 5 du code pénal ajoute que la discrimination définie aux articles 225-1 et 225-1-1, commise à l'égard d'une personne physique ou morale, est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende lorsqu'elle consiste :
- À refuser d'embaucher, à sanctionner ou à licencier une personne ;
- À subordonner une offre d'emploi, une demande de stage ou une période de formation en entreprise à une condition fondée sur l'un des éléments visés à l'article 225-1 ou prévue à l'article 225-1-1.

1158. Le droit pénal, à la différence des autres disciplines juridiques, est d'interprétation stricte. Ce qui signifie que les juges ont l'obligation de faire une interprétation littérale du texte. Ainsi les dispositions de la loi du 27 juillet 2010, qui accorde une priorité d'emploi aux citoyens calédoniens, constituent une discrimination puisque sont exclus des candidats à une offre d'emploi en raison de leurs origines. Que se passera-t-il si un candidat écarté d'une offre d'emploi sur la base de cette loi saisit le juge répressif pour demander la sanction pénale du recruteur ? Que fera le juge ? Pourra-t-il se réfugier derrière les deux décisions du Conseil constitutionnel qui admettent la conformité constitutionnelle de ces dispositions ou va-t-il se baser exclusivement sur les dispositions du code pénal qui répriment les discriminations à l'embauche ? Actuellement, il est impossible de répondre à ces questions car le contentieux relatif à cette loi est encore vierge. Cet exemple illustre bien, une fois de plus, que la Nouvelle-Calédonie est une entité sui generis car elle ne dispose pas de tous les attributs de la souveraineté donc ne peut pas utiliser toute la plénitude de son pouvoir.

1159. Le deuxième exemple amène à s'interroger sur la mission de la commission paritaire de l'emploi (CPEL). L'article Lp. 451-7 du Code du travail calédonien dispose que « la commission paritaire de l'emploi local, instituée auprès du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, est composée en nombre égal de représentants des organisations syndicales de salariés et d'employeurs représentatives au niveau de la Nouvelle-Calédonie ». Sa mission principale est d'assurer en amont l'effectivité de la loi du 27 juillet 2010. Ainsi l'article R. 451-10 du Code du travail dispose que « la commission paritaire de l'emploi local est saisie de toute contestation portant sur les conditions d'embauche prévues au présent chapitre, par toute personne ayant fait acte de candidature sur l'emploi concerné, ou son représentant légal, ou par l'employeur dans un délai d'un mois à compter de la date de

l'embauche contestée. Elle rend son avis dans un délai d'un mois à compter de sa saisine. À l'expiration de ce délai l'avis est réputé rendu ».

1160. Le contentieux relatif à l'application de la loi portera sur les éléments objectifs et subjectifs[611]. Les premiers seront faciles à déterminer pour la commission paritaire pour l'emploi local (CPEL) puisqu'ils porteront sur des éléments tels que la durée de résidence, la citoyenneté du candidat, les catégories d'emploi qui pourront faire l'objet d'un recrutement sans durée de résidence de territoire.

Le second vise les éléments subjectifs. Pour être plus précis, cela concernera essentiellement les critères de qualifications et de compétences.

En cas de saisine de la commission paritaire pour l'emploi local (CPEL) par un candidat à une offre d'emploi, comment va-t-elle apprécier la compétence de celui-ci dans l'hypothèse où l'employeur estime que le candidat retenu était plus compétent que le citoyen calédonien ? N'est-ce pas une immixtion injustifiée de l'autorité administrative dans la liberté d'entreprendre de l'employeur ? En effet le Conseil constitutionnel, dans sa remarquable décision du 16 janvier 1982[612], a consacré dans le considérant 16 la valeur constitutionnelle de la liberté d'entreprendre. Selon lui, il semblerait que celle-ci soit la continuité de la propriété privée. Donc on pourrait en déduire que l'employeur, supportant les risques inhérents à une activité économique, pourrait aussi invoquer qu'il reste le mieux placé pour apprécier les compétences des futurs collaborateurs de l'entreprise.

1161. Il est actuellement trop tôt pour obtenir des décisions de justice concernant cette loi.

Celle-ci invite à constater que le droit du travail calédonien prend ses distances avec le droit du travail métropolitain. C'est une affirmation de son indépendance. Cette

---

[611] Article Lp. 451-12 du Code du travail : la commission paritaire de l'emploi local est notamment chargée, lorsqu'elle est saisie par un employeur, de vérifier qu'aucune des candidatures qu'il a reçues émanant d'un citoyen de la Nouvelle-Calédonie ou d'une personne justifiant de la durée de résidence nécessaire mentionnée à l'article Lp. 451-2 ne répond aux critères de qualifications et de compétences mentionnés dans l'offre d'emploi, ainsi qu'aux critères de citoyenneté ou de durée de résidence résultant de l'application du présent titre. Dans l'affirmative, elle établit le constat de carence prévu à l'article Lp. 451-2.

[612] Décision du Conseil constitutionnel n° 81-132 du 16 janvier 1982, *Rec.*, p. 18 ; L. Favoreu, L. Philip, *Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel,* Dalloz, 15ème édition, p. 356.

distance du droit du travail calédonien à l'égard du droit du travail métropolitain se confirme dans le cadre des contrats de travail atypiques.

PARAGRAPHE 2) LES CONTRATS DE TRAVAIL ATYPIQUES

1162. En s'émancipant du droit du travail métropolitain, le législateur calédonien a volontairement conservé certaines spécificités hérités du droit national ; ainsi les agents contractuels sont soumis partiellement au Code du travail (A) et cela a pour effet paradoxalement de les fragiliser. Cette situation n'est pas spécifique à cette catégorie de salariés, elle vise aussi les salariés qui travaillent dans les entreprises effectuant une prestation de service international (B).

A) *Le statut des agents contractuels*

1163. Depuis la prise de possession et la colonisation de la Nouvelle-Calédonie, le législateur a prévu un régime particulier pour les agents travaillant pour le compte d'un service public. Il a dérogé au principe de la DDHC de 1789 qui exigeait que nul ne puisse accéder au statut de fonctionnaire s'il n'avait pas passé un concours. En effet dans le contexte de l'époque, il était très difficile au Gouverneur du territoire de détacher des fonctionnaires ou d'organiser un tel concours. Il a dû recruter des agents locaux qui n'étaient pas soumis au statut de la fonction publique mais à un régime spécifique.

Ce particularisme local a été repris par l'article 1er du code du travail du 15 décembre 1952 qui disposait que :

« est considérée comme salarié quels que soient son sexe et sa nationalité toute personne physique qui s'est engagée à mettre son activité professionnelle, moyennant rémunération, sous la direction et l'autorité d'une autre personne physique ou morale publique ou privée. Pour la détermination de la qualité de salarié, il ne sera tenu compte ni du statut juridique de l'employé, ni de celui de l'employeur, ni du fait que celui-ci soit titulaire ou non d'une patente ». L'article ajoute : « est considéré comme employeur toute personne morale ou physique, publique ou privée, qui emploie au moins un salarié dans les conditions définies à l'alinéa précédent ».

1164. Il est intéressant de constater que le législateur de l'époque a fait évoluer la

situation de ces agents en les soumettant au Code du travail. Ce principe a été repris par l'article 1er de l'ordonnance du 13 novembre 1985. Le législateur n'a pas abrogé ces dispositions mais il les a intégrées dans le nouveau Code du travail. Ainsi la rédaction de l'article Lp. 111-1 du Code du travail est identique aux dispositions de l'ordonnance du 13 novembre 1985.

En revanche, il s'est tout du moins détaché du caractère général et imprécis de l'ordonnance qui a donné lieu à une jurisprudence abondante[613].

Dès lors, l'article Lp. 111-3 du Code du travail prévoit une exclusion de certains agents des dispositions du Code du travail. De ce fait il prévoit que « sauf dispositions contraires du présent livre, celui-ci n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou d'un statut de droit public[614], aux fonctionnaires détachés auprès de la Nouvelle-Calédonie, d'une province ou d'une commune ou d'un établissement public administratif en Nouvelle-Calédonie ainsi qu'aux personnes occupant les emplois supérieurs suivants :

1° Secrétaire général, secrétaire général adjoint, directeur, directeur adjoint, chef de service de la Nouvelle-Calédonie, directeur d'office, directeur d'établissement public de la Nouvelle-Calédonie ;

2° Secrétaire général, secrétaire général adjoint, directeur, directeur adjoint et chef de service des provinces ;

3° Secrétaire général, secrétaire général adjoint de mairie, directeur général des services techniques et directeur des services techniques des communes ».

1165. S'inscrivant dans la continuité du législateur métropolitain, le législateur calédonien n'a pas défini la notion de statut de droit public. Comme c'est souvent le cas, c'est le juge qui comblera ce vide. Dans deux arrêts en date du 28 avril 2003 et du 15 novembre 2004[615], le Tribunal des conflits a défini cette notion. Par statut de droit public, il convient d'entendre un ensemble de règles régissant le recrutement et le déroulement de

[613] Le Tribunal des conflits a gardé une jurisprudence constante. Le juge judiciaire a poursuivi son oeuvre en gardant une jurisprudence stable.
[614] Il est regrettable que le législateur n'ait pas apporté un soin particulier à la rédaction de cet article.
[615] Tribunal des conflits, 28 avril 2003, numéro C3350, mentionné dans les tables du Recueil Lebon ; Tribunal des conflits, 15 novembre 2004, numéro C3423, mentionné dans les tables du Recueil Lebon.

carrière dans un emploi permanent d'une personne publique.

Cette définition aura une importance dans la détermination de la juridiction compétente en cas de contentieux. Dans un jugement en date du 13 mars 2012[616], le Tribunal du travail a rendu une décision qui éclaire sur la portée et la spécificité de ces agents contractuels dans le droit du travail. Selon la juridiction du premier degré : « aux termes des dispositions de son article Lp.111-3, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie n'est pas applicable aux personnes relevant d'un statut de fonction publique ou de droit public, de sorte que les litiges concernant ces personnes relèvent de la compétence de la juridiction administrative ; les agents contractuels de personnes publiques, même si leur situation est régie par une réglementation spécifique dès lors qu'elle ne constitue pas un statut de droit public, relèvent quant à eux du droit du travail et de la compétence judiciaire ».

1166. Les dispositions de ce texte sont en rupture avec la jurisprudence de la métropole dans la mesure où le Tribunal des conflits a adopté une conception organique de la relation contractuelle entre l'agent et l'Administration[617]. Ainsi, si la personne a conclu un contrat avec une personne publique, le contrat sera soumis au droit public et le contentieux relèvera de la compétence de la juridiction administrative. En ce qui concerne la Nouvelle-Calédonie, la jurisprudence a adopté une définition très restrictive de la notion du statut de droit public.

Cette spécificité pour ces agents contractuels aura aussi des conséquences dans la mise en œuvre du principe d'égalité dans le champ du droit du travail calédonien. En effet, ils ne relèveront pas du statut de la fonction publique mais seront soumis au droit du travail. Cette application ne sera pas totale. Le législateur calédonien a prévu qu'ils soient écartés de certaines dispositions du code du travail calédonien. Tel est le cas de l'article Lp. 311-2 qui prévoit l'exclusion de ces derniers du chapitre III du titre 1er du présent livre, relatives au droit d'expression des salariés, du chapitre III du titre II, relatives à l'exercice du droit syndical, du titre IV, relatives aux institutions représentatives du personnel et du titre V relatives aux dispositions spécifiques aux salariés protégés car ils ne sont pas applicables à l'État, à la Nouvelle-Calédonie, aux provinces, aux communes et aux établissements publics administratifs.

---

[616] Tribunal de Travail, jugement n° 12/044 du 13 mars 2012.
[617] L'*arrêt Berkani*, Tribunal des conflits, 25 mars 1996, numéro 03000, publié au Recueil Lebon.

1167. Cet article a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). La Cour de cassation a renvoyé au Conseil constitutionnel le 12 octobre 2011[618] une QPC portant sur la conformité aux droits et libertés que la Constitution garantit des dispositions de l'article Lp. 311-2 du code du travail de Nouvelle-Calédonie. La souveraineté du droit du travail doit être nuancée car elle est soumise au respect des normes constitutionnelles.

Avant d'analyser la décision rendue par le Conseil constitutionnel, il sera intéressant de voir les éléments soutenus par le requérant.

Selon lui « les dispositions de l'article Lp. 311-2 instituent une différence de traitement sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie entre, d'une part, les agents de l'État, de la Nouvelle-Calédonie, des provinces, des communes et des établissements publics administratifs et, d'autre part, les salariés des entreprises privées et les agents des établissements publics industriels et commerciaux; qu'ainsi, elles méconnaîtraient le principe d'égalité devant la loi ; qu'en outre, en privant les agents de ces administrations publiques du bénéfice de l'application des dispositions du code du travail de Nouvelle-Calédonie relatives au droit d'expression des salariés, à l'exercice du droit syndical, aux institutions représentatives du personnel et aux salariés protégés, les dispositions contestées porteraient atteinte à la liberté syndicale et au principe de participation des travailleurs à la détermination des conditions de travail ».

1168. Dans sa décision n° 2011-205 du 9 décembre 2011 s'inscrivant dans le cadre d'une QPC, le Conseil constitutionnel a déclaré les dispositions de l'article Lp. 311-2 du code du travail de la Nouvelle-Calédonie contraires à la Constitution. La motivation de sa décision repose sur l'article 6 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen et des alinéas 6 et 8 du préambule de la constitution de 1946. Les considérants 4 et 5 énoncent dans les termes suivants : « considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La loi doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse » ; que le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ;

[618] Cour de cassation, Ch. soc. 12 octobre 2011 pourvoi numéro 11-40061, publié au bulletin.

Considérant, d'autre part, qu'aux termes du sixième alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 : « Tout homme peut défendre ses droits et ses intérêts par l'action syndicale et adhérer au syndicat de son choix » ; que son huitième alinéa dispose : « Tout travailleur participe, par l'intermédiaire de ses délégués, à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises ».

1169. Cette décision confirme toute la place de la Constitution dans l'encadrement de l'indépendance du droit du travail calédonien. Dans la rédaction de sa décision, il renforce cette argumentation. Ainsi, dans le considérant 7, il montre bien toute la spécificité de ce droit en énonçant que : « les dispositions contestées soustraient ces agents des administrations publiques du bénéfice des dispositions du code du travail de Nouvelle-Calédonie applicables aux relations collectives du travail ; que ni ces dispositions ni aucune loi du pays de Nouvelle-Calédonie n'assurent la mise en œuvre, pour ces agents, de la liberté syndicale et du principe de participation des travailleurs ; que par suite, les dispositions contestées portent une atteinte inconstitutionnelle aux exigences précitées du Préambule de 1946 ; qu'elles doivent être déclarées contraires à la Constitution ».

1170. Une telle décision a le mérite de garantir les droits fondamentaux des salariés calédoniens qui prennent leurs sources premières dans la Constitution de 1958. Mais de telles décisions peuvent aussi remettre en question l'indépendance du droit du travail calédonien. Il semble que les Sages n'ont pas été indifférents à cette analyse car, dans la décision du 30 juillet 2009 relative à la révision de la loi organique du 19 mars 1999, le Conseil constitutionnel a bien préservé l'indépendance de ce droit du travail en ne censurant pas les dispositions de l'article 4 de la loi organique relative à la promotion et protection de l'emploi local.

1171. Il existe une autre spécificité caractérisant ces agents contractuels. En effet, ils sont aussi régis par une convention collective en date du 10 septembre 1959. Son champ d'application et son objet sont prévus par l'article 1er qui dispose que « celle-ci règle les rapports de travail entre les administrations territoriales et communales de la Nouvelle-Calédonie et Dépendances et tous les personnels ouvriers et assimilés, y compris les comptables de chantier et ouvriers aux écritures en fonction dans leurs services et

établissements publics, sans distinction d'origine, de sexe ou de nationalité ». Elle se donne pour objectif d'améliorer les droits de ces salariés.

B) Le statut des salariés effectuant une prestation de service international

1172. La Nouvelle-Calédonie est un territoire dont la démographie est très faible par rapport à la superficie géographique. En revanche, le « caillou[619] » a une richesse minière très importante : il est l'un des premiers producteurs de nickel au niveau mondial. Cette donnée économique aura des incidences sur le droit du travail. En raison de la spécificité de ce secteur d'activité, le territoire ne dispose pas des compétences techniques, financières et humaines pour exploiter ces mines de nickel. C'est la raison pour laquelle ce sont des multinationales qui les exploitent. Cela a profondément modifié le droit du travail. En effet le législateur calédonien a prévu dans le Code du travail un régime spécifique pour les salariés de ces entreprises.

1173. C'est le titre II chapitre I qui régit le statut de ces entreprises établies hors de la Nouvelle-Calédonie y effectuant une prestation de service avec du personnel salarié. L'article Lp. 621-1 du Code dispose que « les dispositions du présent titre s'appliquent aux entreprises établies hors de la Nouvelle-Calédonie qui détachent un ou plusieurs salariés au sens du présent code pour l'accomplissement d'une prestation de services et qui participent :

1° A l'exécution de travaux de construction ou d'installation d'un ensemble de structures et d'infrastructures destinées aux activités minières et métallurgiques ;
2° A l'exécution de travaux de modification ou d'extension des structures ou infrastructures mentionnées à l'alinéa précédent ».

Les dispositions protectrices du droit du travail s'appliqueront-elles à ces contrats de travail[620] ? Le législateur calédonien a prévu un régime mixte qui invite à penser qu'il a adopté une orientation privilégiant une flexibilité du droit travail qui conduit à la réduction du champ d'application du Code du travail.

---

619 Terme employé par les calédoniens pour nommer la Nouvelle-Calédonie.

620 L. Gamet, *La compétence du juge français en matière de contrat de travail international*, Semaine Sociale Lamy, 2010, n° 1456, p. 6.

1174. En effet, l'article Lp. 622-1 du Code du travail énonce : « quelle que soit la loi applicable au contrat de travail exécuté dans les conditions définies aux articles Lp. 621-1 et Lp. 621-2 et sans préjudice des dispositions contractuelles plus favorables, sont réputées impératives les dispositions suivantes :

1° L'article Lp. 112-1 relatif à l'interdiction de toute mesure discriminatoire en matière d'offre d'emploi, d'embauche et de relations de travail ;

2° Les articles Lp. 132-2 et Lp. 133-1 relatifs à la prohibition des amendes et sanctions pécuniaires ;

1175. Dès lors que ces dispositions sont impératives, elles s'imposent à l'ensemble des parties dans le cadre de la relation contractuelle. Mais le législateur a prévu des dérogations à l'égard de ces normes impératives. Ainsi l'alinéa 6 de ce même article permet à l'employeur de déroger à la durée maximale et hebdomadaire du temps de travail. Il est intéressant de constater, à la différence de la métropole, que l'autorisation n'est pas donnée par l'inspecteur du travail mais par le gouvernement calédonien. N'est-ce pas la preuve, une fois de plus, de l'indépendance effective du droit du travail calédonien par rapport au droit du travail métropolitain[621] ? En prenant de telles mesures, le législateur calédonien montre aussi qu'il peut s'écarter des principes fondamentaux du droit du travail métropolitain. C'est peut-être cela qui fait encore l'originalité du Code du travail des territoires d'Outre-mer du 15 décembre 1952 qui, très tôt, a compris que les salariés, qu'ils soient métropolitains ou outre- marins, vivent et perçoivent la subordination juridique comme l'expression d'un pouvoir contraignant.

1176. C'est la raison pour laquelle ces mesures dérogatoires au Jus commune calédonien peuvent, à notre sens, mettre en danger l'équilibre fragile de cette émancipation du droit du travail qui recherche toujours, aussi, son destin commun, conformément à l'accord de Nouméa.

[621] Des dérogations sont prévues pour l'application de l'Accord interprofessionnel de travail du 13 juillet 1984 modifié par avenant et de la protection sociale spécifique à la Nouvelle-Calédonie. Les salariés travaillant dans ces entreprises en sont exclus.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 :

1177. Le basculement du droit local du travail au droit du travail calédonien permet de mettre en lumière l'importance des droits fondamentaux métropolitains dans l'élaboration d'un nouveau du droit du travail. En effet la rupture institutionnelle de l'Accord de Nouméa qui prépare le processus d'indépendance de cette entité sui generis renforce paradoxalement à accroître la prééminence des droits fondamentaux dans le droit du travail calédonien.

1178. Le Congrès ainsi que l'ensemble des partenaires sociaux s'inspirent des principes fondamentaux métropolitains et européens pour élaborer le droit du travail calédonien. Ainsi l'instauration d'une compétence exclusive du droit du travail au profit de la Nouvelle-Calédonie conduit à un renforcement des droits fondamentaux des salariés calédoniens. De ce fait l'étude portant sur l'émancipation du droit du travail montre que cet affranchissement ne signifie pas pour autant une rupture avec les grands principes fondateurs du droit local du travail calédonien et métropolitain.

1179. Mais l'extension des droits fondamentaux métropolitains au profit des salariés calédoniens conduit le législateur calédonien à réduire paradoxalement l'étendue du principe d'égalité garanti par l'article 1er de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. En effet la loi du pays du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local en instaurant la priorité d'emploi pour les citoyens calédoniens ou pour certains résidents calédoniens montre une autre conception de l'émancipation du droit du travail calédonien. En effet dans certains cas celui-ci n'hésite pas à marquer une rupture avec les principes fondamentaux du droit du travail métropolitain pour garantir certains droits spécifiques aux salariés calédoniens.
Une telle orientation conduit à construire un droit du travail calédonien d'exclusion qui fragilise l'idée d'un destin commun pour l'ensemble des citoyens résidents sur le territoire. Car comment peut-on envisager l'idée d'une citoyenneté si la personne est exclue du marché du travail de ce pays ?

CONCLUSION PARTIE 2 :

1180. Les évolutions institutionnelles de la Nouvelle-Calédonie se répercutent considérablement sur le processus d'émancipation du droit du travail calédonien. L'Accord de Nouméa de 1998 et la Loi organique de 1999 illustrent ces propos. En effet, d'un droit local du travail, on bascule à un droit du travail calédonien.

1181. Que recouvre cette terminologie pour une entité sui generis ? Autrement dit celle-ci peut-elle réellement élaborer un droit du travail indépendant alors que le pouvoir métropolitain dispose des prérogatives régaliennes ? Malgré les difficultés à définir la notion d'indépendance, on observe que le nouveau pouvoir calédonien est parvenu à construire cette transition entre le droit local du travail et l'affirmation d'un droit du travail calédonien.

1182. Ce nouveau droit du travail repose sur un Code entré en vigueur le 1er mai 2008 que l'on peut qualifier de calédonien. En effet, c'est la première fois que le pouvoir métropolitain sera totalement externe dans le processus d'élaboration des normes applicables dans le droit du travail du territoire. Mais ce Code n'est pas l'unique source de ce droit du travail calédonien. On constate que le pouvoir calédonien s'inspire des anciennes sources du droit du travail métropolitain qui constituent le jus commune du droit local du travail.
L'exclusion du pouvoir métropolitain permet de renforcer les sources constitutionnelles métropolitaines dans le droit du travail calédonien. Ces normes constitutionnelles forment les droits fondamentaux des salariés du territoire. Les cours suprêmes métropolitains sont les garants de l'effectivité de ces normes constitutionnelles.

1183. Cette convergence sur les droits fondamentaux n'est pas sans limite. La loi du 27 juillet 2010 relative à la protection, à la promotion et au soutien de l'emploi local en est une parfaite illustration. Ainsi, c'est la première qu'une entité sui generis, qui est sous la tutelle de l'État français, adopte une conception différente du principe d'égalité. Cette loi conduit à l'exclusion des nationaux du marché de l'emploi calédonien.
Ce protectionisme donne une nouvelle conception de l'émancipation du droit du travail calédonien, laquelle s'oriente vers une rupture avec le droit du travail métropolitain.

CONCLUSION GÉNÉRALE :

1184. Depuis la conclusion de l'Accord de Nouméa du 5 mai 1998, la Nouvelle-Calédonie connait une stabilité institutionnelle, politique et sociale. Cette situation exceptionnelle participe à la croissance économique du territoire. Actuellement, la Nouvelle-Calédonie est dans une phase de plein emploi qui se répercute sur le droit du travail. L'acte I de ce processus évolutif n'a été possible qu'avec la volonté des leaders politiques, signataires de l'Accord, qui voulaient partager un destin commun pour le territoire.

1185. Le droit du travail est indissociable de l'environnement institutionnel, économique d'un pays, d'un territoire. Pour la Nouvelle-Calédonie, le résultat est remarquable car les autorités politiques, dans le cadre du processus d'émancipation, ont su parfaitement gérer ce transfert de compétence. Cela a permis de construire les bases d'un droit du travail s'inspirant des principes fondamentaux du droit du travail métropolitain.

1186. Cette indépendance du droit du travail garantie par l'Accord de Nouméa et l'article 22 de la loi organique du 19 mars 1999 a permis la mise en place d'une stabilité du droit du travail. Auparavant, dans le cadre de la summa divisio instaurée par l'Ordonnance du 13 novembre 1985, l'incertitude était permanente car certains concepts tels que les principes directeurs du droit du travail n'étaient pas clairement définis, donc le juge administratif annulait les délibérations de l'assemblée territoriale qui s'immisçait dans la compétence du pouvoir métropolitain.

1187. Cette stabilité du droit du travail s'explique en raison d'un dialogue permanent avec les partenaires sociaux. Elle repose sur la cohérence et la stabilité du droit du travail qui s'appuie sur le pacte social calédonien. Cette émancipation du droit du travail calédonien a permis de montrer que celle-ci oscille entre l'autonomie et l'indépendance. Dans le premier cas, l'autonomie peut être une solution temporaire pour gérer une crise passagère ; dans le second cas, l'indépendance permet de mettre les protagonistes face à leurs responsabilités.

1188. Les Pères fondateurs[622] de l'Accord de Nouméa avaient saisi la réalité et la destinée de la Nouvelle-Calédonie. Ils ont mis en place des institutions basées sur un destin commun qui a permis d'établir une paix durable. Cette vision politique a fortement influencé le droit du travail calédonien. Le Code du travail calédonien participe aussi à construire l'unité de la citoyenneté calédonienne. Dans cette discipline, la question identitaire disparaît pour laisser la place aux salariés dont le contrat se caractérise par la subordination juridique. Il n'existe plus de Kanak, caldoche, de « zoreille[623] » mais seulement des salariés.

1189. Ce réalisme oblige les autorités politiques à prendre leurs distances avec le droit du travail métropolitain. La France doit répondre aux nombreuses contraintes qu'impose une économie globalisée dans laquelle les États sont en perpétuelle concurrence. Depuis l'entrée en vigueur du Code du travail calédonien, le 1er mai 2008, le droit du travail métropolitain a fortement évolué. La loi du 20 août 2008, portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail, a impacté les relations individuelles avec l'introduction de la rupture conventionnelle. Elle a profondément modifié les relations collectives en changeant les règles de la représentativité. Aujourd'hui, le débat porte sur la flexibilité du droit du travail afin de répondre à une concurrence européenne et mondiale ; la France est invitée à repenser sa philosophie du droit du travail qui privilégie une stabilité du contrat de travail et l'insère dans un statut qui limite la liberté contractuelle des parties.

1190. La Nouvelle-Calédonie n'est pas soumise à toutes ces contraintes. C'est pourquoi elle n'a aucun intérêt à transposer certaines réformes métropolitaines. Cette situation est le signe d'une indépendance qui est utilisée pour conserver la cohérence politique, économique et sociale du droit du travail calédonien.

1191. En revanche, d'autres réformes en droit du travail sont impulsées en raison de l'emprise financière des groupes miniers[624] qui occupent une place importante dans le territoire. Ces entreprises, présentes dans le monde entier, imposent parfois aux États leurs rythmes économiques. Cela passe par une recherche accrue d'une flexibilité du contrat de travail et du temps de travail. La Nouvelle-Calédonie n'échappe pas à ces contraintes. En

[622] J. Lafleur, J.-M. Tjibaou.
[623] Terme employé pour qualifier les métropolitains.
[624] Eramet, Rio Tinto, Xtrata.

effet, pour répondre aux besoins de ces multinationales, elle n'hésite pas à construire un droit du travail dérogatoire au droit commun du territoire. Ainsi c'est le deuxième motif qui l'oblige à prendre ses distances avec le droit du travail métropolitain. La Nouvelle-Calédonie est le seul territoire francophone qui se trouve dans le Pacifique ; les autres pays, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, sont issus de la Common Law. Dans ces États, la liberté individuelle occupe une place majeure par opposition au droit du travail français où le statut prédomine.

1192. Il n'est pas surprenant que ces entreprises s'orientent plus vers le droit anglo-saxon. Le contexte si particulier de ce territoire obligera la Nouvelle-Calédonie à choisir entre ces deux visions du droit ou à faire une synthèse de ces deux conceptions du droit du travail. Ainsi, il reviendra aux autorités politiques et aux partenaires sociaux de déterminer les grands principes du droit du travail calédonien qui forgeront ce destin commun des citoyens calédoniens.

1193. L'acte II du processus d'émancipation concerne le référendum d'autodétermination. Les nouveaux acteurs politiques ont hérité de la vision politique des deux leaders calédoniens, J.-M. Tjibaou et J. Lafleur, pour élaborer les premières bases de l'émancipation du droit du travail. Mais cette succession doit évoluer, car l'Accord de Nouméa s'inscrit dans un processus évolutif. En effet le point 5 de l'Accord prévoit que « l'État reconnaît la vocation de la Nouvelle-Calédonie à bénéficier, à la fin de cette période, d'une complète émancipation ». L'accord ajoute qu'un référendum « portera sur le transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences régaliennes, l'accès à un statut international de pleine responsabilité et l'organisation de la citoyenneté en nationalité ».

1194. L'organisation du référendum en vue d'une éventuelle complète émancipation sera l'acte II de l'émancipation du droit du travail. Il reviendra aux autorités politiques de repenser un droit du travail qui ne dépendra plus du pouvoir judiciaire métropolitain. Ils auront pour mission d'élaborer une Constitution qui deviendra la Loi Fondamentale de la Nouvelle-Calédonie. Quelle sera la place du droit du travail dans cette nouvelle architecture constitutionnelle ? Il est trot tôt pour se prononcer.

1195. Car l'environnement institutionnel est incertain en raison du retard dans le transfert des compétences qui aurait dû s'achever au cours du quatrième mandat de cinq ans du Congrès, son premier mandat ayant débuté le 21 mai 1999. En principe, le référendum devrait avoir lieu en 2014 pour que les citoyens calédoniens se prononcent sur les dernières compétences détenues par le pouvoir métropolitain. Mais il semblerait que cette consultation d'autodétermination soit reculée à une date ultérieure dont il est impossible de déterminer la période.

1196. Comment interpréter ces incertitudes institutionnelles dans le contexte calédonien ? Actuellement, il est impossible d'affirmer que c'est le pouvoir métropolitain qui se cache derrière ces blocages. Conformément à l'esprit de l'Accord de Nouméa, il laisse cette entité sui generis gérer cette phase évolutive pour la préparation dudit référendum. L'Accord de Nouméa va plus loin puisqu'il prévoit que dans le cadre d'une carence du Congrès, la consultation sera organisée, à une date fixée par l'État, dans la dernière année du mandat. Mais cette hypothèse n'est pas réaliste : l'État peut-il imposer aux citoyens d'un territoire un référendum si ces derniers ne le réclament pas, et avec le risque, par la suite, de nuire à la paix sociale ? La réponse est négative.

1197. Il semblerait que l'Accord de Nouméa soit victime de son succès, car il permet une parfaite synthèse entre les revendications indépendantistes et le courant anti-indépendantiste, favorable pour une situation intermédiaire. Autrement dit, ce courant privilégie une autonomie institutionnelle au sein de la République française tout en conservant les acquis de l'Accord de Nouméa.

1198. Cette incertitude institutionnelle se répercute-t-elle sur le droit du travail calédonien ? L'émancipation est un terme polysémique qui recouvre plusieurs réalités. Que signifie alors une telle expression dans un contexte institutionnel incertain ? Il est trop tôt pour répondre. Toutefois, il semblerait que le droit du travail ne soit pas trop impacté malgré la récente crise politique pour constituer le gouvernement car le droit du travail est un droit du quotidien qui ne repose pas exclusivement sur le pouvoir politique. D'autres acteurs, tels que les partenaires sociaux, interviennent et participent à garantir sa mise en œuvre, même en cas de défaillance des autorités politiques.

1199. Malgré les incertitudes relatives au futur institutionnel de l'île, le droit du travail calédonien peut participer à aider les acteurs politiques calédoniens à surmonter leurs divisions. En s'appuyant sur le droit du travail, on constate que celui-ci accorde une place prééminente au principe d'égalité dans sa dimension collective et individuelle. En cas de violation du principe d'égalité qui se baserait sur des critères discriminatoires, le législateur prévoit la nullité de l'acte.

1200. Enfin l'émancipation du droit du travail dans le cadre du processus d'indépendance a permis de créer un dialogue social et politique constructif pour garantir les droits fondamentaux des salariés tout en permettant un développement économique du territoire. En s'appuyant sur cette expérience construite sur le processus d'émancipation du droit du travail, les acteurs politiques calédoniens pourront s'appuyer sur celle-ci pour élaborer un consensus pour le destin commun de la Nouvelle-Calédonie, Terre de Parole et de compromis.

BIBLIOGRAPHIE

I) OUVRAGES GÉNÉRAUX

ARENDT H., trad. **FRADIER G.**, préf. **RICOEUR P**., « *La condition de l'homme moderne* », presse pocket, 2002.

ARENDT H., *« Les origines du totalitarisme »*, Seuil, 1997.

ATIAS Ch., Sur E. Mackaay et St. Rousseau, « *Analyse économique du droit »,* Paris, Dalloz, éditions Thémis, 2008.

BRISSON L., *«Introductions et traductions inédites, Apologie de Socrate »*, GF Flammarion, 2005.

CARBONNIER J., *« Effectivité et ineffectivité de la règle de droit »*, Puf, 1958.

CERDA-GUZMAN C., *« La codification à droit constant : un oxymore ? »*, sous la direction de J. Pousson-Petit et F. Rueda, Toulouse : Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole ; Paris : Diff. LGDJ DL 2010.

CHARLIER YANNOPOULOS T., *« Bilan des indépendances africaines »*, Paris : Fondation nationale des sciences politiques, centre d'études des relations internationales, 1970.

COLLIN F., **DHOQUOIS R.**, **GOUTIERRE P.H.**, *« Le droit capitaliste du travail »*, PUG, 1980.

CORNU G., *« Vocabulaire juridique »*, Association Henri Capitant, PUF, 2011.

COURTOIS-CHAMPENOIS E., préface **BERRA D. .**, *« Le droit du travail américain, un droit de l'entreprise : contribution à l'étude comparée des sources du droit du travail français et américain »*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002.

DE BERNADI C., *« L'applicabilité du droit international et du droit communautaire dans les territoires d'outre-mer »*, Ellipses, 1998.

DE TOCQUEVILLE A., *« De l'Ancien régime et la Révolution française »*, Folio, 1985.

DOMMEL D., *« La crise calédonienne : rémission ou guérison ? »*, L'harmattan, 1993.

DOUMENGE F. et **FABERON J.-Y.**, *« L'outre-mer français : DOM, P-TOM, CTR »*, A. Colin, 2000.

DOUMENGE J.-P., **MÉTAIS E.**, **SAUSSOL A.**, *« La Nouvelle-Calédonie : occupation de l'espace et peuplement »*, Talence : Centre de recherches sur les espaces tropicaux, 1986.

DROLLET S., *« Le droit du travail en Polynésie entre autonomie et assimilation »*, Presses universitaires d'Aix-Marseille , 2000.

DUHAMEL O., **MENY Y.**, *« Dictionnaire constitutionnel »*, PUF, 1992, p. 1989.

FABERON J.-Y., *« L'accord de Nouméa, la Loi organique et autres documents juridiques et politiques de la Nouvelle-Calédonie »*, Île de lumière, 2004.

FABERON J.-Y., *« Des institutions pour un pays : la Nouvelle-Calédonie en devenir »*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2012.

FABERON J.-Y. et **AGNIEL G.**, *« La souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé »*, La documentation française, 2000.

FABERON J.-Y., **FAYAUD V.**, et **REGNAULT J.-M.**, *« Destins des collectivités politiques d'Océanie : peuples, populations, nations, Etats, territoires, pays, patries, communautés, frontières »*, Volume 1 : Théories et pratiques, p. 31 ; **JOYAU M.**, p. 43, PUAM 2011.

FABERON J.-Y., **ZILLER J.**, *« Droit des collectivités d'outre-mer »*, L.G.D.J, 2007.

FABRE M., « *Le sort du travailleur expatrié aux colonies »*, Extrait de *« Le Juge et l'Outre-mer »*, Centre d'histoire judiciaire, 2004.

FAVOREU L., **PHILIP L.**, *« Les Grandes décisions du Conseil constitutionnel »*, Dalloz, 15ème édition, p. 356.

GICQUEL J., **LEVADE A.**, **MATHIEU B.**, *« Un parlement renforcé ? bilan et perspectives de la réforme de 2008 »*, Dalloz, Thèmes & commentaires, 2012.

GINDRE-DAVID C., préface de **GICQUEL J.**, *« Essai sur la loi du pays calédonienne : la dualité de la source législative dans l'État unitaire français »*, l' Harmattan , 2008.

HALPERIN J.-L., *« L'approche historique et la problématique du jus commune : variation autour d'un droit commun »*, UMR de droit comparé M. Delmas-Marty Société législation comparée.

HAMILTON A., **JAY J.**, et **MADISON G.**, *«Le Fédéraliste »*, LGDJ, 1957.

HAMILTON A., *« Réflexions sur la République »*, Seghers, 1970.

HOLLYMAN, **KENNETH J.**, *« Études sur les langues du Nord de la Nouvelle-Calédonie »*, Peeters, 1999.

JEANSEN E., préface de **TEYSSIÉ B.**, *« L'articulation des sources du droit : essai en droit du travail »*, Economica, 2008.

LAFARGUE R., préface **CHRISTNACHT A.**, *« La coutume face à son destin : réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques »*, LGDJ-Lextenso, 2010.

LAITHIER Y-M., *« Droit comparé »*, Dalloz, 2009.

LE GOFF J., Actes de la journée d'étude de Brest, faculté de droit de l'Université de Bretagne occidentale, 20-21 mars 2007, *« Les lois Auroux, 25 ans après : 1982-2007 : où en est la démocratie participative ? »*, Presses universitaires de Rennes, 2008.

LE GOFF J., *« Du silence à la parole. Une histoire du droit du travail »*, Presses Universitaires de Rennes, 2004.

LOKIEC P., *« Contrat et pouvoir : essai sur les transformations du droit privé des rapports contractuels »*, L.G.D.J., 2004.

LOKIEC P., *« Droit du travail. Tome 1, Les relations individuelles de travail »*, Presses universitaires de France, 2011.

LUCHAIRE F., **CONAC G.**, « *La Constitution de la République française, Analyses et Commentaires »*, Economica, 2ème édition, 1979.

LYON-CAEN A. et **FABRE A.**, *« Le nouveau Code du travail »*, Dalloz 2008.

LYON-CAEN A., **LOKIEC P.**, *« Droits fondamentaux et droit social »*, Dalloz, 2005.

LYON-CAEN G., **PÉLISSIER J.**, **SUPIOT A.**, *« Droit du travail »*, Dalloz, 1998.

MARTY G., **RAYNAUD P.**, « *Les obligations : Les Sources* », Sirey, 1988, Tome 1.

MASSOT J., *« Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'outre-mer français du XVIIe siècle à 1962 »*, Dalloz, 2007.

MATHIEU J.-L., *« Les DOM-TOM »*, PUF, 1988.

MAYLIN M., **LAFFONT G.**, **ELONG-MBASSI J.-P.**, *« Indépendances africaines : le cinquantenaire »*, France, Gemenos : Les Portes du soleil, 2010.

MELIN-SOUCRAMANIEN F., *« Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil »*, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 29, octobre 2010.

MONTESQUIEU C.-L. S, *« De l'Esprit des lois »*, Garnier, 1973.

MOREAU M., *« La grève »*, Économica, 1998.

OMARJEE I., préface de **RODIERE P.** *« L'Outre-mer français et le droit social communautaire »*, L.G.D.J, 2000.

PACTET P. et **MÉLIN-SOUCRAMANIEN F.**, *« Droit constitutionnel »*, Sirey, 2011, 30ème édition.

PÉLISSIER J., **SUPIOT A.**, **JEAMMAUD A.**, *« Droit du travail »*, Dalloz, 23e édition.

RODIÈRE P., *« Droit social de l'Union européenne »*, LGDJ, DL 2008.

ROUSSEAU D., *« La question prioritaire de constitutionnalité »*, Gazette du Palais, Lextenso, 2010.

RUEDA F. (dir.), *« Qu'en est-il de la simplification du droit ? »* Actes du colloque des 26 et 27 novembre 2009, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, L.G.D.J., Coll. I.F.R. Mutations des Normes Juridiques, Toulouse, 2010, pp. 67-79.

SAINT-JUST, *« L'esprit de la Révolution »*, Union générale d'éditions, 1988.

TAUBIRA Ch., textes présentés par **CASTALDO A.**, *« Codes noirs »*, Dalloz, 2006.

TEYSSIÉ B., *« Droit européen du travail »*, Litec, 2010.

TEYSSIÉ B., *« Les notions fondamentales du droit du travail »*, Panthéon-Assas : LGDJ, 2009.

TUSSEAU G., *« Les contraintes intellectuelles de la construction des notions juridiques. L'exemple du concept de pouvoir chez Jeremy Bentham et John Austin »*, sous la direction de Tusseau G., Les notions juridiques, Paris, Economica, coll. « Etudes juridiques », Vol. 31, 2009, pp. 57-79.

II) OUVRAGES SPECIAUX, THÈSES

BASTOGI M., *« Du Gouvernement constitué – la représentation proportionnelle en Nouvelle-Calédonie et à Fidji »*, Thèse Droit public, Université Montpellier I, 2006.

BAUSINGER-GARNIER L., *« La loi du pays en Nouvelle-Calédonie. Véritable norme législative à caractère régional »*, l'Harmattan, 2001.

BLANDEL A. M., *« Le particularisme du régime législatif des territoires d'Outre-mer : contribution à l'étude du cas de la Nouvelle-Calédonie »*, Thèse Rennes, 1996.

DARESTE P., avec la collaboration de plusieurs Jurisconsultes préface de **MATTER M. P.**, *« Traité de droit colonial »*, [s.n.], 1931-1932.

DAUXERRE N., *« Le rôle de l'accord collectif dans la production de la norme sociale »*, 2004, thèse publiée, PU Aix-Marseille, 2005.

DURAND P. et **JAUSSAUD R.**, *« Traité de droit du travail »*, Dalloz, 1947.

ENDERS A., *« L'École Nationale de la France d'Outre-Mer et la formation des administrateurs coloniaux »*, Revue d'histoire moderne et contemporaine (1954), T. 40e, No. 2 (Avril - Juin 1993), pp. 272-288 ; Association des anciens élèves de l'Ecole nationale de la France d'Outre-mer (Paris), *« L'administrateur colonial cet inconnu : étude historique sociologique d'une promotion de l'École Nationale de la France d'outre-mer »*, Paris.

EL HANI J.-E., directrice de thèse **DIDIER B.,** *« L'idée de nation chez les orateurs de la Constituante »,* thèse de doctorat : Littérature française, Paris 8, 1999.

FROUIN J.-Y., directeur de thèse **TEYSSIÉ B.**, *« Une construction prétorienne du droit du travail : entre protection du salarié et intérêt de l'entreprise »*, Thèse de Doctorat, Droit privé, Paris 2, 2009.

Dr FURNIVALL L.S., *« Netherlands india, a study of plural economy »*, 1939 et *« Fabian colonial essays »*, p. 194.

GONIDEC P.-F., *« Cours de droit du travail africain et malgache »*, L.G.D.J, 1966.

KI-ZERBO J., *« Histoire de l'Afrique noire d'hier à demain »*, Hatier, 1978, p. 429.

LAFOND A., MICHOLLIN J., préface de **MONNERVILLE G.,** *« Code du travail de la France d'Outre-mer »*, LITEC, Ed. Techniques, 1954.

LAMPUÉ P., *« Les Relations d'ordre constitutionnel et administratif entre la métropole et les territoires d'Outre-mer »*, Larose, 1937.

LEFEBVRE M., sous la direction de **SUR S.**, *« Union européenne : la fédération d'Etats-nations entre préférences nationales, jeux de puissance et coopération institutionnelle »*, Thèse de doctorat, Science politique, Paris 2, 2012.

LINOTTE D., *« Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français »*, Thèse Bordeaux 1975 (dactyl.).

LUCHAIRE F., *« Le statut constitutionnel de la France d'outre-mer »*, Economica, 1992.

MITHOUARD Ph., *« Les relations individuelles de travail d'après le Code du travail des territoires de l'outre-mer »*, thèse dactylographiée, Paris, 1955.

PÉREZ J.-M., thèse sous la direction **TEYSSIÉ B.**, *« La construction du droit du travail en Polynésie-Française et en Nouvelle-Calédonie. Des principes fondateurs à l'élaboration d'un code des relations de travail »*, Thèse de doctorat : droit privé : Paris 2, 1996.

QUANTIN P., *« Les méandres d'un discours fleuve : le cas de la représentation de l'Afrique noire dans le discours de Charles de Gaulle »*, Centre d'étude d'Afrique noire, 1978.

RAU É. préface de **MAUNIER R.**, *« Institutions et coutumes canaques »*, Larose, 1944.

RENAUD S., directeur de thèse **OLIVIER J.-M**., *« Droit civil des contrats et droit du contrat de travail : Contribution à l'étude de la dérogation au droit commun »*, Thèse de Doctorat, Droit privé, Paris 2, 2007.

RIMBON-NGANGO R., thèse sous la direction du **Pr ZILLER J.**, *« Le régime juridique des DOM en droit français et en droit communautaire (1946-2006) »*, Thèse de doctorat : Droit public, Paris 1, 2006.

SCELLE G., *« Précis élémentaire de législation industrielle »*, Société anonyme du Recueil Sirey, 1927.

WANDJI KEMADJOU G., *« Droits et libertés fondamentaux du salarié : réflexion sur la hiérarchie des normes »*, Thèse de Doctorat : Droit privé Paris 2, 2007.

WEBERT F., *« Unité de l'Etat et diversité régionale en droit constitutionnel français »*, Thèse, Nancy II, 1997.

III) ARTICLES

BARRIERE L., *« Nationalité-Naturalisation. Nationalité française dans l'outre-mer. Conséquences de la décolonisation en droit français de la nationalité »*, J. Cl. Civil, ap. art. 7-21, fasc. B-10.

BÉLIER G., **LEGRAND H.-J.**, *« La négociation collective en entreprise : nouveaux acteurs, nouveaux accords »*, Liaisons, 2011.

BORELLA F., *« Le fédéralisme dans la Constitution du 4 octobre 1958 (titre XII et XIII) »*, AFDI, 1958, p.660.

BORENFREUND G., SOURIAC M.-A., *« Les rapports entre la loi et la négociation collective : une mise en perspective »*, Droit social, n°1, Janvier 2003, pp.72-86.

BRETHE DE LA GRESSAYE, *« Le Code du travail des territoires d'Outre-mer, Droit Social »*, 1952, p. 334.

CHEVALLIER J., *« L'intérêt général dans l'Administration française »*, RISA, 1975, p. 327.

CLINCHAMPS N., *« Les collectivités d'outre-mer et la Nouvelle-mer et la Nouvelle-Calédonie : le fédéralisme en question »*, Pouvoirs, n° 113, 2005, p. 73 à 93.

DOUMENGE J.-P., *« Le particularisme de la nouvelle-Calédonie »*, Hermès, n°32-33, 2002, pp. 551-558.

FABERON J.-Y., *« La France et son outre-mer : un même droit ou un droit différent ? »*, Pouvoirs n° 113, 2005, pp. 5-21.

FRAISSE R., *« La hiérarchie des normes applicables en Nouvelle-Calédonie »*, RFDA 2000, p. 77.

GAMET L., *« La compétence du juge français en matière de contrat de travail international »*, Semaine Sociale Lamy, 30 août 2010, n° 1456, p. 6.

GARRIDO GOMEZ M.-I., « *Considérations générales sur la problématique conceptuelle et fondatrice des droits fondamentaux* », Les Annales de droit, 2010, pp. 141-159.

GOESEL-LE BIHAN V., *« La Nouvelle-Calédonie et l'accord de Nouméa, un processus inédit de décolonisation »*, AFDI 1988, p. 24.

GOY R., *« Les peuples autochtones : nouveaux sujets de droit »*, Les Annales de droit, 2010 pp. 161-192.

HALPÉRIN J.-L, *« L'approche historique et la problématique du jus commune »* RIDC, 2000, p. 717.

JEAMMEAUD A., *« Du principe d'égalité de traitement des salariés »*, Droit social 2004, pp. 694-702.

JEAMMEAUD A., *« Les principes dans le droit français du travail »*, Droit social 1982, pp. 618-629.

KIRSCH M., *« Territoire d'outre-mer (Nouvelle-Calédonie) »*, J.-Cl. (travail), 1989.

La légistique ou l'art de rédiger le droit, CJFI, juin 2008, La Documentation française.

LAMPUÉ P., *La Promulgation des lois et des décrets dans les territoires d'Outre-Mer*, Guillemot et de Lamothe, 1956, p. 21.

LENHARDT M., *« Les évènements de 1917 en Nouvelle-Calédonie : géographie des tribus et des chefs »*, Article du Journal de la Société des océanistes, tome XXXIV, 58-59, mars-juin 1978, p. 19-22 et 37-42.

LUCHAIRE F., « *Application de la loi outre-mer, principes généraux »*, J.-Cl. Civ, fasc. 1, 1989.

MARTINON A., *« Le contrat de travail : laboratoire d'un droit commun des contrats spéciaux ? »*, Petites Affiches n°1456, 28 novembre 2012, p.16.

MICLOS F., *« Application de la loi outre-mer, territoire d'outre-mer »*, J-CL. Civ., fasc. 3 1986.

PAVIA M.-L., *« Le référendum du 6 novembre 1988 »*, RDP 1989, pp.1697-1734.

TUSSEAU G., *« La théorie des normes de compétence d'Alf Ross »***,** Les Annales du droit, 2010, pp. 301-329.

VER C., *« Les relations internationales de la Nouvelle-Calédonie »* Revue juridique politique et économique de la Nouvelle-Calédonie, n°3, 2004, pp. 10-14.

VERDIER J.-M. et **LANGLOIS Ph.**, *« Aux confins de la théorie des sources du droit: une nouvelle relation entre la loi et l'accord collectif de travail »*, D. 1972, p. 258.

WARSMAN J.-L., *« Simplifions nos lois pour guérir un mal français »*, La documentation française, Paris, 2009.

WAQUET P., *« Le principe d'égalité en droit du travail »*, Dr. soc. 2003, p. 276.

ZILLER J., *« Champ d'application du droit communautaire* », jurisclasseur Europe fasc. 470, n°57 quater 1994.

IV) DOCUMENTS ET RAPPORTS OFFICIELS

BUSSEREAU D., DOSIÈRE R., Rapport d'information sur la mise en place des institutions de la Nouvelle-Calédonie, Assemblée nationale, 2001.

Code du travail de la Nouvelle-Calédonie, Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, 2008.

Code du travail de la Nouvelle-Calédonie, Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, 2012.

Direction du travail de la Nouvelle-Calédonie, Mémento du droit du travail, territoire de la Nouvelle-Calédonie, mars 1994.

Direction du travail de la Nouvelle-Calédonie, Mémento du droit du travail, territoire de la Nouvelle-Calédonie, 1994.

Direction du travail de la Nouvelle-Calédonie, recueil des textes relatifs au droit du travail en Nouvelle-Calédonie, mars 1994.

Institut de la Statistique et des Etudes Economique, Institut de Développement des Compétences, rapport annuel 2010.

Les Cahiers de l'ORIHS, *Organisations régionales dans l'hémisphère sud et relations avec les puissances extérieures*, Observatoire des Relations internationales dans l'Hémisphère Sud (ORIHS), n° 6, 2001.

Sécurité juridique et complexité du droit - Rapport public du Conseil d'État, 2006.

ANI de retraite complémentaire du 8 décembre 1961, ANI du 5 octobre 2009 relatif à l'accès des salariés à la formation professionnelle tout au long de la vie professionnelle.

INDEX

Les chiffres renvoient aux numéros de page.

A

Accords de Matignon *20, 21, 24, 25, 32*
Accord de Nouméa . *14, 15, 24, 25, 26, 28, 29, 32, 33, 37, 132, 257, 283, 284, 287, 288,*
Agents contractuels 401
Article 74 de la Constitution... 18, 31, 34, 54, 55, 56, 57, 59, 101, 123, 139, 142, 143, 172, 173, 174, 317, 318, 320
Assemblées territoriales 51, 56, 57, 67
Autochtones 2, 16, 17, 18, 38, 42, 43, 44, 47, 60, 61, 63, 64, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 249, 261, 348, 349, 379
Autodétermination *2, 20, 21, 24, 25, 26, 28, 36, 170, 176, 237, 238, 284, 300, 389, 410, 411*
Autonomiste ... *19, 20, 163, 164, 171, 179, 228, 229, 231, 236, 238, 239, 268, 291, 296, 297, 305*

B

Bloc de constitutionnalité 286, 287

C

Caldoche 61
Chef de territoire... 19, 94, 128, 138, 145, 151, 152, 154
Citoyens .. *2, 17, 18, 20, 28, 29, 32, 38, 52, 65, 67, 69, 70, 78, 81, 84, 97, 99, 104, 107, 122, 163, 228, 247, 248, 391, 395, 411*
Code du travail 43, 44, 51, 52, 53, 58, 59, 60, 61, 62, 65, 67, 68, 69, 72, 74, 75, 76, 77, 78, 86, 87, 91, 92, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 100, 102, 103, 104, 106, 107, 418, 419, 420, 422
Code du travail de l'Outre-mer 43, 62, 86, 87, 94, 95, 96, 107, 109, 111, 112, 113, 114, 119, 123, 127, 178, 192, 306, 354, 360
Codification 76, 107, 272, 273, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 345, 347, 361, 362, 365, 414
Colonisation 15, 17, 18, 54, 99, 100, 158, 163, 169, 237, 249, 352, 354, 399
COM *9, 13, 22, 51, 54, 55, 56, 58, 60, 139, 320*
Comité de rédaction du Code du travail 337
Commission consultative du travail 91, 94, 126, 131, 137, 147, 150, 151, 153, 195, 196, 197
Commission paritaire de l'emploi 397
Compétence d'exception.... 49, 172, 201, 213, 221, 267, 268
Compétence de droit commun 22, 49, 141, 144, 172, 174, 201, 203, 204, 208, 213, 221, 259, 331
Compétences exclusives 32, 245, 246
Compétences régaliennes.. 2, 3, 5, 24, 26, 253, 255, 276, 284, 311, 410
Congrès *22, 23, 26, 179, 180, 181, 182, 183, 186, 187, 364, 370, 378, 411*
Conjoint 390
Conseil constitutionnel 13, 47, 55, 56, 67, 120, 123, 390, 392, 394, 396, 397, 398, 402, 403, 415, 416
Contrôle de constitutionnalité .. 232, 285, 286, 288, 289, 291, 304, 313
Coutume 33, 63, 64, 164, 261, 262, 266, 415

D

Décolonisation 21, 22, 24, 27, 28, 29, 32, 33, 34, 35, 37, 97, 116, 118, 249, 250, 252, 253, 255, 256, 347, 352, 420
Délibération 343
Destin commun 249, 265, 349
Discrimination directe 69, 79, 82
Discriminations positives 168
Droit coutumier 24, 46, 259, 261, 262, 263, 264, 289, 299, 355, 356, 357, 359
Droit local 2, 3, 20, 30, 31, 32, 37, 38, 39, 40, 42, 43, 44, 59, 66, 69, 77, 93, 97, 104, 105, 106, 110, 112, 298, 299, 302, 306, 308, 327, 329, 334, 337, 339, 343, 344, 345, 362
Droit mixte 95, 97, 105, 107, 111, 355
Droits fondamentaux .. 17, 37, 38, 42, 44, 63, 64, 65, 66, 403, 412
DROM *9, 13, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 58, 60, 136, 139, 316, 379*

E

Égalité 38, 43, 49, 64, 65, 66, 67, 68, 70, 72, 76, 77, 78, 79, 80, 81, 87, 92, 97, 99, 100, 103, 107, 109, 111, 421
Émancipation .. *2, 3, 13, 14, 20, 21, 22, 23, 24, 27, 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 37, 38, 43, 67, 69, 78, 87, 95, 410, 411, 412*
Emploi local ... *28, 29, 242, 258, 288, 291, 320, 347, 351, 352, 378, 379, 380, 381, 383, 386, 387, 388, 389, 391, 393, 394, 395, 397, 398, 403*
Entité sui generis... *2, 15, 20, 21, 22, 24, 35, 36, 159, 181, 243, 244, 245, 251, 254, 276, 284, 287, 308, 327, 328, 329, 331, 343, 360, 382, 397, 411*
État..... *2, 14, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 29, 31, 378, 379, 391, 401, 402, 410, 411, 415*

G

Gouverneur . *16, 17, 19, 38, 42, 43, 44, 70, 71, 72, 73, 74, 115, 121, 149, 152, 223, 240, 306, 399*

H

Harmonisation 76, 97, 104, 105, 134, 135, 187
Hiérarchie des normes 331

I

Identité législative 45, 46, 47, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 57, 58, 59, 60, 134, 139, 145, 152, 226, 247
Indépendance *2, 3, 5, 13, 18, 19, 20, 25, 29, 30, 31, 32, 37, 48, 96, 113, 118, 140, 141, 156, 159, 160, 161, 378, 393, 398, 403, 405, 408, 409, 412*

Insécurité juridique *20, 27, 35, 57, 58, 68, 131, 200, 212, 231, 232, 234, 235, 236, 269, 283, 302, 308, 309, 312, 329, 333, 337, 357*

J

Jus commune..... 2, 47, 51, 56, 58, 59, 63, 64, 65, 66, 67, 68, 94, 96, 97, 98, 99, 100, 103, 105, 106, 107, 364, 377, 405
Jus proprium..... 2, 47, 49, 52, 57, 58, 59, 63, 66, 67, 68, 76, 81, 98, 102, 107, 112, 113, 115, 120, 124, 129, 339, 342, 343, 345, 361, 363, 377

K

Kanaks.....18, 19, 46, 61, 84, 122, 132, 143, 161, 168, 176, 177, 193

L

Législateur métropolitain.. 44, 45, 52, 53, 54, 58, 65, 66, 67, 69, 74, 85, 86, 89, 90, 92, 93, 95, 98, 100, 106, 344, 348, 349, 383, 384, 400
Licenciement.....72, 77, 146, 188, 189, 196, 210, 214, 220, 221, 222, 224, 225, 234, 366, 367, 370, 372, 373, 394
Loi Fondamentale.....55, 79, 80, 81, 82, 122, 142, 168, 173, 203, 205, 232, 262, 285, 286, 304, 319, 322, 390, 410
Loi organique.... *22, 23, 24, 28, 29, 32, 35, 36, 55, 56, 58, 167, 173, 174, 245, 248, 250, 251, 252, 253, 254, 256, 258, 259, 261, 262, 265, 266, 271, 272, 283, 392, 396, 403*

N

Nation 353

O

OIT 74, 75, 85, 86, 311, 313, 321
Ordonnance 20, 36, 39, 43, 116, 118, 119, 121, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 133, 135, 206, 208, 209, 210, 212, 214, 219, 228, 236, 248, 257, 258, 281, 309, 334, 341, 393
Organisation Internationale du Travail 74, 311

P

Partenaires sociaux 37, 53, 54, 58, 62, 104, 119, 120, 125, 126, 127, 133, 137, 146, 151, 152, 153, 190, 191, 264, 271, 274, 275, 276, 279, 281, 282, 283, 293, 331, 335, 408, 410, 411
Pouvoir constituant.....18, 23, 45, 48, 49, 50, 52, 54, 55, 57, 64, 67, 68, 79, 80, 100, 102, 120, 122, 161, 205, 234, 246, 250, 251, 253, 255, 265, 266, 272, 292, 304, 336
Principe de faveur..... 110, 111, 143
Principes directeurs du droit du travail. 11, 39, 152, 160, 166, 172, 173, 179, 181, 186, 199, 200, 201, 202, , 342, 344, 408
Pseudo-fédéral 250

R

Recours pour excès de pouvoir 88, 153
Référendum .. *2, 21, 24, 25, 26, 28, 32, 36, 170, 214, 245, 253, 284, 326, 377, 392, 393, 410, 411, 421*
Révision constitutionnelle .. 46, 49, 50, 51, 56, 265, 268, 270, 271, 290, 292, 299, 301, 304, 307, 330, 336

S

Salarié 29, 34, 40, 41, 45, 47, 60, 68, 69, 74, 81, 84, 90, 92, 95, 110, 111, 112, 116, 125, 129, 133, 143, 376, 381, 387, 391, 394, 399, 404, 418, 419
Sénat coutumier..... *23, 261, 266, 289, 293, 350*
Société des Nations 73, 74
Souveraineté *16, 22, 25, 29, 32, 33, 36, 37, 75, 92, 112, 163, 179, 180, 236, 240, 243, 244, 247, 248, 249, 392, 397, 402, 415*
Statut . *3, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 26, 35, 38, 45, 48, 54, 55, 66, 70, 76, 81, 82, 90, 98, 102, 109, 110, 115, 404, 409, 410, 419*
Subordination juridique 33, 40, 60, 62, 110, 300, 327, 354, 355, 357, 358, 363, 364, 405, 409
Summa divisio 2, 3, 5, 43, 57, 59, 62, 64, 67, 68, 69, 99, 284, 308, 309, 310, 316, 337, 338, 339, 408
Syndicats 62, 94, 106, 116, 192, 193, 194, 281

T

TOM..... *19, 20, 22, 44, 45, 51, 53, 55, 56, 59, 60, 62, 65, 66, 69, 74, 75, 76, 77, 78, 80, 86, 87, 88, 89, 91, 96, 97, 180, 208, 316, 320, 414, 416*
Traités..... 182, 308, 311, 312, 313, 314, 316, 318, 321, 340
Transfert.... *2, 3, 23, 24, 26, 29, 32, 36, 37, 174, 237, 244, 245, 246, 247, 248, 252, 253, 254, 255, 256, 258, 260, 261, 284, 302, 308, 318, 321, 322, 349, 355, 377, 410, 411*
Travail forcé 71, 77, 82, 83, 84, 85, 86, 103
Tribunal du travail... 119, 120, 121, 127, 128, 129, 152, 181, 209, 210, 218, 219, 226, 231, 263, 297, 300, 339, 356, 357, 401

U

Unification 97, 105, 106, 145
Uniformisation..... 52

TABLE DES MATIERES

SOMMAIRE **11**

INTRODUCTION **13**

I) LA NOUVELLE-CALÉDONIE, INCERTITUDES STATUTAIRES **15**

A) La Nouvelle-Calédonie, un territoire sous statut **15**

1) La primauté du pouvoir métropolitain 15

2) Instabilité statutaire 18

B) La Nouvelle-Calédonie, une entité sui generis **21**

1) Les Accords de Matignon et de Nouméa 21

2) Les incertitudes institutionnelles 25

II) La polysémie de l'émancipation **28**

A) Les enjeux de l'émancipation **28**

B) Le dualisme de l'émancipation **29**

1) L'autonomie et la notion du droit local du travail 30

2) L'indépendance et la notion du droit du travail calédonien 32

C) La construction d'un nouveau droit du travail **32**

III) Annonce de plan **36**

PARTIE I) L'AUTONOMIE DU DROIT DU TRAVAIL **38**

Titre I) UN DROIT LOCAL SOUS TUTELLE **40**

CHAPITRE 1 : LA TUTELLE DU GOUVERNEUR ET DU POUVOIR LEGISLATIF 43

SECTION 1: LE REGIME LEGISLATIF CALEDONIEN 44

PARAGRAPHE 1 : UNE DEROGATION PARTIELLE A L'ARTICLE 34 DE LA CONSTITUTION 45

A) Un régime législatif spécifique 45

1) Le principe d'identité législative 46

2) Le principe de spécialité législative 54

a) Son objet 54

b) Son application 57

B) La reconnaissance d'un droit local du travail 59

1) Le Jus Commune, compétence exclusive de l'État 59

2) Le Jus proprium, compétence exclusive du Territoire 66

PARAGRAPHE 2 : UNE CONCEPTION DUALISTE DU SALARIE 69

A) La conception Métropolitaine 69

1) *Exclusion des travailleurs autochtones du droit du travail métropolitain* 69

2) Une Application exclusive aux salariés nationaux 72

B) La conception Territoriale 73

SECTION 2 : LA PREEMINENCE DU POUVOIR LEGISLATIF 76

PARAGRAPHE 1 : UN DROIT DU TRAVAIL PROGRESSISTE 77

A) Respect des droits fondamentaux 77

1) Suppression de la discrimination salariale 77

2) *Suppression du travail forcé* 82

B) L'encadrement de l'autonomie du Gouverneur 87

1) L'encadrement par le pouvoir législatif 87

2) L'encadrement par le pouvoir exécutif 91

3) *L'encadrement par les organismes de contrôle* 93

a) Les organismes consultatifs 93

b) L'inspection du travail de l'outre-mer 96

PARAGRAPHE 2 : UN CODE DU TRAVAIL DE COMPROMIS 97

A) Les thèses en présence 97
1) La thèse pour un Jus commune universaliste 97
2) La thèse du particularisme juridique 101
3) L' harmonisation du droit social 104
B) Application d'un droit du travail mixte 106
CHAPITRE 2 : LES LIMITES DE LA TUTELLE 116
SECTION 1 : UNE TUTELLE DE TRANSITION 116
PARAGRAPHE 1 : L'ABROGATION PARTIELLE DU CODE DU TRAVAIL DE 1952 117
A) Les motifs de l'abrogation 117
B) Les éléments conservés 118
PARAGRAPHE 2 : UN TEXTE DE TRANSITION 123
A) Le contenu de la loi de 1982 123
1) Les relations individuelles 124
a) La période d'essai 124
b) Le salaire 125
c) Le Tribunal du travail 127
2) Les relations collectives 129
B) Les critiques de l'ordonnance de 1982 130
SECTION 2 : UNE EXTENSION DU DROIT DU TRAVAIL METROPOLITAIN 133
PARAGRAPHE 1) LES RAISONS 134
A) Une application du principe d'identité législative 134
B) Un choix contestable 139
1) Contrariété à l'alinéa 18 du préambule de la Constitution de 1958 139
2) Contrariété à l'article 7 de la loi du 28 décembre 1976 144
PARAGRAPHE 2) LES EFFETS 145
A) Renforcement des prérogatives du Chef du territoire 146
B) La nature juridique du pouvoir du Chef du territoire et ses attributions 149
1) Ses attributions 149
2) La nature juridique de son pouvoir 152
CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : 156
CONCLUSION DU TITRE 1 : 158
TITRE 2 : L'ordonnance du 13 novembre 1985, les prémices d'une autonomie 159
CHAPITRE 1 : L'APPARITION D'UN JUS PROPRIUM DANS LE DROIT LOCAL 161
SECTION 1 : La portée de l'Ordonnance du 13 novembre 1985 161
PARAGRAPHE 1 : LA LOI DU 6 SEPTEMBRE 1984 162
A) Les objectifs politiques 162
B) Sa portée juridique 169
1) Le fondement de la summa divisio du droit du travail 170
2) Une prééminence du Préambule et de l'article 74 de la constitution 173
C) Sa portée économique 175
PARAGRAPHE 2 : L'ORDONNANCE DE 1985, FONDEMENT D'UN JUS PROPRIUM 177
A) Création d'une autonomie locale 177
B) Irréversibilité de l'autonomie locale 178
SECTION 2 : L'extension des pouvoirs des autorités locales 179
PARAGRAPHE 1) LES POUVOIRS DU CONGRES 180
A) Le champ d'application de l'ordonnance du 13 novembre 1985 180
1) Une compétence élargie en droit du travail 180
2) Le champ d'application géographique 182
3) Le champ d'application personnel 183
B) Les attributions de l'Assemblée territoriale 186
1) Les relations individuelles 186
a) Le contrat à durée indéterminée 186
b) Le contrat à durée déterminée 189
c) La durée du travail 191
2) Les relations collectives 192
a) La liberté syndicale 192

b) La représentativité syndicale. 193
PARAGRAPHE 2 : LES ATTRIBUTIONS DU POUVOIR EXECUTIF CALEDONIEN 194
A) Le champ d'application matériel 194
B) Le champ d'application territorial et personae 197
1) Le champ d'application territorial 197
2) Le champ d'application personae 198

CONCLUSION DU CHAPITRE 1er : 199
CHAPITRE 2 : Les limites du jus proprium 200
SECTION 1 : Les principes directeurs du droit du travail 200
PARAGRAPHE 1: LA CONCEPTION NATIONALE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DU TRAVAIL 201
A) Sa définition 202
B) Sa fonction 207
1) Répartition des compétences entre le Jus commune et le Jus proprium 207
2) Protection des droits fondamentaux des salariés 208
PARAGRAPHE 2: LA CONCEPTION LOCALE DES PRINCIPES DIRECTEURS DU DROIT DU TRAVAIL 211
A) Un droit de transposition ou un pouvoir réglementaire ? 212
B) La marge d'appréciation des autorités locales 216
SECTION 2 : LES INTERPRETATIONS JURISPRUDENTIELLES 218
PARAGRAPHE 1 : L'INTERPRÉTATION DE L'ORDRE JUDICIAIRE 218
A) La position des juges du fond 218
1) La position du Tribunal du travail 219
2) La position de la juridiction du second degré. 221
B) La position de la cour de cassation 223
PARAGRAPHE 2 : LA COMPLEXITE DU DROIT LOCAL DU TRAVAIL 226
A) Incertitudes dans la répartition des compétences 227
1) Logique autonomiste, indépendantiste et assimilationniste 229
2) Les sources multiples du droit local du travail 230
B) Le processus d'émancipation: un motif d'intérêt général. 231

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 239

CONCLUSION PARTIE I 240

PARTIE II : L' INDÉPENDANCE DU DROIT DU TRAVAIL 242
Titre 1) L'ACCORD DE NOUMEA 244
CHAPITRE 1 : LE TRANSFERT IRREVERSIBLE DES COMPETENCES 245
SECTION 1 : LES ENJEUX DE LA LOI ORGANIQUE DU 19 MARS 1999 245
PARAGRAPHE 1 : LE DROIT DU TRAVAIL, UNE COMPÉTENCE EXCLUSIVE 246
A) Le transfert de compétences exclusives 246
1) Sa définition 247
2) Sa répartition et son champ d'application temporel 252
B) Le transfert irréversible du droit du travail. 254
PARAGRAPHE 2 : L'ARTICLE 22 § 2 DE LA LOI ORGANIQUE DE 1999 257
A) Son champ d'application matériel 257
B) Son champ d'application rationae loci 258
C) Son champ d'application rationae personae 261
SECTION 2) LES NOUVEAUX ACTEURS 264
PARAGRAPHE 1: LE CONGRÈS 265
A) Une compétence exclusive dans la détermination des principes fondamentaux 265
1) Les enjeux de l'article 99 de la Loi organique de 1999 265
2) Les enjeux des Lois du pays 268
B) La notion des principes fondamentaux 269
PARAGRAPHE 2: LE POUVOIR EXÉCUTIF ET LES PARTENAIRES SOCIAUX 271
A) La nature de sa compétence 271
B) La mission des partenaires sociaux 274

1) Le pacte social du 20 octobre 2000 274
a) Son contenu et ses objectifs 274
b) Sa portée juridique 277
c) Bilan du pacte social 278
2) L'Accord Interprofessionnel Territorial de 1984 280

CONCLUSION DU CHAPITRE 1er 283
CHAPITRE 2) LES LIMITES DE L'INDEPENDANCE 284
SECTION 1: LE RESPECT DES NORMES INTERNES 284
PARAGRAPHE 1 : LES LIMITES CONSTITUTIONNELLES 285
A) La Loi Fondamentale 285
1) Le bloc de constitutionnalité calédonien 285
2) Un bloc de constitutionnalité original 287
B) Le contrôle de constitutionalité Calédonien 288
1) Un contrôle a priori 288
2) Le contrôle a posteriori : la question prioritaire de constitutionnalité 292
PARAGRAPHE 2 : Les limites juridictionnelles 294
A) Le contrôle juridictionnel de la Cour de cassation et des juges du fond 295
1) La dualité jurisprudentielle des juridictions du fond 295
2) La dualité jurisprudentielle de la Cour de cassation 297
B) L'étendue du contrôle du Conseil d'État 302
1) Le contrôle avant la Loi organique du 19 mars 1999 302
2) Le contrôle après la Loi organique du 19 mars 1999 303
SECTION 2: LE RESPECT DES NORMES INTERNATIONALES ET COMMUNAUTAIRES 307
PARAGRAPHE 1: LA SOUMISSION AUX NORMES INTERNATIONALES 308
A) Les textes 308
B) Le rôle des organes constitutionnels et juridictionnels 312
1) Absence d'un contrôle a priori 312
2) Le contrôle a posteriori 314
PARAGRAPHE 2: INAPPLICABILITE DU DROIT SOCIAL COMMUNAUTAIRE 315
A) Les raisons 315
B) Les limites 319
1) L' influence indirecte des principes fondamentaux du droit du travail communautaire 319
a) Le principe d'égalité professionnelle 319
b) Le transfert d'entreprise 321
2) Un pouvoir facultatif de transposition 324

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : 326

CONCLUSION DU TITRE 1 : 327
TITRE 2 : LE CODE DU TRAVAIL CALEDONIEN, FONDEMENT DE L'INDÉPENDANCE 328
Chapitre 1) UN CODE DU TRAVAIL EN PERIODE DE TRANSITION 328
SECTION 1) UNE CODIFICATION D'INSPIRATION MÉTROPOLITAINE 329
PARAGRAPHE 1: UNE CODIFICATION À DROIT CONSTANT 329
A) Accessibsilité et intelligibilité du droit du travail 330
B) Une codification exprimant la souveraineté calédonienne. 336
PARAGRAPHE 2: LES SOURCES DU CODE DU TRAVAIL 339
A) L'ordonnance du 13 novembre 1985 339
B) Les délibérations du Congrès 342
C) Les nouveaux articles du code du travail 345
SECTION 2) UN TEXTE FONDATEUR DANS LA CONSTRUCTION DE LA CITOYENNETE CALEDONIENNE 347
PARAGRAPHE 1: L'APPLICATION DU PRINCIPE D'EGALITE 348
A) Sa définition 348
B) Son objet 353

PARAGRAPHE 2 : L'ARRÊT DU 10 FÉVRIER 2010 : UNE CONFIRMATION DE L'UNITÉ DU SALARIÉ..... 355
A) Exclusion du statut civil coutumier 355
B) Confirmation du caractère singulier du Code du travail 358

CONCLUSION DU CHAPITRE 1er 361

Chapitre 2 : L'APPORT DES PRINCIPES FONDAMENTAUX METROPOLITAINS 362
SECTION 1 : UN DROIT DU TRAVAIL D'INSPIRATION METROPOLITAINE 362
PARAGRAPHE 1) LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX 363
A) Des droits fondamentaux d'inspiration métropolitaine 363
B) Exemples des droits fondamentaux 365
PARAGRAPHE 2) UNE CONCEPTION INSTITUTIONNELLE DE L'ENTREPRISE 368
A) Le principe 369
1) La stabilité du contrat de travail 371
2) Le pouvoir exécutif et la résolution des conflits collectifs 373
B) Les exceptions : le CDD 375
SECTION 2 : LES LIMITES DE LA CONVERGENCE 377
PARAGRAPHE 1) LA LOI DU PAYS DU 27 JUILLET 2010 378
A) La priorité d'emploi aux citoyens calédoniens 378
1) Champ d'application matériel et personnel de la loi 379
a) Son Champ d'application matériel 379
b) Champ d'application personnel et géographique de la loi 382
2) La portée de la décision du 15 mars 1999 386
B) Critiques de la loi du 27 juillet 2010 390
1) Une dérogation injustifiée à la Loi Fondamentale 390
2) Un danger pour le développement du territoire 394
3) Les incertitudes juridiques 396
PARAGRAPHE 2) LES CONTRATS DE TRAVAIL ATYPIQUES 399
A) *Le statut des agents contractuels* 399
B) Le statut des salariés effectuant une prestation de service international 404

CONCLUSION DU CHAPITRE 2 : 406

CONCLUSION PARTIE 2 : 407

CONCLUSION GENERALE : 408

BIBLIOGRAPHIE 413

INDEX 423

TABLE DES MATIERES 426