



HAL
open science

La nécessaire évolution des concepts juridiques pour une protection réaliste de la biodiversité en Nouvelle-Calédonie

Carine David

► **To cite this version:**

Carine David. La nécessaire évolution des concepts juridiques pour une protection réaliste de la biodiversité en Nouvelle-Calédonie. *Ethnopharmacologia*, 2010. hal-02116973

HAL Id: hal-02116973

<https://hal.science/hal-02116973v1>

Submitted on 1 May 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La nécessaire évolution des concepts juridiques pour une protection réaliste de la biodiversité en Nouvelle-Calédonie

L'exemple de la gestion de la biodiversité sur domaine des collectivités publiques

Carine DAVID, Maître de conférences en droit public
Université de la Nouvelle-Calédonie – LARJE
BP R4 – 98851 Nouméa cedex
carine.david@univ-nc.nc

Mots clés : trust public, biens communs, protection juridique, réglementation, biodiversité

Résumé : Afin de garantir une protection optimale des ressources naturelles et plus particulièrement des plantes, une évolution conceptuelle du droit calédonien paraît nécessaire. A cet égard, l'autonomie normative dont jouit la Nouvelle-Calédonie permet une grande créativité. Ainsi, il est possible d'envisager la mise en place concepts juridiques qui n'existe pas forcément dans le droit métropolitain. Dans ce cadre particulier, il est intéressant d'analyser la possibilité de mettre en place dans le droit calédonien des concepts tels que le « public trust » anglo-saxon ou encore de faire évoluer la notion de « biens communs ». Ces concepts juridiques permettent une appréhension réaliste de la gestion des ressources naturelles, favorisant leur protection tout en tenant compte des paramètres économiques.

Introduction :

Nous partirons d'un constat : malgré les efforts réalisés ces dernières années, la réglementation actuellement en vigueur en Nouvelle-Calédonie ne permet pas d'optimiser la protection de la biodiversité, soit du fait de l'absence de règles, soit du fait de leur inadaptation aux contraintes existantes.

Faute de temps, nous ne pouvons pas évoquer tous les aspects de cette problématique. J'ai donc choisi de m'intéresser plus particulièrement à l'un d'entre eux : la gestion de la biodiversité sur le domaine des collectivités publiques. En effet, celle-ci semble intéressante à plusieurs égards :

1. Son étendue géographique lui confère un impact significatif en termes de préservation de l'environnement (particulièrement, même si ce n'est pas le propos ici, sur le domaine public maritime) ;
2. Elle permet de mettre en exergue la nécessaire exemplarité des autorités publiques en ce domaine ;
3. Comme beaucoup d'autres domaines, les règles de gestion du domaine public sont un décalque plus ou moins aménagé des réglementations métropolitaines, dont la Nouvelle-Calédonie a du mal à se démarquer ;
4. Et cela découle en partie du point précédent, les règles de gestion du domaine public sont symptomatiques de l'inadaptation de règles séculaires à la réalité moderne. La situation des forêts domaniales est particulièrement révélatrice à cet égard. Classées dans le domaine privé des personnes publiques, elles sont

soumises à un régime juridique très peu protecteur alors qu'elles regorgent de biodiversité.

Il faut en effet savoir que le patrimoine des personnes publiques est divisé en deux domaines : le domaine public et le domaine privé. Le domaine public, composé du domaine naturel (domaine public maritime, domaine public fluvial et domaine public aérien) et d'un domaine public artificiel (réserves par exemple), est soumis à un régime de droit public très protecteur (imprescriptibilité et inaliénabilité) alors que le domaine privé est soumis à un régime proche du droit privé, donc beaucoup moins favorable.¹

Ainsi, s'agissant des forêts, le Conseil d'Etat, se fondant sur des considérations économiques (la forêt étant considérée comme une richesse économique procurant des revenus à la personne publique) a décidé que celles-ci font partie du domaine privé. Cette règle est désormais codifiée à l'article L. 3211-5 du Code général de la propriété des personnes publiques. A l'heure de la Charte constitutionnelle de l'environnement, du réchauffement climatique et de toutes les préoccupations environnementales, le maintien d'une telle solution paraît incongru².

Cet état du droit a pour résultat qu'une plante située dans une réserve naturelle ou sur un terrain affecté à l'usage du public ou à un service public sera très protégée alors que si elle se trouve dans une forêt domaniale, elle le sera beaucoup moins. Le régime juridique des espèces naturelles situées sur le domaine des personnes publiques varie en effet en fonction de critères qui leur sont complètement extérieurs.

Dans ce cadre, l'inadaptation du cadre juridique se fait doublement sentir :

1. La logique économique impose une flexibilité que les règles domaniales ne permettent pas, notamment du fait des sacro-saints principes d'inaliénabilité du domaine public et de distinction entre domaine public et domaine privé des personnes publiques³ ;
2. Dans le même temps, les contraintes inhérentes à la préservation de l'environnement et la prise en compte de l'opinion publique dans la gestion domaniale sont souvent mal, voire pas du tout appréhendées.

Il convient donc de renouveler l'appréhension du droit de la domanialité publique⁴ pour l'adapter aux contraintes du développement durable.

La question qui se pose donc est la suivante : vers quelle conception pourrait se tourner la Nouvelle-Calédonie pour adopter une législation compatible avec une politique de développement durable, c'est-à-dire permettant à la fois une protection optimisée de l'environnement, mais également un développement économique encadré et un respect des modes de vie coutumiers ?

¹ Sur cette question, voir notamment O. De David-Beauregard-Berthier, La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé, Thèse, Aix-Marseille 3, 1994.

² Dans le sens d'une insertion des forêts dans le domaine public des personnes publiques : J. Morand-Deville, Cours de droit administratif des biens, op. cit., p. 57-58.

³ De manière générale sur cette question, v. D. Bailleul, Le droit administratif en question : de l'intérêt général à l'intérêt économique général, JCP A n° 13 du 29 mars 2005, p. 1147.

⁴ De façon plus générale sur cette question, C. David, « Pour une approche renouvelée du droit français de la domanialité publique », Les Petites Affiches, 17 août 2007, n° 165, p. 3.

Un détour par le droit comparé mais également par des propositions doctrinales non retenues jusque là en droit français paraissent intéressantes. Il en ressort deux concepts particulièrement intéressants : celui de trust, et notamment le concept de "*public trust*", développé par la doctrine anglo-saxonne⁵ et la théorie de l'échelle de la domanialité créée par Léon Duguit et perfectionnée par le Doyen Auby⁶. Toutes deux paraissent en effet résoudre nombre de difficultés que les règles actuelles engendrent.

A cet égard, la Nouvelle-Calédonie constitue un fabuleux cadre expérimental dans la mesure où la matière relevant du niveau législatif⁷, les seules contraintes pesant sur le législateur local sont les règles constitutionnelles, lesquelles sont en la matière peu nombreuses.

1. L'échelle de domanialité

Un premier concept intéressant est donc celui de l'échelle de la domanialité. Cette théorie part du constat que le régime juridique des dépendances domaniales n'est pas uniforme, ni même binaire ; celui de certaines catégories de biens se rapprochant du régime de la propriété privée, alors que d'autres en sont beaucoup plus éloignées. En conséquence, elle remet en cause la distinction domaine public / domaine privé en ce qu'elle impose de classer, de gré ou de force, tous les biens dans deux catégories distinctes alors que cela ne correspond pas à la diversité des régimes juridiques des différents types de dépendances domaniales.

L'échelle de la domanialité telle que finalisée par le Doyen Auby⁸ permet d'intégrer l'ensemble des biens détenus par les personnes publiques, les biens publics étant classés « selon qu'ils comportent un maximum d'exorbitance à ceux pour lesquels les règles de droit public sont peu nombreuses (elles ne sont jamais complètement absentes) ».

De notre point de vue, cette théorie est en pleine adéquation avec le droit positif, dans la mesure où elle n'impose le principe d'inaliénabilité que lorsque cela s'avère nécessaire. Elle permet de l'écarter lorsque des parcelles du domaine des collectivités nécessitent des investissements importants que la collectivité ne peut elle-même pas faire et que l'intervention de l'initiative privée est nécessaire.

Dans ce cas, si la parcelle est incluse dans le domaine public, la constitution de droits réels (la possibilité d'hypothéquer le bien par exemple) est très limitée et ne permet souvent pas aux partenaires privés de garantir les investissements nécessaires sur le domaine public, ce qui crée un frein au développement d'activités économiques ou même de service public (lorsque cela nécessite des investissements lourds) sur le domaine public.

Or si l'on remet en cause l'intangibilité du principe d'inaliénabilité pour le réserver aux seuls biens se situant à un niveau élevé dans l'échelle de domanialité publique, un nombre important de difficultés disparaissent.

⁵ Voir particulièrement (52) J. L. Sax, *The public trust doctrine in natural resources law : effective judicial intervention*, 68. *Michigan Law Review*, 471 (1970). et J. L. Sax, *Defending the environment*, Alfred A. Knopf Ed., 1971.

⁶ J.-M. Auby, *Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration*, EDCE 1958, p. 35-57 et *Le problème de la domanialité des immeubles affectés à un service public*, Mélanges Laborde-Lacoste, 1963, p. 11-28.

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

⁸ J.M. Auby, *op. cit.*

La question de la détermination des biens soumis au principe d'inaliénabilité, c'est-à-dire ceux situés en haut de l'échelle de domanialité, ne doit pas être source de difficultés : il s'agit des biens communs, dans une perception modernisée. Les *res communes* sont traditionnellement définies comme les « choses qui, par le droit naturel, sont à la libre jouissance de tous les hommes : l'air, la mer, les eaux courantes ». Toutefois, pour tenir compte des impératifs modernes de la gestion domaniale, il y a lieu d'élargir la notion des *res communes* et de l'étendre à l'ensemble des ressources biologiques, dans lequel serait bien évidemment inclus le domaine forestier. Ainsi, serait favorisée une inaliénabilité plus stricte et un régime juridique renforcé pour la protection de l'intégrité des espaces naturels.

Une telle construction a le mérite de faire en sorte que chaque type de bien soit régi par un régime juridique propre et se situe sur l'échelle de domanialité en fonction de ce régime et de son exorbitance par rapport au droit commun. Ce régime juridique et notamment les règles d'aliénabilité de chaque catégorie sont fixées par le législateur et précisées, si nécessaire, par le juge.

Ainsi, on retrouve bien sûr en haut de l'échelle, les *res communes* alors qu'en bas, les activités purement économiques trouvent une place toute naturelle. Entre les deux, il existe toute une gradation de biens notamment affectés à l'usage du public ou aux services publics. Par ailleurs, cette solution a le mérite de s'intégrer sans difficulté avec le régime des terres coutumières, elles-mêmes inaliénables et dont la gestion environnementale, ancrée dans les pratiques coutumières, est incontestable.

L'échelle de domanialité assurant une certaine souplesse et tenant compte de la diversité des régimes juridiques des biens publics, il reste alors à déterminer un concept permettant de développer une politique de développement durable et ainsi faciliter la constitution de droits réels sur le domaine public tout en garantissant à la population une protection de ce même domaine.

La notion de *trust* permet peut-être de concilier deux logiques généralement considérées en droit français comme antinomiques.

2. Le trust

Le concept de *trust*, issu du droit anglo-saxon, est étranger au droit français. Pourtant, adapté aux particularismes français, il permet de reconsidérer la nature du droit de propriété des personnes publiques, en l'adaptant aux contraintes contemporaines : impératifs économiques de la gestion domaniale, protection optimale des ressources naturelles et prise en compte des données sociales, notamment dans leur dimension participative.

Qu'est-ce que le trust ?

Un *trust* existe lorsqu'une personne (trustee) se voit transférer par une autre personne (le constituant) la propriété d'un bien, en étant soumis à l'obligation de le gérer pour le bénéfice exclusif d'une ou plusieurs personne(s) (les bénéficiaires). Par essence, la fonction du *trust* est de séparer la gestion du bien de la jouissance des bénéficiaires qui en découlent.

Le trust paraît particulièrement adapté aux problèmes de gestion domaniale dans la mesure où il est permis de s'interroger sur la nature du droit de propriété des personnes publiques dans la mesure où les trois attributs classiques du droit de propriété ne sont pas pleinement effectifs.

L'usus ou droit d'usage est relatif et contingenté par l'utilité publique.

Le fructus ou la jouissance du bien est guidé par l'intérêt général et ses éventuels produits ne peuvent qu'abonder le budget des personnes publiques.

Enfin, l'*abusus* ou droit de disposition est plus ou moins limité, selon la catégorie de biens et se rapproche le plus souvent d'un simple pouvoir de gestion.

Il apparaît qu'en voulant absolument qualifier le droit des personnes publiques de droit de propriété, la doctrine a enfermé le régime juridique des biens détenus par les personnes publiques dans des limites inadaptées à leurs spécificités. L'assimilation a en effet entraîné la négation du caractère triangulaire de la relation (Nation, personne publique, population), alors qu'il constitue son essence même.

L'intérêt du *trust* est d'admettre la coexistence de deux droits réels superposés sur le bien⁹. Le recours au système du *trust* facilite donc l'interpénétration des secteurs publics et privés et favorise la constitution de droits réels sur le domaine public. Le *trust* permet en effet de constituer des droits réels substantiels sur le domaine des personnes publiques sans difficulté¹⁰. Mieux, il permet de prévoir la possibilité d'activités de service public sur des propriétés privées, ce qui n'est actuellement pas possible. Nous n'insisterons toutefois pas sur cet aspect, qui concerne plus particulièrement la problématique économique, pour nous concentrer sur l'aspect environnemental.

Dans cette optique, l'introduction de la doctrine du « public *trust* » ou *trust* public permet de répondre à la préoccupation environnementale et d'assurer une protection optimale des ressources naturelles.

Il ne faut en effet pas oublier que certains biens publics, telles les ressources naturelles, nécessitent une protection supérieure. Il s'agit bien entendu des biens situés en haut de l'échelle de domanialité, à savoir les ressources naturelles.

La doctrine du *trust* public a été développée aux États-Unis. L'idée générale qui la sous-tend est la suivante : alors que la propriété privée des terres et des ressources domine le droit de la propriété aux États-Unis, les ressources naturelles doivent pour toujours faire l'objet d'un contrôle de l'État, dans le cadre d'un *trust* public pour le bénéfice et la libre utilisation de tous. Cette doctrine fait peser sur les États une obligation de préserver le libre accès et la libre utilisation par le public des biens communs, ainsi que de préservation des ressources naturelles.

⁹ Le *trustee* dispose d'un droit de propriété au titre de la common law, alors que le bénéficiaire acquiert un droit de propriété en équité.

¹⁰ Une telle possibilité est fondamentalement différente de la relation s'instaurant dans le cadre d'une occupation privative du domaine public ou une concession de service public, dans la mesure où la personne privée, qu'elle soit physique ou morale, se voit conférer automatiquement des droits réels étendus sur le domaine public. La transmission des droits réels sur le bien est effective mais reste soumise à une clause résolutoire, dans l'hypothèse où le fiduciaire ne respecterait pas l'affectation du bien ou les clauses du contrat.

Elle a conduit la Cour suprême des États-Unis à reconnaître dès 1840 des droits de propriété publique aux colonies, lesquels ont été transférés aux États au fur et à mesure de leur admission dans l'Union. Progressivement, cette doctrine s'est vue imposer des limitations et, par une décision capitale, la Cour suprême des États-Unis a reconnu que cette doctrine n'empêchait pas la vente du bien, même si son affectation au bénéfice du public doit être préservée¹¹. En conséquence, le public peut toujours faire valoir ses droits d'utilisation et l'obligation de préservation du bien. Il est notamment possible d'empêcher un État de transférer des biens soumis à un *trust* public à une personne privée dans la perspective de profits économiques au détriment d'une préservation du bien à long terme.

On voit immédiatement les applications que pourrait avoir cette doctrine en Nouvelle-Calédonie.

Le « *public trust* » a connu une résurgence dans les années 1970 aux États-Unis, sous l'influence essentielle de l'auteur Joseph L. Sax¹². Pour lui, le *trust* public est un mécanisme à fort potentiel pour protéger les intérêts du public contre les tentatives des États de privatiser ou de limiter l'accès aux ressources naturelles. Il propose l'extension de cette doctrine à de nombreux domaines, notamment les cas de pollution de l'air, les pesticides, l'extraction minière à ciel ouvert ou encore les voies publiques et, de manière générale, aux questions de propriété publique.

Les idées développées par Joseph L. Sax et le mouvement environnemental des années 70 a également entraîné l'adoption de dispositions constitutionnelles, au niveau des États fédérés, afin de codifier la doctrine du *trust* public, allant jusqu'à la création de nouveaux droits, comme celui à un environnement propre et sain.¹³

Cette conception des choses publiques diverge fondamentalement de la tradition jacobine française mais permettrait de répondre aux revendications actuelles de la population pour une participation active à la prise de décision, ainsi qu'à une protection optimale de la biodiversité.

En effet, la conception des biens et des services publics a été développée en droit français à la lumière d'une théorie juridique qui considère le domaine public comme patrimoine de l'État et le principe de l'intérêt général comme un attribut de souveraineté. Une

¹¹ (51) Cour suprême, 1892, *Illinois Central v. Illinois* (146 US 387 (1892)).

¹² J. L. Sax, *op. cit.*

¹³ Joseph L. Sax a par ailleurs insufflé l'idée, puis activement participé, à l'élaboration d'une « loi modèle » dans l'État du Michigan ayant pour objet de mettre en œuvre un droit effectif du public à un environnement décent et de fixer le cadre pour le développement d'une jurisprudence sur la qualité environnementale. D'autres États ont par la suite adopté de telles lois, offrant ainsi la possibilité à toute personne d'agir pour protéger les ressources naturelles, y compris lorsqu'il n'existe pas de dispositions législatives adaptées ou lorsque la loi existe mais que les autorités refusent d'engager une action pour la faire respecter.

Dans ce cadre, la doctrine propose également de modifier l'appréhension du concept d'intérêt général ou d'intérêt public dans une conception qui accepte une participation du public dans la gestion des biens et services publics. Cela passe par la notion d'intérêt commun. L'intérêt commun, au contraire de l'intérêt général qui est la base du concept juridique de l'État-nation, est en réalité un intérêt général qui n'est pas rendu abstrait dans le contrôle de l'État mais plutôt réapproprié par les individus qui coopèrent dans la production politique et sociale ; c'est un intérêt public qui n'est pas cantonné dans les mains de l'administration mais géré démocratiquement par la population.

volonté politique conjointe des autorités publiques et des tribunaux suffirait à permettre la transposition d'une telle doctrine en Nouvelle-Calédonie.¹⁴

Pour finir, notons que cette doctrine du public trust pourrait également trouver des applications s'agissant des emprises foncières privées ou coutumières. En matière coutumière, elle permettrait d'offrir un cadre juridique inexistant à l'heure actuelle pour le développement d'activités économiques ou d'intérêt tribal réalisé par des personnes extérieures à la tribu concernée, en privilégiant l'intérêt des populations concernées.

Conclusion :

Une telle évolution conceptuelle nécessite donc de faire évoluer d'une part le droit de la domanialité publique en Nouvelle-Calédonie, ce qui est rendu possible par la compétence législative de la Nouvelle-Calédonie en ce domaine. Cela implique d'autre part la possibilité pour la Nouvelle-Calédonie de fixer des règles directrices en matière de droit de propriété et de droit civil, laquelle sera certainement transférée avant 2014.

Elle permettrait également un rapprochement avec les règles de gestion des terres coutumières qui constitue un régime juridique à part entière en Nouvelle-Calédonie, en sus des régimes de domanialité publique et de propriété privée.

Tout en préservant la biodiversité, les possibilités de développement économique seraient permises dans une mesure différenciée en fonction de la nécessité d'une plus ou moins grande protection des écosystèmes présents. En d'autres termes, cela permettrait une gestion adaptée aux contraintes effectives, c'est-à-dire une adaptabilité des modes de gestion en fonction des objectifs poursuivis par la collectivité. Seraient ainsi fournis les outils permettant d'optimiser la gestion publique de la biodiversité.

¹⁴ Bien sûr, une autorité de contrôle de la bonne gestion des biens mis en trust serait nécessaire et il faudrait d'une part lui octroyer une indépendance certaine, d'autant plus importante qu'elle aura notamment à gérer des litiges avec les personnes publiques et d'autre part, la spécialiser dans son rôle.

Bibliographie

1. Actes de colloques :

- Actes du colloque organisé par le Conseil supérieur du notariat, JCP N et I, n^{os} 43-44 du 27 octobre 2006, La circulation des propriétés publiques, p. 1881 à 1909.
- Actes du colloque organisé par le Laboratoire de recherches juridiques et économiques (LARJE), Université de la Nouvelle-Calédonie, Le droit de l'environnement en Nouvelle-Calédonie, Etat des lieux et perspectives, RJE, n^o spécial 2007.
- Actes du colloque organisé par le Laboratoire de recherches juridiques et économiques (LARJE), Université de la Nouvelle-Calédonie, L'intégration de la coutume dans l'élaboration de la norme environnementale, 26-28 octobre 2009, à paraître.

2. Ouvrages / thèses

- O. De David-Beauregard-Berthier, La justification actuelle de la distinction entre le domaine public et le domaine privé, Thèse, Aix-Marseille 3, 1994, p. 53.
- J.-M. Auby, P. Bon et J.-B. Auby, Droit administratif des biens, précis Dalloz.
- M.-A. Latournerie, Point de vue sur le domaine public, éd. Montchrestien, coll. Clefs, 2004.
- M. Hardt et A. Negri, Multitude, Penguin Books, 2005, USA.
- R. Douglas et J. Knowler, Trusts in principle, Thomson Lawbook Co., 2006, Sydney, Australie.
- J. L. Sax, Defending the environment, Alfred A. Knopf Ed., 1971.

3. Articles

- P. Yolka, Naissance d'un code : la réforme du droit des propriétés publiques, JCP E n^o 24/2006, p. 1043-1045 et le dossier paru à l'AJDA, n^o 20/2006.
- J. Rivero, in Droit administratif français et droits administratifs étrangers, in Un siècle de droit comparé en France, Société de législation comparée, Livre du Centenaire, 1969, p. 199-209, et in Pages de doctrine, LGDJ 1980, p. 475-485.
- J.-M. Auby, Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration, EDCE 1958, p. 35-57 et Le problème de la domanialité des immeubles affectés à un service public, Mélanges Laborde-Lacoste, 1963, p. 11-28.
- F. Melleray, L'échelle de la domanialité, Mélanges en l'honneur de F. Moderne, Dalloz, 2004, p. 287-300.
- P. Yolka, La propriété publique. Éléments pour une théorie, thèse, LGDJ 1997, p. 529-535 pour qui la théorie de l'échelle de la domanialité est une proposition «de l'ordre du songe».
- J. L. Sax, The public trust doctrine in natural resources law : effective judicial intervention, 68. Michigan Law Review, 471 (1970).