



HAL
open science

Les employeurs de Nouvelle-Calédonie face aux risques naturels induits par le changement climatique

Nadège Meyer

► **To cite this version:**

Nadège Meyer. Les employeurs de Nouvelle-Calédonie face aux risques naturels induits par le changement climatique. Les enjeux territoriaux du Pacifique, colloque 3 et 4 juillet 2018, Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie, pp.88-104, 2021, Collecte LARJE, 979-10-91032-17-9. <hal-03314119>

HAL Id: hal-03314119

<https://hal.science/hal-03314119v1>

Submitted on 30 Mar 2026

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.



Distributed under a Creative Commons CC BY-NC-SA 4.0 - Attribution - Non-commercial use - ShareAlike - International License

LES ENJEUX TERRITORIAUX DU PACIFIQUE

ACTES DU COLLOQUE
DES 3 ET 4 JUILLET 2018, UNC

Sous la direction de Géraldine Giraudeau



 **Punc**
PRESSES UNIVERSITAIRES
DE NOUVELLE-CALÉDONIE

 **Unc**
UNIVERSITÉ
DE LA
NOUVELLE-CALÉDONIE

LARJE

LES ENJEUX TERRITORIAUX DU PACIFIQUE

ACTES DU COLLOQUE DES 3 ET 4 JUILLET 2018, UNC

Sous la direction de Géraldine Giraudeau

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

Tous droits réservés

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

All rights reserved

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

ISBN : 979-10-91032-17-9

Presses universitaires de la Nouvelle-Calédonie



Avenue James-Cook – BP R4 – 98851

Nouméa CEDEX

unc.nc

Publication assurée par Françoise Cayrol pour les PUNC

Réalisation : © ETEEK

LES ENJEUX TERRITORIAUX DU PACIFIQUE

ACTES DU COLLOQUE DES 3 ET 4 JUILLET 2018, UNC

Sous la direction de Géraldine Giraudeau

Coordination éditoriale, Françoise Cayrol

REMERCIEMENTS

Que les différents intervenants trouvent ici l'expression de mes sincères remerciements pour leur implication dans ce projet.

Ces journées n'auraient pas pu avoir lieu sans le soutien de l'université de la Nouvelle-Calédonie, en particulier du Laboratoire de Recherches Juridique et Économique (LARJE) et du pôle recherche de l'UNC. Je remercie ainsi tous mes collègues et, tout particulièrement, le président Gaël Lagadec, les directrice et sous-directrice du Larje, Catherine Ris et Christine Bidaud, et le responsable de la recherche, Jean-Marc Boyer, pour le soutien apporté, et, au-delà, pour l'accueil reçu pendant mes années passées à Nouméa. Je réitère également mes sincères remerciements au personnel des différentes composantes de l'Université, en particulier à Sylvian Raffard Artigue et Soazig Le Mouellic, du service communication, ainsi qu'à Sylvie Do, Nicolas Hollmann, Nathalie Moulin et Gwenaëlle Renaud, pour l'organisation et le déroulé du colloque.

Enfin, que la coordinatrice des PUNC, Françoise Cayrol, soit ici chaleureusement remerciée pour le travail d'édition qu'a nécessité cet ouvrage. Il n'est pas qu'un recueil académique, il est aussi à titre personnel un précieux souvenir de mes années de délégation en Nouvelle-Calédonie.

SOMMAIRE

| | |
|--|----|
| REMERCIEMENTS | 7 |
| DISCOURS D’OUVERTURE | |
| Gaël Lagadec | 11 |
| Président de l’université de la Nouvelle-Calédonie | |
| INTRODUCTION | |
| Alain Marc..... | 15 |
| Secrétaire général du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie | |
| AVANT-PROPOS | |
| LES TERRITOIRES DU PACIFIQUE : DES ENJEUX RÉGIONAUX, DES DÉFIS UNIVERSELS | 19 |
| Géraldine Giraudeau | |
| Université de la Nouvelle-Calédonie | |
| PREMIÈRE PARTIE : TERRITOIRES CONVOITÉS | |
| LES « VIKINGS DU SOLEIL LEVANT » : EXPLORATION, APPROPRIATION ET EXPLOITATION DU PACIFIQUE PAR LES OCÉANIENS | 23 |
| Louis Lagarde | |
| Université de la Nouvelle-Calédonie | |
| DÉTERMINANTS CONTEMPORAINS DU PLURALISME JURIDIQUE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE : L’EXEMPLE DE RĀHUI | 32 |
| Tamatoa Bambridge | |
| CNRS - CRIOBE | |
| LES MUTATIONS DE LA TERRITORIALITÉ DANS LE PACIFIQUE | 41 |
| Géraldine Giraudeau | |
| Université de la Nouvelle-Calédonie | |
| LA BLUE ECONOMY, LA NO ECONOMY, L’EXPLOITATION MINIÈRE EN EAUX PROFONDES ET LES ENJEUX TERRITORIAUX DANS LE PACIFIQUE | 55 |
| Pierre-Jean Bordahandy | |
| Université du Pacifique Sud | |
| DEUXIÈME PARTIE : TERRITOIRES MENACÉS | |
| LA VENTE ET LA LOCATION DE TERRITOIRE, UNE SOLUTION À LA MONTÉE DES EAUX ? | 77 |
| Michael J. Strauss | |
| Université Paris Descartes, Centre d’études diplomatiques et stratégiques | |
| LES EMPLOYEURS DE NOUVELLE-CALÉDONIE FACE AUX RISQUES NATURELS INDUITS PAR LE CHANGEMENT CLIMATIQUE | 88 |
| Nadège Meyer | |
| Université de la Nouvelle-Calédonie | |

| | |
|---|-----|
| MONTÉE DES EAUX, MONTÉE DES MAUX : LE DROIT DE LA MER ET LES EFFETS DE LA MONTÉE DU NIVEAU DES OCÉANS SUR LES ESPACES MARITIMES DE L'ÉTAT CÔTIER | 105 |
| Vincent P. Cogliati-Bantz Université d'Auckland | |

TROISIÈME PARTIE : TERRITOIRES ET POPULATIONS

| | |
|--|-----|
| LES TERRITOIRES MARINS ET LES AIRES MARINES PROTÉGÉES EN OCÉANIE : AFFICHAGES NATURALISTES ET ENJEUX SOUVERAINISTES | 137 |
| François Feral Université de Perpignan Via Domitia | |
| « ON A OUBLIÉ LES PROMESSES PREMIÈRES » : LES DROITS DES KANAK SUR LA TERRE ANCESTRALE | 159 |
| Ghislain Otis Université d'Ottawa | |
| LE STATUT COUTUMIER KANAK AU-DELÀ DU TERRITOIRE DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE | 196 |
| Christine Bidaud Université Jean-Moulin Lyon 3 | |

QUATRIÈME PARTIE : TERRITOIRES ET RELATIONS INTERNATIONALES

| | |
|--|-----|
| LES INDÉPENDANCES AVEC PARTENARIAT DES PAYS INSULAIRES NON AUTONOMES DU PACIFIQUE SUD | 215 |
| Mathias Chauchat Université de la Nouvelle-Calédonie | |
| LA REPRÉSENTATION DES ÎLES DU PACIFIQUE SUR LA SCÈNE INTERNATIONALE, L'EXEMPLE DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE | 236 |
| Caroline Gravelat Université de la Nouvelle-Calédonie | |

| | |
|--------------------------|-----|
| LES AUTEURS | 253 |
|--------------------------|-----|

DISCOURS D'OUVERTURE

Gaël Lagadec

Président de l'université de la Nouvelle-Calédonie

Le thème du présent colloque est d'une grande actualité. Il faut naturellement saluer l'intérêt intrinsèque du sujet et je suis sûr que les différents intervenants mobilisés par Madame Giraudeau vont nous apporter une contribution précieuse à la connaissance sur les enjeux territoriaux du Pacifique.

Je pense plus particulièrement à la valeur ajoutée que va créer ce colloque non seulement pour la recherche universitaire mais aussi au titre de réflexion globale dans le contexte actuel de la mise en œuvre de la compétence de coopération régionale de la Nouvelle-Calédonie.

Cette dimension régionale est très récente à l'échelle d'une politique de coopération : cette compétence est créée par l'accord de Nouméa en 1998 et se trouve juridiquement partagée entre l'État et la Nouvelle-Calédonie.

La Nouvelle-Calédonie se dote actuellement d'un réseau de délégués, qui placés auprès des représentations diplomatiques françaises dans la région, porteront la lourde charge de la représenter, d'en promouvoir les actions et de contribuer à son insertion régionale et son rayonnement. Ils viennent d'être auditionnés par le congrès de la Nouvelle-Calédonie et seront bientôt en poste, après une année de formation qui vient juste de débiter.

Si la compétence est donc récente, je pense qu'il faut saluer le chemin parcouru en si peu de temps, notamment par l'action du gouvernement et de son service de coopération régionale et des relations extérieures.

Mais bien sûr de nombreux acteurs promeuvent, facilitent ou mettent en œuvre la coopération régionale de la Nouvelle-Calédonie.

Il en va ainsi naturellement de la Communauté du Pacifique (CPS), de New Caledonia Trade and Invest (NCTI), association désignée par le gouvernement comme opérateur pour l'aide à l'export des entreprises, des organismes de recherche, des acteurs de la culture (notamment le Centre culturel Tjibaou), de la DSCGR (direction de la Nouvelle-Calédonie, qui intervient dans le cadre de la mise en œuvre de l'accord FRANZ de coordination en cas de catastrophe humanitaire suite à une catastrophe naturelle dans la région), des Affaires maritimes, du Cluster maritime de Nouvelle-Calédonie, mais aussi des forces armées et du mouvement sportif, qui sont très actifs dans le domaine régional.

L'UNC se situe bien sûr parmi ces acteurs et opérateurs de la coopération régionale et du rayonnement de la Nouvelle-Calédonie dans le Pacifique, particulièrement en ce qui concerne le rayonnement régional par la formation et la recherche.

Ainsi, l'UNC est un élément moteur du réseau PIURN, créé en 2011, regroupant 13 universités du Pacifique insulaire et qui, en fin d'année, tiendra sa troisième conférence bisannuelle de recherche en Polynésie.

Au niveau des formations, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a sollicité l'UNC il y a plus de 2 ans pour qu'elle accompagne auprès du Vanuatu sa politique de coopération, dans le champ de l'enseignement supérieur. Nous avons répondu présents naturellement à cette sollicitation et avons ouvert en 2017 un master ADTO à Port-Vila et, en 2018, une licence en hôtellerie & tourisme avec de nombreux partenaires internationaux. Le premier a accueilli 12 étudiants pour sa première promotion et la seconde, 55 en première année.

Nous sommes également très impliqués dans l'appui à la création de l'université Nationale bilingue du Vanuatu, à travers des propositions de statuts et des propositions législatives, ceci, dans un environnement mixte anglophone et francophone amenant nécessairement une forme d'hybridation du système d'ESR.

À Wallis-et-Futuna également, même si c'est un territoire français, nous affirmons notre présence avec une base scientifique avancée, disponible pour nos partenaires du CRESICA, une bibliothèque entièrement gratuite, de même qu'une médiathèque. Nous sommes également sollicités, au moment où se pose la question de l'approfondissement de l'accord particulier entre l'État, la Nouvelle-Calédonie et Wallis-et-Futuna, pour dispenser une ou deux formations supérieures à Wallis dès 2019.

Et bien sûr, à côté de cela, il y a tous les échanges développés dans le cadre de la collaboration scientifique entre les enseignants-chercheurs ainsi que les opportunités de mobilité étudiante offertes par nos universités partenaires dans le Pacifique (et au-delà).

Mais revenons à ce colloque à travers lequel l'UNC porte l'ambition (en toute humilité) de contribuer à améliorer la connaissance et l'analyse commune des enjeux territoriaux du Pacifique. Nous n'imitons pas là, d'ailleurs, aujourd'hui, un thème de recherche universitaire puisque le premier ouvrage des PUNC traitait des relations de coopération des territoires français du Pacifique, sous l'angle alors économique.

Donc vraiment, j'insiste, je remercie Mme Giraudeau pour ce thème qui va nous permettre de faire progresser les connaissances et la réflexion sur le Pacifique et ce de manière transversale et pluridisciplinaire. Là est le grand avantage de ce colloque car le sujet est vaste, souvent traité de façon monothématique tellement le spectre est étendu, or le programme proposé pour ces trois demi-journées est parfaitement équilibré et me paraît balayer très méthodiquement ce sujet foisonnant.

À la vue de la richesse du programme qui nous est proposé, nous aurons à l'issue du colloque, je n'en doute pas, une analyse et une réflexion approfondies à partir de points de vue et de disciplines très variés : droit, géopolitique, sociologie, géographie, biologie, économie, sciences politiques.

J'en profite ici pour adresser mes chaleureux remerciements à tous les intervenants du colloque et plus particulièrement à ceux qui sont venus de loin pour participer à ces travaux : Tamatoa Bambridge (CNRS, Polynésie française), Pierre-Jean Bordahandy (université du Pacifique Sud), Michael Strauss (université Paris V), Vincent Cogliati-Bantz (université d'Auckland),

François Féral (université de Perpignan) et Gyslain Otis (université d'Ottawa) ; ainsi qu'à tous mes collègues enseignants-chercheurs de l'UNC, Louis Lagarde, Yves Letourneur, Nadège Meyer, Christine Bidaud-Garon, Mathias Chauchat, Caroline Gravelat, et bien évidemment, Géraldine Giraudeau.

Je remercie également l'équipe de communication de l'UNC qui fait un travail remarquable pour accompagner l'organisation et promouvoir ces colloques, ainsi que la direction logistique et technique de l'Université. Merci à tous pour ce gros travail accompli pour préparer cet événement.

Avant que nous ne commençons nos travaux, je suis très heureux de céder la parole à Monsieur Alain Marc, secrétaire général du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, qui me fait l'honneur de partager avec moi ce mot d'introduction.

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

INTRODUCTION

Alain Marc

Secrétaire général du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie

Permettez-moi tout d'abord, Monsieur le Président, de vous exprimer tout le plaisir que je ressens à intervenir aujourd'hui devant vous, à l'occasion de ce colloque consacré aux enjeux territoriaux du Pacifique.

Je veux d'ailleurs profiter de l'occasion qui m'est donnée en participant à cette rencontre pour vous féliciter du dynamisme avec lequel l'université de la Nouvelle-Calédonie s'est engagée résolument depuis quelque temps déjà à favoriser un débat autour de thématiques d'importance. À travers ce rayonnement intellectuel, c'est d'une manière générale le rayonnement et l'influence de la Nouvelle-Calédonie qui se développent chaque jour un peu plus dans le Pacifique.

Un mot de remerciement à Madame Giraudeau, à l'origine de cette rencontre.

J'interviens d'autant plus aisément devant votre assemblée qu'au moment où je vous parle, actualité oblige, Monsieur Philippe Germain, président du gouvernement est avec plusieurs membres du gouvernement en Papouasie-Nouvelle-Guinée, afin d'échanger avec les autorités de ce pays sur des axes de coopération majeurs. Hasard du calendrier me direz-vous, assurément pourrais-je vous répondre.

Volontarisme du gouvernement surtout, pour mieux ancrer la Nouvelle-Calédonie dans son environnement régional.

Nécessité diplomatique et relation d'amitié avant toute chose, eu égard aux enjeux territoriaux auxquels les États du Pacifique sont tous confrontés, dans un monde où la complexité des problématiques à traiter impose désormais une coopération et des liens chaque jour plus nourris.

Quels sont les enjeux ? Des enjeux économiques tout d'abord, qu'ils soient maritimes, industriels ou commerciaux. Des enjeux environnementaux ensuite, afin notamment de mieux appréhender collectivement les conséquences du changement climatique et les actions à mettre en œuvre, pour protéger les populations et les territoires concernés.

Des enjeux humains encore, afin de traiter l'impérative adaptation des populations aux nécessités urgentes de l'éducation, de la formation ou de la santé.

Des enjeux spirituels et culturels enfin, sans lesquels la fraternité comme la solidarité entre les peuples et les nations ne seraient faites que d'illusions vaines et de matérialisme économique exacerbé.

C'est dans cette dernière perspective d'ailleurs que la tradition, comme la coutume, doit également trouver leur place dans ce vivre ensemble auquel nous aspirons tous profondément. Après cette introduction, je me propose de revenir brièvement sur quelques-uns de ces enjeux.

Comme vous le savez, les territoires du Pacifique sont soumis à des pressions croissantes. La région Pacifique accueille 14 pays et 8 territoires et sa population est majoritairement côtière. Elle est composée à 98 % d'océan et abrite 25 % des récifs coralliens mondiaux.

Les impacts de l'évolution climatique sur les écosystèmes et les sociétés du Pacifique sont de plus en plus visibles. Ils ont été largement médiatisés lors d'événements internationaux, tels que la COP 21 ou la conférence sur les océans. Ils devront continuer à l'être si nous souhaitons accentuer la prise en compte des conséquences de ce changement.

Face à une telle situation, le renforcement de la résilience devient alors un enjeu essentiel. En effet, dans un monde instable lié souvent à l'ambition et l'inconstance des hommes, le changement climatique se rajoute aux menaces existantes qui affectent de nombreux secteurs, qu'il s'agisse de l'économie, du tourisme, de la santé et de la biodiversité. C'est un enjeu pour chacun des pays concernés, c'est un enjeu pour le Pacifique et c'est un enjeu pour le monde.

La Nouvelle-Calédonie n'échappe pas à ce contexte. L'économie calédonienne repose en partie sur un environnement en bonne santé et de qualité, que ce soit pour les activités de pêche, de l'agriculture ou de tourisme. Par ailleurs, comme pour tous les peuples du Pacifique, ses écosystèmes très fragiles représentent pour les habitants, un héritage commun, un élément majeur de leur identité, tant au plan coutumier que culturel, scientifique et économique. « La terre est un héritage que nous empruntons à nos enfants » se plaisait à dire Antoine de Saint-Exupéry.

La maîtrise de ces enjeux pour nos territoires est cruciale : c'est avant tout un patrimoine commun qu'il nous convient bien sûr de valoriser, mais aussi de préserver. La coexistence de ces deux enjeux, vous le savez, est vitale pour tous les territoires du Pacifique. Il ne s'agit pas moins de protéger notre biodiversité et nos ressources naturelles que de mettre en place des politiques publiques à même de garantir un développement durable.

La Nouvelle-Calédonie, riche et fière de ce patrimoine naturel, a pris depuis quelque temps déjà des engagements forts en ce sens.

Des engagements de protection tout d'abord

Le 7 juillet 2008, une partie des récifs et des lagons de Nouvelle-Calédonie, a été inscrite au patrimoine mondial de l'UNESCO. Il s'agit du premier site d'outre-mer français inscrit au patrimoine mondial. Poursuivant cette dynamique, le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie a créé, en 2014, le parc naturel de la mer de Corail couvrant toute sa Zone Economique Exclusive (ZEE), soit 1,3 million de km². Un plan de gestion ambitieux et progressif vient d'être adopté et une gouvernance originale donnant une place à tous les acteurs, publics, privés, associatifs et coutumiers, est en cours de structuration.

Des engagements aussi en termes d'adaptation et d'innovation

Les instituts de recherche, dont certains sont aujourd'hui représentés, et le secteur privé développent activement des solutions innovantes en matière de conservation de la biodiversité et de protection vis-à-vis des événements climatiques majeurs.

La mise en œuvre du projet TIGA (Territoire Innovant de Grande Ambition) voulu par l'État, vise ainsi à promouvoir un développement économique durable dans le parc de la mer de Corail. La Nouvelle-Calédonie souhaite devenir une terre d'innovation reconnue en matière

d'économie bleue et de développement durable. Disposant d'une très large expertise dans bien des domaines, elle souhaite favoriser la collaboration et la coopération entre secteur privé, recherche, ONG et administrations.

Ainsi que j'ai déjà eu l'occasion de le dire, il appartient aujourd'hui à la Nouvelle-Calédonie de déterminer ses priorités de développement et de fixer aux nombreux organismes de recherche présents sur notre territoire les objectifs stratégiques qu'elle souhaite financer et mettre en œuvre. Dans cette perspective, le CRESICA, au sein duquel, Monsieur le Président, je vous sais très engagé, est un cadre de coopération utile à l'élaboration de cette politique de recherche volontariste.

C'est cette expérience que la Nouvelle-Calédonie peut proposer, en toute humilité et sans donner de leçons, aux autres territoires du Pacifique, en s'appuyant notamment sur les organisations régionales (je salue bien entendu l'action de la CPS) et les acteurs de l'enseignement et de la recherche.

C'est à travers cette coopération multilatérale que les territoires peuvent échanger sur leurs difficultés communes, afin de les dépasser ensemble.

Je pense notamment à la surveillance et à la protection de l'océan, à l'exploitation des ressources minières profondes, aux actions d'adaptation au changement climatique, à la prise en compte et à la protection des savoirs traditionnels.

La coordination régionale pour une réponse utile et partagée entre nos territoires est une piste majeure, qui nécessite des outils performants et innovants.

C'est ainsi que la recherche, le déploiement de solutions, le développement de nouvelles technologies sont les vraies solutions aux problèmes de gestion durable des territoires du Pacifique.

Ces solutions ne pourront pas se mettre en place sans la participation active de la société civile, dans le cadre d'une gouvernance inclusive et élargie à tous les acteurs de la société, afin de porter un projet de gestion équilibrée des espaces naturels. C'est ce modèle que le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie s'efforce de mettre en application, au sein notamment du comité de gestion du parc naturel de la mer de Corail.

Pour conclure ce propos, je veux vous dire combien je me réjouis de voir ces réflexions au cœur des préoccupations de votre colloque. Je me félicite également de vous voir contribuer ainsi, par vos travaux à aider les décideurs politiques à définir et à préparer, avec l'ensemble des acteurs concernés publics et privés, le développement de demain.

Je vous souhaite des échanges fructueux permettant de proposer des solutions inédites garantissant aux générations à venir un équilibre harmonieux et durable des territoires du Pacifique.

Je voudrais terminer mon intervention en vous laissant simplement réfléchir à ses propos de Charles Darwin :

Ce ne sont pas les plus forts qui survivent, ni les plus intelligents, mais ceux qui sont les plus rapides à s'adapter au changement.

Je vous remercie.

AVANT-PROPOS

Les territoires du Pacifique : des enjeux régionaux, des défis universels

Géraldine Giraudeau

Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

19

Surnommé ainsi par Magellan traversant des eaux paisibles, le Pacifique, avec ses 166 millions de km², représente environ un tiers de la surface terrestre, davantage, si on y inclut les territoires riverains. Il n'est pas anodin que les regards semblent désormais tournés avec de plus en plus d'intensité de ce côté du planisphère. Les attentions s'y portent pour des raisons économiques, environnementales ou encore géostratégiques. Beaucoup l'ont dit : le XXI^e siècle sera maritime, et, de ce point de vue, le Pacifique prend un sens nouveau. Cet océan et les terres qui le parsèment (plus de 30 000), sans compter les îlots et autres formations, longtemps laissés plus ou moins en marge des discours, des études, des négociations, émergent comme jamais auparavant au sein de la société internationale. Les petits États insulaires du Pacifique deviennent, comme ils se plaisent désormais, à juste titre, à le rappeler de « grandes nations maritimes », mais ils sont en même temps vulnérables face aux changements climatiques, face, aussi, aux appétits territoriaux des grandes puissances. Ces évolutions peuvent être utilement saisies depuis le prisme des enjeux territoriaux : c'est bien la transformation de ce que signifie la « territorialité », au sens large, qui s'exprime avec une particulière acuité dans le Pacifique et qui explique ces bouleversements.

Depuis des siècles, comme le rappelait René Jean Dupuy, « le vent des souverainetés étatiques est poussé vers le large », et le droit codifié dans la convention de Montego Bay est notamment le résultat de la volonté d'États récemment décolonisés entendant faire valoir des droits sur les ressources de l'océan. Cela s'est réalisé avec plus ou moins de succès en raison de contraintes variées, notamment matérielles et économiques. Les États du Pacifique, pour beaucoup devenus indépendants dans la seconde moitié du XX^e siècle, n'y font pas exception. Les premières interventions de ce colloque reviennent sur la longue histoire de ces territoires convoités, sur le lien indissociable entre terre et mer et sur l'encadrement juridique complexe de l'exploitation des ressources naturelles du milieu marin, y compris en eaux profondes.

Les territoires du Pacifique, en particulier les formations insulaires, présentent ainsi le paradoxe d'être menacés dans leur dimension terrestre, du fait du changement climatique – en particulier de la montée des eaux – et, en même temps, d'être étendus de façon croissante, dans leur dimension maritime et sous-marine, du fait notamment de l'extension des plateaux continentaux. L'enjeu environnemental est aussi juridique, et implique de penser la continuité d'États susceptibles de disparaître, dont les Kiribati sont un exemple, l'avenir de délimitations maritimes dont les lignes de base sont modifiées par la montée des eaux, ou encore la place des « transferts » territoriaux dans la projection des migrations climatiques. Ces réflexions portent en partie les contributions des intervenants de la seconde table ronde.

Surtout, ces enjeux territoriaux sont des enjeux humains. Quelle place au milieu de ces convoitises et menaces pour les rapports entre les hommes et les territoires du Pacifique,

quelle effectivité pour les droits des populations autochtones, quel respect des droits humains lorsque la protection de l'environnement est parfois instrumentalisée au profit des quêtes territoriales ? Autant de questions auxquelles ont tenté de répondre les intervenants du troisième panel.

Ainsi que l'ont fait remarquer les intervenants du dernier panel, ces enjeux territoriaux trouvent également un écho particulier au sein des *fora* internationaux, notamment des organisations intergouvernementales régionales ayant su composer avec la variété des statuts constitutionnels du Pacifique. Territoires indépendants, territoires ultramarins, territoires associés... on trouve dans cette partie du globe le panel le plus large qui soit en matière de gouvernance des territoires, reflets de l'histoire et des subtilités des relations internationales. Le contrôle des territoires, on le sait, est synonyme de pouvoir. Les grandes puissances font valoir leurs intérêts géostratégiques, au travers de revendications territoriales concurrentes, de l'installation de bases militaires nouvelles, de la course à l'armement.

Ces enjeux ne sont pas que ceux du Pacifique. Les conséquences du changement climatique sur les territoires et la délimitation des frontières maritimes, les menaces qu'il représente pour la garantie des droits humains et la continuité des États, les convoitises suscitées par les îles dans la course à l'emprise sur les espaces maritimes, l'instrumentalisation, parfois, du droit environnemental au service des aspirations territoriales sont autant de défis universels. Du fait de sa géographie – la montée des eaux et ses conséquences y sont par exemple déjà bien concrètes et documentées –, de son histoire, ou encore du statut juridique des îles qui le parsèment, le Pacifique illustre toutefois ces enjeux de façon emblématique.

Aussi, la diversité et la complexité des questions soulevées par le statut et l'évolution des territoires du Pacifique a suscité l'organisation de ce colloque, les 3 et 4 juillet 2018, pendant ma délégation à l'université de la Nouvelle-Calédonie. Ni cette rencontre ni l'ouvrage en retranscrivant les actes ne prétendent à l'exhaustivité, tant les enjeux territoriaux du Pacifique sont variés. Ces contributions proposent d'y apporter des regards croisés de juristes publicistes et privatistes, d'historiens et d'anthropologues. Je formule simplement le souhait qu'elles puissent nourrir les réflexions en proposant quelques pistes pour comprendre et préparer l'avenir, et en inscrivant pleinement la Nouvelle-Calédonie dans ces efforts.

PREMIÈRE PARTIE

TERRITOIRES CONVOITÉS

LES « VIKINGS DU SOLEIL LEVANT » : EXPLORATION, APPROPRIATION ET EXPLOITATION DU PACIFIQUE PAR LES OCÉANIENS

Louis Lagarde

Université de la Nouvelle-Calédonie, TROCA

23

Ce court article a l'ambition de proposer une introduction au rapport, si complexe, des peuples du Pacifique à l'Océan. Celui-ci s'est construit sur les trois derniers millénaires, au gré du peuplement progressif des archipels, de la diversité des environnements maritimes rencontrés et de l'exploitation des ressources que ces derniers renferment. Il nous faut également rendre hommage à un ouvrage pionnier, paru il y a tout juste quatre-vingts ans : celui de l'anthropologue maori Te Rangi Hiroa (Peter Buck). Médecin, homme politique, anthropologue au sens anglo-saxon du terme (autrement dit, s'intéressant de près à l'archéologie), il fut également directeur du Bernice P. Bishop Museum d'Hawaii et professeur d'anthropologie à l'université de Yale. Personnage brillant, il avait ainsi publié en 1938, à l'issue d'un programme de recherches ethnographiques de cinq années, la première synthèse sur le peuplement du Pacifique, intitulée *Vikings of the Sunrise*, les Vikings du « soleil levant », ou plus exactement du « lever du jour ». Lui-même avait conscience de l'audace d'utiliser le terme « Viking » dans un ouvrage centré sur la Polynésie et s'en défendit dans l'avant-propos de son ouvrage en ces termes :

Je serais peut-être critiqué d'avoir appliqué le terme de « Vikings » aux ancêtres Polynésiens, mais ce mot désigne maintenant d'une façon générale les marins hardis et intrépides, et n'est plus le monopole des téméraires Scandinaves de l'Atlantique Nord. Pour les Polynésiens, le soleil couchant symbolisait la mort et la Terre des esprits vers laquelle ils retournaient, mais le soleil levant était le symbole de la vie, de l'espérance et des terres nouvelles attendant la découverte. J'ai l'espoir que les « Vikings du soleil levant » atteindront mes frères de race dans la poussière d'îles de la Polynésie pour nous réunir dans le lien de l'esprit. Nous avons des problèmes nouveaux à envisager mais nous jouissons d'un héritage glorieux, car dans nos veines coule le sang de ceux qui conquièrent le Pacifique montés sur des embarcations de l'âge de pierre qui cinglaient toujours vers le soleil levant.¹

Peter Buck avait ainsi proposé un modèle de colonisation des îles du grand Océan en provenance de l'Asie, et si certaines erreurs inévitables sont clairement visibles dans le modèle proposé – Buck avait par exemple oublié la Mélanésie dans le processus, cherchant à différencier les Océaniens en fonction de leur phénotype –, les grandes lignes du processus qu'il avait ébauché ont été depuis démontrées par l'archéologie, et elles ont, depuis 1938, guidé de près ou de loin tous les chercheurs qui travaillent sur les sociétés de navigateurs du Pacifique. Afin d'explorer la relation entretenue entre l'être humain et l'espace maritime océanien, nous allons en présenter plus particulièrement trois aspects. Tout d'abord, celui de la découverte et

1 P. Buck, *Les migrations des Polynésiens* [Vikings of the Sunrise], trad. J. Foulque-Villaret, Paris, Payot [Philadelphia, Lippincott], 1952 [1938].

du peuplement progressifs des archipels, en synthétisant les travaux récents sur l'exploration du Pacifique à l'époque pré-européenne ; ensuite, celui de l'appropriation, au sens de maîtrise ou de domestication du milieu, en revenant sur la construction progressive des savoirs techniques et empiriques en lien avec la mer ; et, enfin, la dimension de l'exploitation, qui est source de la relation à la mer chez les Océaniens.

I. LE PEUPEMENT DE L'OCÉANIE LOINTAINE

Si le Pacifique est, depuis Dumont d'Urville, séparé en quatre grands ensembles (Malaisie, Mélanésie, Micronésie, Polynésie), les anthropologues, les linguistes, les archéologues et une majorité d'Océaniens s'accordent depuis le milieu du XX^e siècle au moins pour n'attribuer à ce découpage aucune légitimité culturelle et, partant, aucune base scientifique².

En réalité, la seule distinction culturelle claire qui peut être proposée pour l'espace océanien est celle de l'Océanie proche et de l'Océanie lointaine, proposée par l'archéologue Roger Green³. La frontière séparant ces deux ensembles se situe au niveau des îles Salomon. À l'ouest de cette ligne, les terres émergées ont été peuplées dès le Pléistocène, c'est-à-dire il y a plusieurs dizaines de milliers d'années, par des locuteurs de langues australiennes et/ou papoues, dans le cadre d'une vague d'expansion plus ancienne que l'arrivée de notre espèce, *Homo sapiens*, en Europe occidentale. Profitant de ponts terrestres liés à une baisse du niveau marin, ces premiers découvreurs du Pacifique sud-ouest ont eu tout de même à franchir des détroits sur des embarcations de fortune. Certains de ces détroits étaient larges de plus de 200 km, ce qui représente déjà des exploits techniques absolument inouïs pour des populations du Paléolithique.

A. Le complexe culturel Lapita

À l'est et au nord de cette ligne, c'est-à-dire dans ce qui regroupe aujourd'hui le sud de la Mélanésie (Reefs/Santa Cruz, Vanuatu, Nouvelle-Calédonie, Fidji), ainsi que l'ensemble de la Polynésie et de la Micronésie, le peuplement est beaucoup plus récent, d'origine asiatique, et plus précisément de la région de Taïwan ou du sud de la Chine⁴. C'est à ces navigateurs, locuteurs de langues austronésiennes, qu'on doit une part importante de la génétique des populations peuplant aujourd'hui ces ensembles géographiques.

Partis de la région de Taïwan et du sud de la Chine vers 4000 avant le présent, soit 2000 av. J.-C., ils ont à la fois peuplé une partie de la Micronésie et de l'Indonésie actuelle (ce qui explique les parentés linguistiques contemporaines dans cette région) mais ont aussi fait relâche dans la mer de Bismarck, où ils furent au contact de populations papoues déjà établies dans cette région depuis le Pléistocène final. Les recherches archéologiques menées dans la région

2 Parmi les nombreuses critiques de ce découpage géographique, voir particulièrement S. Tcherkezoff, *Polynésie/Mélanésie : l'invention française des « races » et des régions de l'Océanie (XVI^e-XIX^e siècles)*, Papeete, Au vent des îles, 2008.

3 R. Green, "Near and Remote Oceania : disestablishing 'Melanesia' in Culture History", in A. Pawley (ed.), *Man and a half : Essays in Pacific Anthropology and Ethnobiology in honour of Ralph Bulmer*, Auckland, Polynesian Society, 1991, p. 491-502.

4 Pour la synthèse la plus récente sur le sujet, voir C. Sand et S. Bedford (ed.), *Lapita. Ancêtres océaniens/Oceanic Ancestors*, Paris, Musée du Quai Branly-Somogy, 2010.

depuis le début des années 1950 montrent, à partir de ce foyer de la mer de Bismarck, une colonisation rapide de l'arc mélanésien, de Fidji et de la Polynésie occidentale, entre 1400 et 850 av. J.-C., et l'implantation de ce qu'il est convenu d'appeler le complexe culturel Lapita. Il s'agit, à cette époque, d'un ensemble géographique peuplé de groupes partageant une culture matérielle, des pratiques, des savoirs, utilisant probablement la même langue (ou presque) et dont l'archéologie a montré la cohérence, par le biais notamment des échanges fréquents de matériaux et d'objets fabriqués. On voit donc bien que le peuplement de ces ensembles auparavant vierges de toute présence humaine (pour ce qui est du sud de la Mélanésie et de la Polynésie occidentale) ne s'est pas fait par chance, mais bien par logique exploratoire, au moyen d'embarcations perfectionnées pouvant remonter au vent, et allant spécifiquement contre les vents dominants, de manière à pouvoir revenir plus facilement au point de départ⁵. On voit également, qu'après la phase de découverte des archipels, les relations inter-îles se sont maintenues grâce aux connaissances géographiques et aux savoirs liés à la navigation qui permettaient ces échanges incessants. Aussi, dès la mise en place du complexe culturel Lapita, donc dès 900-850 av. J.-C., un espace compris entre la mer de Bismarck et Tonga, soit long de plus de 4 000 km, était connu, maîtrisé et exploité, un fait, là encore, tout à fait remarquable.

Les résultats les plus récents issus de l'étude de l'ADN ancien sur les peuples insulaires du Pacifique montrent également que ces premiers navigateurs possédaient une génétique proche des populations polynésiennes actuelles, avec une assez faible quantité de génome papou, signe d'un passage assez rapide dans la mer de Bismarck, n'ayant laissé qu'une place réduite au métissage. Cela dit, les îles du croissant mélanésien devaient assez rapidement voir arriver des expéditions supplémentaires en provenance des Bismarck, car dès 800 av. J.-C., les ratios génétiques devaient s'inverser, au profit de populations avec un ADN majoritairement papou et une part amoindrie de génétique polynésienne⁶. Ces découvertes récentes montrent donc, concrètement, que :

- d'une part, le premier peuplement porteur de la tradition de la céramique Lapita est génétiquement proche des Polynésiens actuels ;
- d'autre part, toujours dans le cadre du complexe culturel Lapita, une ou des vagues secondaires de peuplement ont quitté le foyer des Bismarck à destination des grandes îles du croissant mélanésien, diversifiant la génétique de cette zone, et expliquant ainsi les différences de phénotypes, c'est-à-dire d'aspect, entre Polynésiens et Mélanésiens ;
- enfin, que ces deux vagues consécutives, si elles entraînent un basculement génétique de certaines populations, ne modifie pas les langues parlées, car ces dernières sont toujours, en Océanie lointaine, d'origine austronésienne.

Il s'agit donc d'un processus dynamique qui se met en place, car de même que les relations inter-archipels s'entretiennent, la connaissance géographique de cette région s'accroît : autrement

5 G. Irwin, *The Prehistoric Exploration and Colonisation of the Pacific*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.

6 M. Lipson, P. Skoglund, M. Spriggs, F. Valentin, S. Bedford, R. Shing, H. Buckley, I. Phillip, G. Ward, S. Mallick, N. Rohland, N. Broomandkhoshbacht, O. Cheronet, M. Ferry, Th. Harper, M. Michel, J. Oppenheimer, K. Sirak, K. Stewardson, K. Auckland, A. Hill, K. Maitland, S. Oppenheimer, T. Parks, K. Robson, Th. Williams, G. Kennett, A. Mentzer, R. Pinhasi, D. Reich, "Population Turnover in Remote Oceania Shortly after Initial Settlement", *Current Biology*, n° 28, 2018, p. 1-9. Voir également C. Posth, K. Nägele, H. Colleran, F. Valentin, S. Bedford, K. Kami, R. Shing, H. Buckley, R. Kinaston, M. Walworth, G. Clark, Ch. Reepmeyer, J. Flexner, T. Maric, J. Moser, J. Gresky, L. Kiko, K. Robson, K. Auckland, S. Oppenheimer, A. Hill, A. Mentzer, J. Zech, F. Petchey, P. Roberts, Ch. Jeong, R. Gray, J. Krause, A. Powell, "Language Continuity despite Population Replacement in Remote Oceania", *Nature Ecology and Evolution*, n° 2 (4), 2018, p. 731-740.

dit, de nouvelles populations, plus métissées, sont aussi parties coloniser ces espaces, justement parce qu'elles avaient appris, grâce aux relations entretenues à l'intérieur du complexe culturel Lapita, que ces îles nouvelles existaient, quelque part en direction du soleil levant.

B. L'expansion polynésienne

Après l'essoufflement de cette première vague colonisatrice, en Polynésie occidentale et vers 850 av. J.-C., on observe une phase de latence très longue dans cette région de l'Océanie. C'est ici, à partir d'une population réduite, à la diversité génétique faible, que vont progressivement se mettre en place les caractéristiques des sociétés polynésiennes que rencontreront plus tard les Occidentaux. Parmi celles-ci, on peut citer par exemple une structure sociale pyramidale, la coexistence d'une multitude de déités⁷ (ou *atua*), le *marae*, espace de réunion et lieu de culte tout à la fois, des formes spécifiques pour les outils en pierre et en nacre, ainsi que des connaissances très abouties sur la navigation et les techniques de fabrication des grandes pirogues doubles. Toutes ces caractéristiques émergent progressivement en Polynésie occidentale, dans ce qu'il est convenu d'appeler la Société Polynésienne Ancestrale (SPA)⁸, et ceci sur une période de quasiment deux millénaires, entre 850 av. J.-C. et l'an 1000 apr. J.-C. environ.

C'est seulement après cette date, et de manière très soudaine, que de grandes vagues de peuplement originaires de Tonga et de Samoa partent à la découverte des autres îles du grand Océan, d'abord en direction des îles de la Société (Tahiti, Moorea, Raiatea-Tahaa, Huahine, Maupiti) et des Gambier (Mangareva), entre 1025 et 1121 apr. J.-C.⁹. Ensuite, une seconde grande vague d'expansion permit aux navigateurs polynésiens de découvrir les Marquises, les Tuamotu, les Australes, Pitcairn, les îles de la Ligne, ainsi que les extrémités du triangle polynésien, autrement dit Hawaii, Rapa nui (île de Pâques) et Aotearoa-Nouvelle-Zélande, entre 1200 et 1290 apr. J.-C.

C'est à cette période qu'on place également un important expansionnisme polynésien en direction de l'ouest. Ces voyages vers le soleil couchant sont plus discrets et plus complexes à mettre en évidence archéologiquement, car les Polynésiens rencontreront à cette occasion non pas des îles vierges mais, au contraire, des sociétés enracinées dans leurs territoires depuis plus de deux mille ans, et dont les membres leur sont génétiquement apparentés. Il y aura à cette occasion d'importants transferts de savoirs et de savoir-faire, allant parfois jusqu'au remplacement de la langue et de certaines structures sociales, créant de véritables enclaves polynésiennes en Mélanésie, qu'on appelle des *Polynesian outliers*, et dont les plus connues sont Tikopia aux îles Salomon, Futuna et Aniwa au Vanuatu et, bien entendu, Ouvéa en Nouvelle-Calédonie¹⁰. Ailleurs, on identifie ces contacts polynésiens (qui prennent place

7 Le terme « polythéisme » a même pu être employé pour décrire la relation des Polynésiens à leurs *atua*, selon le modèle des civilisations du bassin méditerranéen ou de l'Amérique préhispanique. Il n'est cependant plus guère utilisé aujourd'hui.

8 P. Kirch, R. Green, *Hawaiki, Ancestral Polynesia. An Essay in Historical Anthropology*. Cambridge, Cambridge University Press, 2001.

9 J. Wilmshurst, T. Hunt, C. Lipo, A. Anderson, "High precision radiocarbon dating shows recent and rapid initial human colonization of East Polynesia", *Proceedings of the National Academy of Sciences*, n° 108 (5), 2011, p. 1815-1820.

10 Voir, par exemple, à ce sujet R. Firth, *We, the Tikopia. A Sociological Study of Kinship in Primitive Polynesia*, Londres, Allen and Unwin, 1936. P. Kirch, D. Yen, *Tikopia : the Prehistory and Ecology of a Polynesian Outlier*, Honolulu, Bernice P. Bishop Museum Bulletin n° 238, 1982. F. Leach, J. Davidson, *Archaeology on Taumako : A Polynesia Outlier in the*

entre le XIII^e et le début du XIX^e siècle) grâce aux données croisées de l'archéologie et de la tradition orale¹¹ : la Mélanésie regorge ainsi de ces traces de voyages polynésiens pendant le second millénaire de notre ère, ce qui montre la vitalité des relations inter-îles et inter-archipels et, partant, toujours cette maîtrise de l'espace maritime océanien.

Au-delà de cette Océanie strictement austronésienne, il est aujourd'hui globalement admis que des contacts avec le continent américain ont existé avant l'incursion des premiers galions espagnols dans le Pacifique¹². La présence de la patate douce et de la Calebasse en Océanie, végétaux d'origine américaine, mais aussi celle d'ossements de poulets polynésiens dans des sites archéologiques du sud du Chili, témoignent de ces voyages exploratoires. Ceux-ci remontent au moins à la fin du XIV^e siècle, soit un siècle et demi avant l'arrivée du premier Espagnol, le conquistador Pedro de Valdivia, dans cette région de l'Amérique du Sud¹³. Si la nature de ces contacts entre le continent américain et la Polynésie a fait couler beaucoup d'encre au cours du XX^e siècle, il est aujourd'hui admis que les origines de ces contacts sont à rechercher dans les voyages exploratoires des Polynésiens (toujours, comme dirait Buck, vers le soleil levant), puisque ces derniers étaient les seuls à posséder le bagage technologique nécessaire pour effectuer les périlleuses navigations trans-océaniques. D'ailleurs, on peut observer la superposition parfaite de la localisation géographique des locuteurs de langues austronésiennes d'une part (de Madagascar à l'île de Pâques, en passant par Taïwan et Hawaii au nord), et des régions du monde où la navigation hauturière en pirogue est véritablement maîtrisée. Ces deux ensembles ne font en réalité qu'un, ce qui montre bien le lien entre connaissances maritimes et linguistiques¹⁴.

Ainsi donc, depuis leur départ de Taïwan il y a environ 4 000 ans à leur arrivée sur les côtes sud-américaines, 150 ans avant les Espagnols, force est de constater que les Océaniens sont parvenus à parfaitement maîtriser l'environnement marin, percevant l'immensité océanique non pas comme une barrière qui isole les îles (ce qui correspond à une vision de continents), mais bien à une voie de communication, permettant justement de désenclaver les territoires émergés.

II. APPROPRIATION ET DOMESTICATION DE L'ESPACE MARITIME OCÉANIE

Au cours de cette vaste épopée maritime, les Océaniens ont rencontré des environnements diversifiés, notamment en ce qui concerne les types d'îles : île haute de formation

Eastern Solomon Islands, Auckland, New Zealand Journal of Archaeology publication, 2008. M. Carson, *Prehistoric Intercultural Contact and Exchange in Ouvéa (Loyalty Islands, New Caledonia)*, thèse de doctorat, Université de Hawaii-Manoa, 2002.

11 Voir, par exemple, pour le cas de l'île des Pins, Nouvelle-Calédonie : J. Guiart, *Structures de la chefferie en Mélanésie du Sud*, Paris, Institut d'ethnologie, 1963, p. 205-246. Également L. Lagarde, « L'île des Pins et ses relations avec la Polynésie : données archéologiques et particularités stylistiques », *Journal de la Société des Océanistes*, n° 144-145, 2018, p. 253-268.

12 T. Jones, A. Storey, E. Matisoo-Smith and J. M. Ramirez-Aliaga (eds.), *Polynesians in America: Pre-Columbian Contacts with the New World*, Lanham, Altamira Press, 2012.

13 A. Storey, J. M. Ramirez-Aliaga, D. Quiroz, D. Burley, D. Addison, R. Walter, A. Anderson, T. Hunt, S. Athens, L. Huynen, E. Matisoo-Smith, "Radiocarbon and DNA evidence for a pre-Columbian introduction of Polynesian chickens to Chile", *Proceedings of the National Academy of Sciences*, n° 104 (25), 2007, p. 10335-10339.

14 K. Howe (ed.), *Vaka Moana : Voyages of the Ancestors*, Auckland, Bateman, 2006.

géologique complexe et ancienne (Nouvelle-Calédonie, Fidji), île haute de formation récente (îles volcaniques du Vanuatu, îles de la Société, îles Marquises), île basse, atolls. Ces biotopes recelaient des ressources naturelles différentes (et notamment une mégafaune importante, avec de grands oiseaux et de grands sauriens à l'ouest de la ligne d'andésite), mais aussi une biodiversité marine à forte variabilité. En effet, les types de récifs, les tailles des environnements lagonnaires rencontrés et, enfin, le positionnement des îles sur les routes migratoires des espèces pélagiques, ont entraîné la genèse de nouveaux savoirs empiriques : les techniques de pêche se sont donc développées différemment en fonction des types d'environnements marins rencontrés.

Naturellement, les savoirs de pêche les plus complexes ont été développés là où les milieux terrestres étaient les plus pauvres en biodiversité et les moins aptes à d'autres modes de production/consommation comme l'horticulture. Ainsi, c'est en Polynésie centre-orientale qu'on observe la plus grande variabilité des formes d'hameçons, ces derniers étant spécialisés dans la capture de telle ou telle espèce.

De plus, les savoirs maritimes se sont abondamment diversifiés au cours de cette aventure austronésienne, comme en témoignent, par exemple mais pas exclusivement, les types de pirogues doubles et la connaissance des vents, bien supérieure à la perception européenne généralement tripartite dans le Pacifique Sud : alizé régnant, vent de terre, vent marginal (en général de l'ouest). Ainsi à Tahiti, la rose des vents comporte, au-delà de l'alizé régnant, le *mara 'amu*, quinze autres vents marins principaux, auxquels il faut rajouter les vents terrestres comme le *'upe*, par exemple. Ces perfectionnements de la perception se sont doublés, au cours de la genèse de la SPA, de perfectionnements de l'outil-pirogue. Les grands *vaka moana*, les pirogues du grand Océan, dont James Cook avait remarqué la grande manoeuvrabilité et le rôle fondamental¹⁵, furent véritablement les moteurs de l'expansion polynésienne, à la fois celle de la colonisation du grand triangle polynésien et celle, comme nous l'avons souligné, des incursions polynésiennes en Mélanésie, riches en transferts de savoirs et de savoir-faire.

À l'île des Pins, par exemple, les techniques de pêche au filet et de construction des grandes pirogues doubles sont, dans la tradition locale, des ajouts récents et l'analyse de ces témoignages ethnographiques permet de les lier à des touchers polynésiens qui, archéologiquement, ont été démontrés dès le début du XV^e siècle, donc trois siècles et demi avant l'arrivée de James Cook.

La maîtrise de l'espace maritime océanien, inaugurée à l'époque du complexe culturel Lapita, devient totale pendant le dernier millénaire, avec le perfectionnement de la navigation aux étoiles (les grandes étoiles comme Rigel, Antarès, et les constellations du ciel austral comme la Croix du Sud ou les Pléiades étant connues ainsi que leur lever héliaque)¹⁶. De plus, la lecture d'éléments marginaux et révélateurs d'îles (houles croisées, vol d'oiseaux, formations

15 « Leurs pirogues, petites ou grandes, nécessitent des rames et, bien que les plus grandes semblent particulièrement peu maniables, ils parviennent à les manoeuvrer avec beaucoup de dextérité. Ainsi, je les crois capables d'entreprendre, avec, de longs voyages, autrement ils ne pourraient avoir acquis la connaissance qu'ils semblent posséder des îles de ces mers. », J. Cook, *Captain Cook's Journal during his First Voyage around the World made in H. M. Bark « Endeavour » in 1768-1771*, University of Adelaide (ebook), chapitre III (*Tahitian canoes*), traduction de l'auteur.

16 D. Lewis, *The Voyaging Stars: Secrets of the Pacific Island Navigators*. Sydney, Collins, 1978.

nuageuses, débris végétaux en surface) créent véritablement une confiance vis-à-vis de l'océan, garant de la communication entre les archipels¹⁷. Celui-ci devient l'origine des îles, la logique chtonienne des espaces terrestres étant en Océanie contrecarrée par le fait que les îles ont émergé de l'océan, étant pêchées par les dieux, Tagaloa/Ta'aroa ou Maui.

Nous pouvons ainsi citer les traditions orales suivantes :

*Un jour, Tagaloa-i-Lagi descend du ciel pour poser son filet dans l'océan. Il attrape quelque chose de lourd, alors il tire, tire encore et ramène des profondeurs une île et des îlots. Tagaloa remarque que sa pêche est belle, il en est content et laisse son filet autour pour ne pas qu'elle soit emportée par les courants. Le filet de Tagaloa serait le récif barrière qui entoure 'Uvea.*¹⁸

Et :

*[Maui], par magie, accrocha son hameçon dans la terre située en dessous de la mer [...] Maui remonta un gros poisson-terre. C'était l'île Nord de la Nouvelle-Zélande et la pirogue fut soulevée sur une éminence qui devint le mont Hikurangi. Le mythe raconte que Maui laissa ses frères sur le poisson lorsqu'il repartit pour la terre natale afin d'y chercher un prêtre pour accomplir les rites requis sur la terre nouvelle. Ses frères découpèrent le poisson et sous l'effet de la douleur, il se tordit sur lui-même: c'est ainsi que naquirent les collines et les vallées.*¹⁹

L'observation de la formation progressive des îlots, les *motu*, par ensablement des récifs coralliens puis pousse végétale, voire certaines émergences volcaniques, explique peut-être cette vision originale de la fabrication par l'océan des milieux insulaires. En tout cas, l'océan est générateur de nourriture, générateur de contacts, et donc potentiellement générateur d'îles restant à découvrir.

Enfin, si on ne perçoit de lui aujourd'hui que son immensité, à cause des cartes géographiques qui ont établi de manière cartésienne les distances, la perception océanienne des étendues océaniques est toute relative. Si l'océan est générateur de contacts, c'est aussi parce que c'est lui qui se déplace sous la pirogue : en Micronésie, les îles flottent, l'océan se déplace, les pirogues sont immobiles²⁰. La relativité du référentiel est ici essentielle à la compréhension. Ainsi, l'océan est perçu comme supérieur au continent, car, à la différence d'une masse de terre inerte qu'il faudrait traverser pour atteindre la contrée désirée, il participe activement à la navigation en amenant l'île située à l'autre bout du cap fixé. Voilà pourquoi l'immensité du Pacifique, si présente dans la perception occidentale depuis la première traversée qu'en firent Magellan et son équipage en 1521, n'est jamais mise en avant dans le discours océanien.

III. EXPLOITATION DES RESSOURCES

L'océan est également un espace d'exploitation : nous avons mentionné la prédation sur le milieu marin, et le perfectionnement des techniques de pêche. Toutefois, réduire l'impact

17 K. Howe (ed.), *Vaka Moana : Voyages of the Ancestors*, Auckland, Bateman, 2006.

18 J. Henquel, *Talanoa 'ki Uvea nei*, Presses de la mission, Lano, 1910.

19 P. Buck, *Les migrations des Polynésiens [Vikings of the Sunrise]*, trad. J. Foulque-Villaret, Paris, Payot [Philadelphia, Linpicott], 1952 [1938], p. 246.

20 P. D'Arcy, « Savoir-faire maritime et navigation dans les îles Carolines », in H. Guiot (ed.), *Vivre la mer : expressions océaniques de l'insularité*, Rennes, La Corderie Royale-Presses universitaires de Rennes, 2013, p. 53-68.

océanien à la seule capture du poisson ou à la collecte de coquillages comestibles serait une erreur. Dans des espaces insulaires où les gemmes et métaux précieux sont quasi inexistantes, la mer devient la source des matériaux de prestige.

L'ivoire marin, provenant des dents de cachalot (*Physeter catodon*), entre dans la confection de parures pour les personnages de haut rang, dans une zone allant de Fidji à Hawaï et à l'île de Pâques. Les dents de marsouins sont également utilisées, de même que l'écaïlle de tortue ou la nacre des grandes pintadines, pour orner les puissants.

Certains matériaux comme la nacre et l'écaïlle permettent la fabrication des hameçons, les *matau* : parce qu'ils servent à capturer le poisson, qu'ils renvoient également à Maui le pêcheur d'îles, mais surtout qu'ils sont faits du même matériau que celui des objets chargés en *mana*, on comprend mieux pourquoi les hameçons polynésiens sont toujours aujourd'hui si importants dans la culture populaire et si présents comme ornements ou motifs de tatouage.

Il faut ajouter à cela les coquilles de porcelaine qui servent de leurres à poulpe ou de pèle-fruits, les coquilles percées utilisées pour lester les filets de pêche, les conques marines sacrées, les grands coquillages à vocation funéraire comme les casques (*Cassis cornuta*), les murex (*Chicoreus ramosus*) et les grands lambis (*Lambis truncata*), les trocas (*Tectus niloticus*) dont on fait les bracelets, les cônes (*Conus* sp.) dont on fait des brassards et de la monnaie traditionnelle, les dents de requin avec lesquelles on fait des parures en Nouvelle-Zélande, des armes aux îles Gilbert et des couteaux à Hawaï, les coraux qui permettent, selon leur espèce, de fabriquer tantôt des râpes, tantôt des pilons, la nacre argentée des nautilus (*Nautilus* sp.), des haliotis et des pintadines (*Pinctada* sp.), avec laquelle on fait briller les yeux des statues, et auxquelles on donne ainsi vie, des îles Salomon à la Nouvelle-Zélande, en passant par la Micronésie.

Bien entendu, on utilise également en Océanie les plumes d'oiseaux (notamment à Fidji, en Nouvelle-Zélande, ou à Hawaï), mais ces matériaux peu pérennes s'abîment rapidement : c'est véritablement l'océan qui fournit presque tous les matériaux de prestige durables. Ceci est vrai, même pour certaines matières minérales précieuses, comme le jade calédonien utilisé dans les haches ostensives : s'il est extrait dans les massifs serpentiniteux de la Grande Terre et qu'il est parfois assimilé au sang du lézard, il n'en est pas moins aussi perçu comme le « cœur de la mer », pour reprendre l'expression consacrée. Ainsi, dans certains mythes, il faut plonger dans l'océan pour en faire surgir la hache. C'est bien cette origine marine, liquide, qui lui permet d'être utilisée pour frapper rituellement le soleil et mettre un terme à la saison sèche. Voici ce qu'en dit Jean Mariotti en 1952, en romançant la tradition orale :

La hache ronde ne vaut que par son nom sacré, tous les autres ne sont que vains bavardages des hommes entre eux. [...] Le vrai [nom] donne la puissance sacrée, ce nom : Na Kouéto, signifie le Cœur-de-la-Mer [...] la hache verte et ronde est le cœur de l'Océan mangeur de soleils.²¹

Enfin, l'océan est lié à la mort. Comme l'écrivait Peter Buck dans le passage précédemment cité, le soleil couchant, et donc l'occident, symbolise pour les Océaniens la terre d'origine, qu'on nomme *Hawaiki*, celle des ancêtres et, partant, celles des défunts, où les âmes retournent

21 J. Mariotti, *La conquête du séjour paisible*, Paris, Stock, 1952, p. 38.

après la mort. Les costumes des deuilleurs tahitiens, les *heva tupapa'u*, sont entièrement recouverts d'éléments issus de coquillages marins. Des sites géographiques particuliers, en lien avec l'océan, signalent des entrées du pays des morts, comme des caps ou des passes dans le récif. On dépose certains défunts dans des pirogues hauturières que l'on place dans des abris-sous-roche, on franchit le lagon pour aller en enterrer d'autres sur des îlots séparés de l'île principale. Enfin et surtout, on dépose les corps en mer, dans l'océan insondable. Si le traitement des morts est un des meilleurs miroirs des mentalités, cette communion ultime avec l'espace maritime, qui emporte l'esprit vers *Hawaiki*, fait de l'Océan le milieu naturel qui relie le monde des vivants et celui des morts, un rôle qui dans les cultures continentales est pris par la terre.

CONCLUSION

Ce rapide récapitulatif, nécessairement partiel permet de poser plusieurs principes océaniques importants, eux-mêmes issus d'un lien plurimillénaire s'étant forgé avec l'océan sur le temps long. Trois millénaires au total, peut-être un peu plus, ont été nécessaires pour générer une perception de l'espace maritime et de ses caractéristiques, une gestion de ses ressources tant lagonnaires qu'hauturières, ainsi qu'une utilisation intellectuelle de son potentiel mythique. Bien entendu, des différences locales existent, et telle perception ou ressource peut être absente ou renforcée d'un archipel à l'autre. L'idée a été ici de montrer ce qui unit, finalement, les conceptions océaniques de la mer et ce qui participe du bagage commun aux sociétés insulaires du Pacifique. Là où, pour les Européens, *l'oikouménè*, la terre habitée et fertile, est entourée d'un espace dangereux et mystérieux, qui est *l'okéanos*²², en Océanie, les îles sont au contraire des dons, des prolongements de l'océan fécond et généreux, au-delà de sa surface. Ainsi, les frontières littorales, qui constituent les éléments de base de notre géographie contemporaine centrée sur les territoires terrestres, n'ont finalement qu'un sens limité.

22 E. de Fontainieu, « Préface », in H. Guiot (ed.), *Vivre la mer : expressions océaniques de l'insularité*, Rennes, La Corderie Royale-Presses universitaires de Rennes, 2013, p. 6-7.

DÉTERMINANTS CONTEMPORAINS DU PLURALISME JURIDIQUE EN POLYNÉSIE FRANÇAISE : L'EXEMPLE DE RĀHUI

Tamatoa Bambridge

32

CNRS, Centre de Recherches Insulaires et Observatoire de l'Environnement (CRIOBE, USR 3278)

Les anthropologues considèrent le *tapu* et le *rāhui* comme des institutions fondamentales dans les sociétés pré-européennes de toutes les régions du triangle polynésien¹. *Tapu* est un terme qui désigne un objet, une personne ou un lieu « marqué », « contenu », « restreint » ou « mis de côté ». Dans un premier sens, *tapu* est l'état d'une personne, d'une chose, d'un lieu où le *mana* (pouvoir divin) est présent. Dans un deuxième sens, cela signifie « interdit à certaines catégories de personnes dans certains contextes ». *Rāhui* fait généralement référence à la capacité d'un chef ou d'un collectif de poser un interdit sur un lieu ou une ressource donnée, pendant une période limitée. Le *mana* est rendu présent par des rites appropriés et se tenir trop près d'objets imprégnés de *mana* peut être dangereux. La principale différence entre *tapu* et *rāhui* est l'autorité à l'origine. Dans le cas de *rāhui*, le chef est à l'origine de l'interdit, alors que dans le cas du *tapu*, un *atua* (dieu tahitien) en est à l'origine².

En termes de pluralisme juridique, il est soutenu ici que les faits observés à Tahiti démontrent à quel point une institution telle que le *rāhui* était profondément ancrée dans l'organisation sociale et n'obéissait à aucune stratification absolue de la société. La pluralité et le réseau de relations étaient parallèles à la hiérarchie politique et religieuse. Ce faisant, *rāhui* a fourni un grand nombre d'opportunités pour la prise de décision au sein des congrégations et entre celles-ci. Ceci explique la profonde pluralité des pouvoirs de décision au sein de la société polynésienne et, de ce fait, l'organisation de la société étant pluraliste, une approche juridique pluraliste est non seulement pertinente mais nécessaire.

I. LE RÔLE DU RĀHUI DANS L'ORGANISATION POLITIQUE, RELIGIEUSE ET SOCIALE DES MĀ'OHĪ (TAHITIENS)

L'institution du *rāhui* comprenait la mise en place d'autorité, de rituels et de cérémonies spéciales sur le *marae* (enceinte religieuse), des formes de délimitation du territoire soumis aux interdictions et diverses formes de sanctions en cas de non-respect de ces derniers. Les sanctions pouvaient même dégénérer en guerre ouverte dans certains cas³. Pour mieux comprendre

1 T. Bambridge, "The law of *rāhui* in the Society Islands", p 119-138, in T. Bambridge (ed.), *The Rāhui: legal pluralism, environment, and land and marine tenure in Polynesia*, Canberra, Australian National University Press, 2016.

2 P. Ottino-Garanger, M.-N. Ottino-Garanger, B. Rigo and E. Tetahiotupa, p 43-78, "Tapu and Kahui in the Marquesas", in T. Bambridge (ed.), *The Rāhui: legal pluralism, environment, and land and marine tenure in Polynesia*, op. cit.

3 T. Pomare (Princesse), *Mémoires de Marau Taaroa, dernière reine de Tahiti. Traduits par sa fille la Princesse Ariimanihinihi Takau Pomare*, Paris, Publication de la Société des Océanistes, Musée de l'Homme, 1971.

comment le *rāhui* s'inscrit dans la structure sociopolitique, il est important de dire un mot sur les principales notions qui ont prévalu et sur les statuts autour desquels les communautés de l'île de la Société ont été organisées.

Depuis les travaux de Douglas Oliver (1974)⁴, on sait que différents types de *marae* existaient en lien à toutes les hiérarchies sociales de la société *mā'ohi*. Il s'agit du *marae tupuna* (*marae* ancestral) références pour toutes les familles élargies, appelé *ōpū* (littéralement ventre), également terme de la parenté faisant référence à plusieurs branches d'*ōpū fetii* (famille élargie ayant une profondeur généalogique de 4 générations) et du *marae* de la chefferie. Nous pouvons distinguer 4 principaux statuts hiérarchiques dans la société *mā'ohi* : l'*ari'i*, le *tahu'a*, le *ra'atira* et le *manahune*. La traduction de ces quatre termes est délicate. L'*ari'i* était le chef d'un territoire et d'une population qu'il ne contrôlait pas directement. Ce contrôle était toujours laissé à un *ra'atira*, un chef secondaire, mais toujours puissant, qui était responsable du territoire de l'*ari'i*. Le *ra'atira* s'occupait des ressources du territoire, il était responsable de plusieurs domaines, y compris l'important travail des rites agraires à différentes périodes de l'année. Une autre catégorie sociale était celle des prêtres-spécialistes (*tahu'a pure*) recrutés dans les branches cadettes. Selon le témoignage de James Morrison (1966), qui est resté à Tahiti à la fin du XVIII^e siècle, quel que soit le rang de la famille, toutes les familles élargies avaient un *tahu'a* qui leur était attaché et les *tahu'a* avaient souvent leur propre *marae* dédié à des dieux spécifiques⁵.

La classe la plus « basse » de la société rassemblait les *manahune*, qui avaient le contrôle exclusif du territoire familial mais travaillaient principalement pour le *ra'atira* et le *ari'i*.

Chaque famille avait par ailleurs un *marae* familial, quel que soit son statut, et à partir duquel ses membres tiraient leur droit d'utiliser des terres et des parties de lagon qui y étaient rattachées. Chaque famille élargie (*ōpū*) semblait constituer un groupe dans lequel les interactions sociales normatives avec les dieux et la famille des ancêtres déifiés étaient constamment construites et maintenues par tous pour chaque statut de la société et non seulement par les chefs suprêmes, les *ari'i*.

Concernant les *rāhui*, nous en avons un certain nombre de descriptions par les premiers observateurs européens. Morrison, officier à bord du *Bounty*, observateur de la société *Mā'ohi* au cours de son séjour de plusieurs mois, a décrit la mise en place d'un *rāhui* dans une lagune :

Le rāhui sur les récifs est signifié en plaçant des arbustes le long de la partie rāhui avec de petits morceaux de tissu blanc attachés à eux, et après leur apparition, personne ne peut oser y pêcher sous peine de perdre leurs terres, mais ils peuvent pêcher avec filets, hameçons, etc. dans leurs canoës, ce qui leur permet de se procurer de bonnes provisions, mais si la plage est rāhui, ils ne doivent pas lancer de canoë pour pêcher, ni pour un autre but; cela ne se produit jamais, mais lorsque le drapeau du roi passe [...].⁶

4 D. Oliver, *Ancient Tahitian Society*, 3 vols., Honolulu, The University Press of Hawaii, 1974.

5 J. Morrison, *The Journal of James Morrison, boatswain aboard the Bounty*, french translation by B. Jaunez, Paris, Musée de l'Homme, 1966.

6 *Ibid.*, p. 162-163.

Le rapport de William Ellis (1829), missionnaire de la London Missionary Society, décrit la catégorisation territoriale de la lagune :

Si les propriétaires fonciers veulent préserver les poissons de la mer adjacente à la côte, ils rāhui, ou restreignent les sols, en posant un poteau sur le récif ou sur le rivage, auxquels sont attachées des feuilles de bambou, étant entendu que les poissons sont tabous et que la pêche est interdite, et que personne ne va intervenir dans ces parties sans le consentement du propriétaire.⁷

Selon la description d'Ellis, le tronçon de mer situé près de la terre était traité de la même manière que la terre. Toutefois, le « consentement du propriétaire » mentionné fait référence à un contrôle privilégié d'un terrain, d'une partie du lagon ou d'une autre ressource. La description de Morrison donne à penser que l'interdit visait principalement à collecter des ressources plutôt qu'à placer une interdiction spécifique : toutes les ressources de la zone désignée sont alors soumises à un *rāhui*. Enfin, selon plusieurs témoins, le statut politique de la personne qui a mis en œuvre le *rāhui* peut varier du *ari'i* au simple propriétaire terrien (dans ce cas, il s'étend aux droits des utilisateurs sur la plage).

Comme il a été noté plus haut, le *rāhui* terrestre et maritime donnait lieu à plusieurs types de droits en fonction du statut du chef. La décision du chef de *rāhui*⁸ des ressources impliquait un processus de prise de décision sociale. Il est peu probable que le chef ait été le seul décideur. Les membres du clan et d'autres dirigeants ont dû être inclus dans les échanges⁹. Il est probable que le *rāhui* de la lagune et de la mer ne soit pas si différent du *rāhui* sur la terre en termes de droits d'utilisation associés; droits d'accès, droits de récolte, sanctions en cas d'infraction et juridictions.

Ainsi, contrairement à ce que prétendent de nombreux auteurs¹⁰, l'institution du *rāhui* n'était pas le monopole de l'*ari'i*, mais pouvait être décidée par différents leaders intermédiaires, tels que les *ra'atira*, *toofa* (chef de rang suivant)¹¹, y compris le chef d'une famille élargie, au statut de *manahune*. Nous sommes d'accord avec l'hypothèse avancée par Oliver (1974)¹² selon laquelle le chef d'une « congrégation de parents » avait le pouvoir d'imposer un *rāhui* sur le territoire sous son contrôle direct, y compris la lagune adjacente à son territoire. D'autres dirigeants de statut supérieur pouvaient imposer un *rāhui* sur des terres qu'ils ne contrôlaient pas directement, mais uniquement avec l'accord des autorités locales. Selon l'équilibre du pouvoir, variable d'une chefferie à une autre, le *rāhui* pouvait être établi par de nombreux groupes et niveaux de statut, y compris le *manahune* qui occupait le statut le plus bas de la société pré-européenne polynésienne.

7 W. Ellis, *Polynesian Researches*, 2 vols., London, Fisher, Son and Jackson, II, 1829, p. 286.

8 Dans la langue tahitienne et plus généralement, dans les langues austronésiennes, un même mot, selon sa place dans la phrase peut servir de nom ou de verbe.

9 D. Oliver, *Ancient Tahitian Society*, 3 vols., Honolulu, The University Press of Hawaii, 1974.

10 T. Pomare, *Mémoires de Marau Taaroa, dernière reine de Tahiti*, op. cit. ; G. Cadousteau [Mai-Arii], *Généalogies commentées des arii des îles de la Société*, Repr., Papeete, Société des Études Océaniques, 1987, réédité en 1996.

11 J. Davies, *A Tahitian and English Dictionary*, 1851, document reproduit disponible sur le site <http://www.arapo.org/pf/dico.html>, 2004, p. 279.

12 Op. cit., note 8.

II. LE PROCESSUS D'ASSIMILATION APRÈS LA PÉRIODE DE CONTACT

Le processus d'assimilation entamé par la création des États (dotés, dès 1819, d'une constitution, d'un pouvoir judiciaire et législatif) a modifié l'équilibre du pluralisme juridique polynésien. Cela a débuté avec la transformation du système des chefs.

Le brillant article de Tcherkezoff¹³ sur la transformation historique du système *matai* à Samoa, qui a conduit à une multiplication des chefs *matai* dans un contexte de plus grande démocratie, montre que le pluralisme est une configuration dynamique qui nécessite une plus grande attention et souligne une évolution vers plus de pluralisme à Samoa.

À Tahiti, en revanche, le processus de formation de l'État au début du XIX^e siècle a conduit à une situation inverse, à savoir l'assimilation de normes pluralistes par les lois de l'État.

A. La période indépendante

Le code de loi de 1824 à Tahiti a introduit des changements majeurs : un nouvel équilibre des pouvoirs entre les *ari'i* et les autres dirigeants, une assemblée parlementaire et des changements substantiels dans le *rāhui* (dérobement de provisions, interdiction de grimper aux arbres, respect du sabbat) qui révèlent déjà de nouveaux contextes : l'influence d'une nouvelle religion, l'introduction, toujours implicite, mais bien réelle, d'un style de droit de propriété occidental et d'un commerce croissant avec le monde extérieur, européen et américain. En termes d'implications pour le pluralisme juridique, cette législation peut être considérée comme le premier pas en avant substantiel des principes de réglementation plurielle des autorités et des ressources en Polynésie.

La logique initiée par Pomare II (centralisation du pouvoir, réorientation des gains liés au *rāhui* pour son bénéficiaire personnel) a été maintenue par Pomare IV à une échelle encore plus grande dans le but ultime de contrôler les relations commerciales entre l'archipel des Tuamotu, riche en perles, et le monde extérieur. De plus, les missionnaires ont profité de ce nouvel environnement pour réorienter le *rāhui* au profit également du *Toohitu*, qui était un nouveau groupe de juges. Nouvelle institution inventée et mise en place par les missionnaires dans les années 1820¹⁴ afin de remplacer l'autorité des *ari'i* dans leur chefferie¹⁵. En pratique, ce sont principalement les *Toohitu* qui vont contrôler la redistribution annuelle des contributions des chefferies dans les années 1830. D'une situation initiale où les *Toohitu* avaient juridiction sur toutes les affaires civiles et pénales, leur rôle s'est progressivement réduit aux affaires foncières au cours du siècle qui va suivre, jusqu'à son ultime démantèlement par la France en 1945.

13 S. Tcherkezoff, "Are the Samoan Chiefs Matai 'out of time'? Tradition and democracy: contemporary ambiguities and historical transformations of the concept of chief", in E. Huffer et Asofou So'o (eds), *Governance in Samoa*, Canberra / Suva, Australian National University (National Centre for Development Studies, "Asia-Pacific" Series) / University of the South Pacific (Institute of Pacific Studies), 2000, p. 113-133.

14 B. Saura, « Les codes missionnaires et la juridiction coutumière des *Toohitu* aux îles de la Société et des Australes (1819-1945) », *Revue de la recherche juridique de droit prospectif*, n° XXI, 2016, Aix-Marseille : Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM).

15 C. Newbury, "Aspects of cultural change in French Polynesia: the decline of the *ari'i*", *Journal of the Polynesian Society*, 76 (1), 1967, p. 7-26 ; "Political Representation in French Polynesia, 1880-1903", *Journal de la société des Océanistes* 23, 1967, p. 11-27.

Ainsi, pendant deux décennies (de 1820 à 1840), le *rāhui* a été reformulé en une catégorie culturelle basée sur des interprétations d'événements historiques, variables selon les acteurs (chefs, missionnaires, la nouvelle classe de personnes formant le *toohitu*).

B. Protectorat et assimilation du pluralisme juridique

L'influence extérieure sur Tahiti et Moorea s'est considérablement accrue dans les années 1840, alors que la France cherchait à imposer son contrôle militaire et à établir une base en réponse aux défis perçus par la présence croissante de la Grande-Bretagne dans le Pacifique pour les intérêts nationaux français. Après de nombreuses péripéties, un traité de protectorat rédigé par l'amiral français Dupetit-Thouars fut imposé à la reine Pomare IV et fut signé à contrecœur par ses représentants à Tahiti en 1842 alors qu'elle s'était enfuie à Moorea. Les Français ne pouvaient toutefois pas édicter totalement leur volonté. L'article 3 du traité de protectorat du 8 septembre 1842 est explicite sur le maintien de la propriété et du contrôle de la part des Tahitiens sur leurs terres : « La reine et tout le peuple garderont la possession de leurs terres. Les conflits fonciers doivent être laissés à eux-mêmes. Les étrangers ne doivent pas interférer avec eux. »¹⁶

Au cours de la décennie qui a suivi le traité de protectorat, le statut des terres autochtones est resté du ressort des tribunaux autochtones, les *to'ohitu*. Cependant, peu de temps après la signature du traité de protectorat, le « protecteur » a émis des ordres qui contredisaient ouvertement les arrangements convenus lors de la signature du protectorat en matière de partage du pouvoir.

Les relations entre la reine et les *To'ohitu* étaient également sensibles. Newbury note que les *To'ohitu* avaient remplacé les *ari'i* en tant que source du pouvoir judiciaire¹⁷. Ils ont même tenté de proclamer une république en 1852 pour contester directement le pouvoir des Pomare¹⁸. Cette fois, c'est le gouverneur qui a restauré les prérogatives des Pomare en tant que *Ari'i* suprême sur les îles de Tahiti et dépendances. La nouvelle organisation politique du pouvoir dans le protectorat s'est accompagnée d'une nouvelle approche du *rāhui* à Tahiti et à Moorea. En réalité, toutefois, cette tradition autochtone fondamentale a perduré au niveau local, comme le montre l'enregistrement des terres de 1852, décrit ci-dessous.

Une nouvelle politique coloniale d'enregistrement foncier s'est heurtée à une sociologie déjà complexe du régime foncier au milieu du XIX^e siècle. La loi de 1852 sur l'enregistrement des terres avait le ferme objectif de créer une propriété privée. Cette logique avait débuté avec les politiques missionnaires introduites avec les articles sur le vol dans la constitution de 1819 à Tahiti environ trois décennies plus tôt. Puis, la nouvelle législation de 1852, promulguée par le gouverneur, donna à la législature tahitienne le pouvoir de voter cette loi sans la signature contradictoire de Pomare IV¹⁹.

16 C. Newbury, *Tahiti Nui: Change and Survival in French Polynesia 1767-1945*, Honolulu, University Press of Hawaii, 1980, p. 107.

17 C. Newbury, "Aspects of cultural change in French Polynesia: the decline of the *ari'i*", *op. cit.*

18 E. Caillot, *History of Eastern Polynesia*, Paris, Ernest Leroux Publisher, 1910, p. 290.

19 G. Coppenrath, *La terre à Tahiti et dans les îles: Histoire de la réglementation foncière, Perspectives d'avenir*, Papeete, Haere Po, 2003, p. 34.

La loi du 24 mars 1852 sur l'enregistrement des terres est appliquée dans onze districts de Tahiti. L'enregistrement se fondait sur les rapports reçus dans chaque district par le conseil de district, qui comprenait désormais le chef, le juge, le *muto'i* (police), deux propriétaires élus (loi électorale du 22 mars 1852) et le *To'ohitu*. La loi prévoyait deux types de terres : les terres *fari'ihau* (apanages) détenues par les chefs en raison de leurs charges et les terres privées. Curieusement, la loi ne mentionne pas le concept de « propriété », mais uniquement le « propriétaire » dont une liste doit être établie dans chaque district sur une base territoriale, couvrant l'ensemble du district.

En ce qui concerne le *rāhui*, il est fondamental d'examiner la manière dont des terres, des portions de lagons au large et la mer au-delà des récifs ont été revendiquées lors de l'établissement des listes de « propriétaires fonciers » des onze districts conformément à la loi de 1852. Dans certains cas, ce sont les dirigeants d'un *'ōpū feti'i* ou du *'ōpū* (famille élargie comprenant 4 à 7 générations de généalogistes) qui ont fait la déclaration sans préciser si celle-ci était faite au nom d'une famille élargie ou d'un particulier. Dans d'autres cas, des propriétaires individuels ont revendiqué en leur nom propre. Dans tous les cas, l'affiliation au *marae* familial a servi de point de départ à la légitimité de chaque candidat à revendiquer des terres et une partie de la lagune.

Un certain nombre de caractéristiques de paysages terrestres et marins ont servi de base aux revendications: *marae*, grottes, sources, rivières, parcs à poissons, passes de récifs frangeants, pentes extérieures du récif, fosses à poissons, etc. Par exemple, dans le district de Papeari sur la côte ouest de Tahiti, les revendications formulées en 1856 englobaient de nombreuses portions de terre et de mer. Dans ce seul district, 200 zones distinctes du lagon ont été nommées, ainsi que 839 parcelles de terres. Cette richesse toponymique locale témoigne de la pérennité de la coutume pour les communautés locales de cette première génération.

Par ailleurs, la nouvelle obligation de 1852 de revendiquer la propriété a eu pour effet juridique de transformer les droits d'usage et solennels associés aux branches des *'ōpū* en droits de propriété.

C. L'annexion

La tendance à la dichotomie, entre a) des règles d'utilisation des ressources centrées sur l'État, fondées sur des critères politiques et juridiques, et b) une pratique locale de l'utilisation des ressources, était en cours depuis le protectorat (1842) jusqu'à l'annexion française (1880).

La politique « assimilationniste » coloniale²⁰ sous le protectorat prend de l'ampleur au cours de la période 1850-1880. Le détournement des principes et des pratiques de mise en œuvre du *rāhui* vers des directions plus adaptées aux besoins et aux désirs coloniaux a nécessité de poursuivre la réforme de l'autorité politique auparavant entreprise. En particulier, ceux qui détenaient l'autorité locale sur le territoire et les ressources étaient la cible des autorités étatiques. La loi du 12 novembre 1855, portant création de conseils de district, illustre bien cette orientation. La reine et le gouverneur devaient déterminer conjointement la composition de la commission. Tous les actes étaient validés par le directeur colonial qui avait transmis

20 C. Newbury, "Political Representation in French Polynesia, 1880-1903", *op. cit.*

pour la première fois ses conclusions au gouverneur, une copie étant remise à la reine. Il était également convenu que le conseil de district se chargerait de « toutes les affaires du district et de diverses bonnes ou mauvaises coutumes introduites dans le district par les habitants » (article 4), sous réserve de l'approbation des autorités (article 5-9). Ainsi, cette loi de 1855 signifiait que les coutumes n'étaient légalement reconnues que si elles étaient validées par les autorités coloniales.

L'annexion française des archipels des îles du Vent en 1880 a mis fin à la possibilité d'imposer des amendes, qui était restée l'un des derniers pouvoirs des conseils de district sous le protectorat. Cette dernière série de réformes avait finalement mis fin au *rāhui*, du moins officiellement. Cette répression n'était cependant pas uniforme et le *rāhui* restait officiellement pratiqué dans d'autres archipels – jusqu'en 1917 dans les îles Sous-le-Vent, et jusqu'en 1945 dans les îles Rurutu et Rimatara, aux Australes. Il était également préservé ailleurs malgré un cadre juridique hostile, tel que Rapa²¹ et Maiao²².

D. Le décret de 1887

Le décret du 24 août 1887 relatif à l'organisation des terres à Tahiti et à Moorea a ensuite mis fin aux instances néo-traditionnelles. Ce fut peut-être l'événement le plus frappant de cette période, car il marqua le remplacement définitif de l'autorité des chefs au pouvoir par les institutions du pouvoir colonial. Ce décret a fondamentalement modifié les relations de la population avec son territoire. À partir de ce moment-là, toute terre était considérée comme appartenant au gouvernement colonial au titre de la doctrine du domaine éminent. Chaque individu devait donc faire une déclaration de propriété pour légitimer son contrôle et son accès aux ressources et au territoire. Chaque demandeur, qui était officiellement reconnu comme propriétaire par la colonie, pouvait se voir attribuer un titre de propriété ou *tōmite* (du terme *comettee* en anglais), tandis que les parcelles non revendiquées devenaient temporairement des « terres de district ». Si ces terres de district n'étaient pas réclamées après une période d'un an, elles devenaient des terres domaniales, considérées comme des terres vacantes sans propriétaire légitime. Le décret de 1887 a également établi le principe selon lequel, après un certain délai, toutes les réclamations futures et toutes les objections seraient examinées conformément aux procédures du Code civil.

E. Analyse

Sur la base du décret du 24 août 1887, l'administration coloniale a commencé à appliquer la théorie du domaine éminent, telle qu'interprétée dans le droit français ancien : l'État était désormais considéré comme le titulaire d'un droit éminent et les autochtones étaient invités à transformer leur droit de possession ou d'utilisation en droits de propriété. Ensuite, afin de promouvoir le développement des terres et le développement de l'agriculture, l'État a utilisé des moyens légaux pour développer les terres. C'est pourquoi, l'utilisation des concepts de « terres domaniales » ou de « terres vacantes et sans maître » a permis le contrôle d'une grande partie des terres par l'État en réduisant les droits des utilisateurs autochtones. Comme le

21 T. Bambridge et Ch. Ghasarian, « Juridictions françaises et droit coutumier à Rapa. Les enjeux d'une traduction », *Droit et Cultures*, 2002, n° 44, p. 153-182.

22 B. R. Finney, *Polynesian peasants and proletarians*, Cambridge, Schenkman, 1973, 147 p.

notait à juste titre N. Rouland (1988) à propos de l'acculturation des sociétés traditionnelles : « Nous étions maintenant dans un système fondé sur l'infériorité du statut juridique des revendications autochtones, qu'il leur incombait de prouver. »²³

A priori, les chefs, déjà dépossédés de leurs prérogatives concernant les *rāhui*, ont été complètement privés de leur usage quant aux terres sur lesquelles ils avaient une influence, car les terres non réclamées étaient devenues celles de la colonie. De plus, les revendications sur des parties du lagon n'étaient plus autorisées en raison d'une règle de 1866 faisant de celle-ci un domaine public. Ceci imposait encore plus de restrictions à l'exercice, par tous les *Mā'ohi*, quel que soit leur statut, de leurs droits associés au *rāhui* sur ces territoires. Plus important encore, le décret de 1887 n'était pas un simple dispositif déclaratif, comme dans la loi de 1852 sur les revendications territoriales ; en fait, ce décret de 1887 imposait cette fois-ci une sanction : la perte de ses terres non revendiquées. L'absence de réclamation signifiait être dépossédé de la terre.

III. IMPLICATIONS POUR LE PLURALISME JURIDIQUE AUJOURD'HUI

A. La renaissance de *rāhui*

Depuis 2000, sous l'influence d'une forte revendication identitaire de la population tahitienne, l'État a tenté de réintroduire le *rāhui* polynésien dans la législation sur la pêche concernant la gestion des ressources marines. Plusieurs États polynésiens ont fait de même au cours de la dernière décennie (îles Cook, Aotearoa-Nouvelle-Zélande, Rapa Nui, Hawaï), faisant ainsi revivre une pratique passée dans un contexte radicalement nouveau. Cette dynamique contribue à redonner aux communautés locales une autonomie de décision en matière de gestion des ressources et des territoires. Les recherches menées pour comprendre la réappropriation du *rāhui* aujourd'hui²⁴ montrent que l'aspect religieux de cette pratique n'a jamais été totalement absent, même aux jours les plus sombres du contrôle colonial, tout en admettant que, dans un contexte politique différent, il ne peut être une réplique exacte du passé.

B. Implications en termes de pluralisme juridique

1. Le récit détaillé du destin de *rāhui* en période de transition politique et de bouleversement social a également de profondes implications sur la pratique actuelle de gestion des ressources et pour la théorie anthropologique sur la résilience culturelle et les tentatives d'imposer le changement sans un consentement local. L'État central du Pacifique est une création coloniale à faible capacité²⁵. Le « retour » vers une gestion plus locale des ressources reflète cette réalité. L'engagement de l'État dans de véritables partenariats de gestion des ressources avec les communautés autochtones reste cependant incertain. L'affirmation du contrôle central puis colonial de la gestion des ressources par l'État, que nous avons

23 N. Rouland, *Anthropologie juridique*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988.

24 T. Bambridge, « The law of *rāhui* in the Society Islands », in T. Bambridge (ed.), *The Rāhui: legal pluralism, environment, and land and marine tenure in Polynesia*, Canberra: Australian National University Press, 2016.

25 G. Fry and T. Kabutaulaka (eds.), *Intervention and state-building in the Pacific: The legitimacy of 'cooperative intervention'*, Manchester, Manchester University Press, 2008 ; P. Larmour, *Foreign Flowers: Institutional Transfer and Good Governance in the Pacific Islands*, Honolulu, University of Hawaii Press, 2005.

examinée précédemment, montre que de tels partenariats sont le seul moyen viable de gérer les ressources et que le *rāhui* traditionnel a perduré pour trois raisons importantes : il a fonctionné, a procuré aux communautés locales des avantages et leur a donné une influence sur le processus de gestion des ressources.

2. Les recherches en cours menées à Tairapu²⁶ montrent l'importance encore notable du *tahu'a* dans la gestion de la lagune et du territoire à travers le *rāhui*. Les *tahu'a* sont des experts de la pêche, de l'agriculture, de la construction des pirogues, des soins traditionnels. Leur lecture de l'environnement, des cycles lunaires ou les techniques et les parcours territoriaux qu'ils maîtrisent permettent d'anticiper des événements ou de résoudre des problèmes locaux avec une réactivité que n'auront sans doute jamais les agents de l'État ou de la science. Les insulaires du Pacifique ont historiquement établi des relations de continuité entre les régimes fonciers terrestre et marin, ce qui a abouti à un contrôle prioritaire et/ou spécialisé des territoires et des ressources.

Cette maîtrise ne découle pas uniquement des qualifications traditionnelles, mais résulte également de la connaissance intime des plantes et des lieux. À cet égard, ces pratiques sont directement observables au moyen de toponymies décrivant les activités appropriées, les limites, les lieux interdits ou les sites historiques.

3. La discussion sur l'institution du *rāhui* implique un modèle conceptuel d'autorité sur le contrôle de la terre, de la mer et des ressources, basé sur un réseau de relations consanguines privilégiées, où le statut politique est à la base du réseau. Petersen rejoint cette position dans son analyse du pouvoir et de l'utilisation du kava dans les îles Caroline²⁷. En raison de principes de rang transversaux, « le caractère du pouvoir politique dans la société polynésienne est vague, ambivalent, contradictoire et pratiquement impossible à observer ». En ce sens, Petersen se demande si d'autres sociétés de la sphère austronésienne sont également dépourvues de « chefs ».
4. En termes de théorie du pluralisme juridique, on peut se demander si la typologie proposée par Morse (1988)²⁸ pour décrire les interactions entre les lois coutumières et les lois des États (coopération, séparation, assimilation) est toujours pertinente pour saisir des situations historiques comme celle décrite à Tahiti ? En fait, l'assimilation comme mode de relation entre État et communauté locale continue de dominer le champ politique aujourd'hui. Toutefois, du point de vue des communautés locales, l'analyse du réseau de statuts et des relations consanguines semble plus pertinente pour rendre compte de l'organisation sociale autour d'une institution telle que le *rāhui*.

26 T. Bambridge, « Le foncier terrestre et marin en Polynésie française. L'étude de cas de Teahupoo », *Land Tenure Journal*, vol. 2, n° 2, 2013, p. 118-143 (FAO Rome Italie).

27 G. Petersen, "Sociopolitical rank and conical clanship in the Caroline Islands", *Journal of the Polynesian Society*, 108(4), p. 367-410, 1999.

28 B. W. Morse, *Indigenous Law and the State*, Foris Publications, Dordrecht, Holland, 1988, p. 101-120.

LES MUTATIONS DE LA TERRITORIALITÉ DANS LE PACIFIQUE

Géraldine Giraudeau

Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

Le « territoire » et la « territorialité » (la qualité juridique tenant au territoire) sont à la fois des notions pérennes et des notions mouvantes. Il s'agit de notions pérennes dans le sens où elles ont traversé les siècles avec une certaine constance. Le territoire a toujours été synonyme de pouvoir, et il constitue l'assise spatiale sur laquelle les États exercent leurs compétences souveraines¹. À l'heure où on pourrait croire la référence du territoire national dépassée par la mondialisation et le franchissement quotidien des frontières qui le délimitent, celui-ci apparaît paradoxalement, peut-être plus que jamais, défendu, contrôlé, sécurisé et même muré, en bien des endroits du monde.

En même temps, la signification du territoire et de la territorialité a connu de nombreux bouleversements. D'abord, rappelons-le, le territoire en tant qu'espace matériel des activités humaines est désormais concurrencé par un espace immatériel, celui du cyberspace, sur lequel les États entendent aussi exercer leur contrôle, mais qui ne fait pas ici l'objet de notre propos. Ensuite, le territoire étatique a également été transformé par l'application des règles internationales du droit de la mer, qui, répondant aux prétentions gouvernementales, consacrent la « territorialisation » des espaces maritimes. Par l'adoption de diverses conventions sectorielles, puis, par la signature de la fameuse convention de Montego Bay sur le droit de la mer (ci-après CNUDM pour Convention des Nations Unies sur le Droit de la Mer), a été consacré l'exercice de compétences souveraines des États côtiers, liées à l'exploration et à l'exploitation des ressources jusqu'à 200 milles marins (soit 370,4 km), voire, dans certains cas, jusqu'à 350 milles marins pour le plateau continental². L'affirmation de ces règles, puis, leur application ont contribué à grignoter, petit à petit, la haute mer, et donc les espaces marins ne relevant de la souveraineté d'aucun État. Comme l'écrivent Didier Ortolland et Jean-Pierre Pirat dans leur *Atlas géopolitique des espaces maritimes*, la mer est « la plus grande conquête territoriale de tous les temps »³.

Les évolutions technologiques du xx^e siècle ont permis de prospecter sur les énormes bénéfices économiques qui pouvaient être tirés des espaces marins au travers de l'exploitation des ressources halieutiques, minières, et fossiles. Si les activités déployées sur la mer continuent de se multiplier, certaines génèrent des questions quant à la protection de l'environnement, quand d'autres pourraient apporter certaines réponses à la pénurie de pétrole et aux effets des changements climatiques, avec la construction de parcs éoliens, d'ouvrages, d'îles artificielles, de plateformes, toujours plus loin vers le large⁴.

1 Pour les différentes théories du territoire, voir la contribution de M. Strauss dans cet ouvrage.

2 Voir *infra*. pour les demandes d'extension du plateau. Convention sur le droit de la mer, Montego Bay, 10 décembre 1982, Nations unies, *Recueil des Traités*, vol. 1834, p. 3.

3 D. Ortolland et J.-P. Pirat, *Atlas géopolitique des espaces maritimes. Frontières, énergie, pêches et environnement*, Paris, Éditions Technip, 2008, Avant-propos, VII.

4 Sur cette question : P. Gautier et V. Tassin, « Les plates-formes en mer et le droit international », *AFDI*, volume 59,

Cette appropriation de l'élément maritime trouve une expression singulière à l'échelle régionale du Pacifique, en particulier dans sa zone méridionale, du fait de la présence de nombreux archipels, éloignés les uns des autres. En raison de l'existence d'un droit international de la mer codifié – avec des dispositions diverses et lacunaires mais permettant néanmoins d'identifier un cadre général et des limites aux revendications étatiques –, il serait évidemment incorrect de parler d'un droit de la mer *du* Pacifique⁵. L'application du droit de la mer *dans* le Pacifique emporte toutefois des singularités. Trois spécificités peuvent être soulignées.

Les premières observations sont d'ordre géographique. Le Pacifique est le plus grand océan de la Terre, il constitue au moins un tiers de la planète (au moins 181 millions de km² sur les 510 millions de la surface terrestre), plus si on prend en compte ses côtes adjacentes⁶. Il représente également au moins la moitié du volume total des océans (714,4 millions de km³), et constitue l'océan le plus profond (avec un maximum enregistré de 11034 mètres). On y trouve entre 20 000 et 30 000 îles réparties entre les aires de la Mélanésie, de la Micronésie, et de la Polynésie⁷.

Les deux autres particularités, découlant de cette description, sont d'ordre juridique. Les règles applicables sont celles du droit international général, mais y sont déployées plus que nulle part ailleurs celles relatives aux États archipélagiques. De plus, la mise en œuvre du droit de la mer y a des conséquences sans égal, à l'instar d'un *ratio* entre territoire terrestre et espaces maritimes unique au monde⁸, et modifiant complètement la proportion des espaces sur lesquels s'exercent des compétences étatiques. Par ailleurs, la possibilité pour les États côtiers de faire valoir leurs droits sur le plateau continental étendu contribue encore un peu plus à bouleverser la carte du Pacifique et les relations géostratégiques qui s'y jouent entre les États riverains et jusqu'aux deux pôles, faisant aujourd'hui l'objet de revendications croissantes et concurrentes. Ces réalités, mises en perspective avec la menace que représente la montée des eaux, expliquent la prévalence de certains différends relatifs à la fois à l'attribution de formations insulaires et à la délimitation des frontières maritimes.

Il sera donc question ici d'expliquer en quoi ces facteurs entraînent une mutation de la territorialité avec des aspects propres à la région (I), d'identifier la place que le droit y occupe, et de décrypter certaines de ses conséquences juridiques mais aussi économiques, géostratégiques et humaines (II).

2013. p. 185-220.

5 En 1961, dans un article paru dans *l'Annuaire français de droit international*, le professeur Focsaneanu évoquait l'existence d'un droit « international maritime de l'Océan Pacifique et de ses mers adjacentes », en prenant notamment acte de la liste des différentes revendications unilatérales des États du Pacifique sur les espaces maritimes et du régionalisme existant alors en matière de pêcheries. Pas loin de 60 ans après, l'état du droit est bien différent et le droit maritime, en référence à la régulation des activités d'ordre privé, s'est beaucoup unifié.

6 Voir la description faite en avant-propos de cet ouvrage, d'après l'encyclopédie *Universalis*.

7 *Ibid.*

8 *Infra.*

I. LA TERRITORIALISATION DES ESPACES MARITIMES À L'ORIGINE DE LA TRANSFORMATION DE LA CARTE POLITIQUE DU PACIFIQUE

La territorialisation des espaces maritimes a bouleversé la répartition des souverainetés dans le Pacifique, et passe juridiquement par l'affirmation des compétences sur les ZEE (A), mais aussi sur les extensions du plateau continental au-delà de 200 milles marins (B). L'immensité des limites concernées ne fait pas que le jeu des États identifiés sur une telle carte, tous n'ayant pas les moyens économiques d'exploiter les ressources de la mer et de son sous-sol. Les grandes puissances non riveraines tiennent à y exercer leur contrôle et y investissent par divers moyens. En outre, l'obligation de protection du milieu, déjà lacunaire dans la CNUDM, apparaît encore plus difficile à respecter au regard de la dimension des espaces en jeu, et de la diversité des acteurs impliqués (C).

A. L'affirmation des souverainetés sur les ZEE

Pour rappel, la CNUDM prévoit l'extension de la mer territoriale jusqu'à 12 milles marins, ainsi que l'exercice de certaines compétences souveraines liées à l'exploration et à l'exploitation des ressources jusqu'à 200 milles marins⁹. Ces droits produisent aujourd'hui des effets importants pour les États insulaires du Pacifique. Au regard de la géographie du globe, ceux-ci, pour la plupart archipélagiques, et éloignés les uns des autres, s'en trouvent dotés d'immenses espaces maritimes, les faisant passer de confettis terrestres à de grandes nations maritimes, comme déjà souligné en avant-propos de ce colloque.

En soi, la formation insulaire, avec une distance de ZEE calculée à partir des lignes de base, offre déjà une projection conséquente de la souveraineté étatique à 360 degrés. Cet effet se trouve démultiplié dans le cas des archipels – au sens de la CNUDM –, la largeur de la zone se calculant alors à partir des lignes de base archipélagiques, sous réserve des conditions de la partie IV de la Convention (voir l'intervention de V. Cogliati-Bantz dans cet ouvrage). Ainsi, la taille réduite des îles du Pacifique implique un *ratio* spécifique entre l'étendue des surfaces terrestres et celle des espaces marins. Selon François Taglioni, qui écrit en 2007 à ce sujet : « le rapport entre la ZEE et la superficie terrestre souligne souvent la démesure des espaces maritimes dont jouissent potentiellement certaines îles de l'Océanie insulaire en particulier », ainsi, « (a)u total, l'ensemble des zones économiques exclusives (ZEE) de 200 milles des petits États insulaires représente environ le sixième de la surface de la Terre¹⁰ ». À l'approche de la conférence des Nations unies sur les Océans, le conseiller principal pour les petits États en développement soulignait par exemple que ceux-ci « abritent 15 des 50 plus grandes Zones Économiques Exclusives (ZEE) du monde », et que « (l) a ZEE de

9 Article 56, 1. a) et b). Ainsi ladite convention prévoit l'existence d'une zone économique exclusive, d'une largeur maximum de 200 milles marins à partir des lignes de base (article 57), au sein de laquelle les États ont « des droits souverains aux fins d'exploration et d'exploitation, de conservation et de gestion des ressources naturelles, biologiques ou non biologiques, des eaux surjacentes aux fonds marins, des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi qu'en ce qui concerne d'autres activités tendant à l'exploration et à l'exploitation de la zone à des fins économiques, telles que la production d'énergie à partir de l'eau, des courants et des vents, des courants et des vents », et exercent leur « juridiction, conformément aux dispositions pertinentes de la Convention, en ce qui concerne i) la mise en place et l'utilisation d'îles artificielles, d'installations et d'ouvrages, ii) la recherche scientifique marine, iii) la protection et la préservation du milieu marin ».

10 F. Taglioni, « Les petits espaces insulaires au cœur des revendications frontalières maritimes dans le monde », *L'Espace Politique* [En ligne], 1 | 2007-1, mis en ligne le 1^{er} janvier 2007, consulté le 20 juin 2018.

Tuvalu est 27 000 fois plus vaste que sa superficie terrestre »¹¹. Voici un tableau présentant le rapport entre surface terrestre et surface maritime pour les territoires concernés, et permettant de prendre la mesure de ce phénomène. On notera que l'impressionnante étendue de la ZEE française – environ 10 millions de km² – tient en grande partie aux projections maritimes des outre-mer français dans le Pacifique, en particulier aux 4,5 millions de km² de la Polynésie, représentant plus de 40 % de cet ensemble¹². Nous y incluons les îles « géantes » du Pacifique pour comparaison.

Tableau 1 : Comparatif des surfaces terrestres et maritimes des ZEE dans le Pacifique

| Territoire <i>Source</i> | Surface du territoire terrestre en km² | Surface de la ZEE en km² |
|--|--|--|
| Australie <i>Département de géoscience du gouvernement australien : https://www.ga.gov.au/</i> | 7 688 287 | 8 148 250 dont 2 100 170 outre-mer, principalement dans l'Océan indien avec les îles Heard, Mc Donald, Cocos, et Christmas, et dans le Pacifique avec Norfolk et Maquarie |
| Clipperton Portail national des limites maritimes : https://limitesmaritimes.gouv.fr/ressources/tableau-des-superficies . | 8,9 | 434 619 |
| Fidji <i>http://www.pacific.undp.org</i> | 18 274 | 1 260 000 |
| Indonésie <i>WorldAtlas.com</i> | 1 904 569 | 6 159 032 |
| Kiribati <i>FAO Fishery country profile : fao.org</i> | 810 | 3 500 000 |
| Îles Cook <i>Sp.c.int</i> | 240 | 1 947 760 |
| États fédérés de Micronésie <i>Fao.org</i> | 701 | 2 980 000 |
| Nauru <i>Sp.c.int</i> | 21 | 293 079 |
| Niue <i>Sp.c.int</i> | 259 | 390 000 |

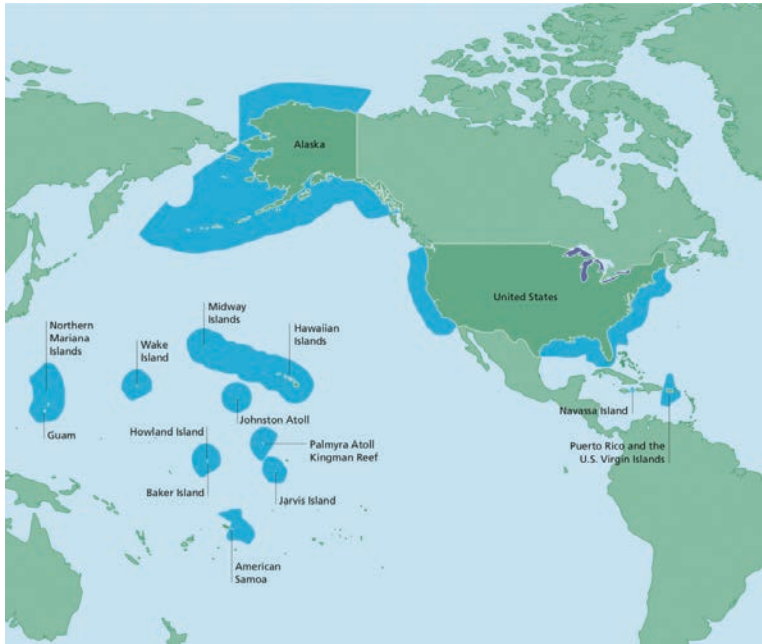
¹¹ *Ibid.*

¹² Voir le portail officiel des limites maritimes : <https://limitesmaritimes.gouv.fr>. On trouve souvent mention des « 11 millions de km² » de la ZEE française, mais les données officielles sont aujourd'hui de 10 180 884 km² pour l'ensemble des espaces maritimes français, hors extensions du plateau continental.

| Territoire <i>Source</i> | Surface du territoire terrestre en km² | Surface de la ZEE en km² |
|--|--|--|
| Nouvelle-Calédonie <i>Portail national des limites maritimes : https://limitesmaritimes.gouv.fr/ressources/tableau-des-superficies.</i> | 18 576 | 1 240 601 |
| Nouvelle-Zélande <i>New Zealand Foreign Affairs and Trade : https://www.mfat.govt.nz/en/environment/oceans/our-maritime-zones-and-boundaries/</i> | 268 021 | 1 700 000 |
| Palau <i>Undp.org</i> | 459 | 600 000 |
| Polynésie française <i>Portail national des limites maritimes : https://limitesmaritimes.gouv.fr/ressources/tableau-des-superficies.</i> | 4167 | 4 537 730 |
| Îles Salomon <i>Fao.org</i> | 27 990 | 1 611 839 |
| Samoa <i>Fao.org</i> | 2 935 | 120 000 |
| Tokelau <i>https://www.tokelau.org.nz</i> | 12,2 | 300 000 |
| Tonga <i>Fao.org</i> | 720 | 667 957 |
| Tuvalu <i>Fao.org</i> | 30 | 756 313 |
| Vanuatu <i>Spc.int</i> | 11 830 | 628 220 |
| Wallis-et-Futuna <i>Portail national des limites maritimes : https://limitesmaritimes.gouv.fr/ressources/tableau-des-superficies.</i> | 142,4 | 256 644 |

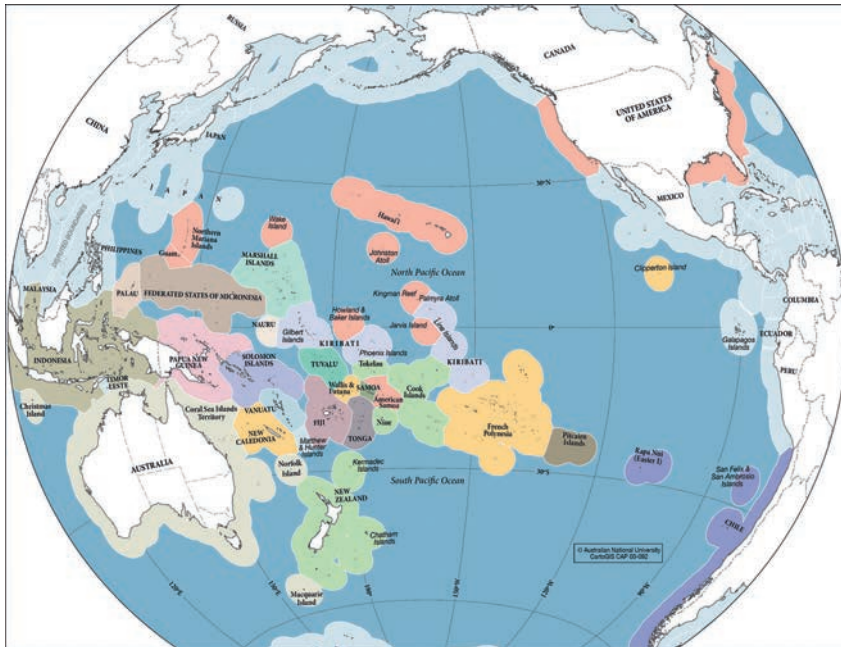
Ces chiffres restent toutefois indicatifs, car ils sont diffusés par les gouvernements concernés alors même que certains différends de délimitation existent et sont susceptibles de les modifier légèrement. N'oublions pas que c'est également grâce à ces îles du Pacifique que les États-Unis se disputent avec la France la plus grande ZEE au monde, comme l'illustre la carte ci-après.

Carte 1 : ZEE des États-Unis



Source : gc.noaa.gov

Carte 2 : ZEE dans le Pacifique



Source : <https://asiapacific.anu.edu.au>

B. Les droits exercés sur le plateau continental étendu

La CNUDM reconnaît également des droits pour les États côtiers sur le plateau continental, c'est-à-dire sur « toute l'étendue du prolongement naturel du territoire terrestre de cet État jusqu'au rebord externe de la marge continentale », « ou jusqu'à 200 milles marins des lignes de base » (article 76.1). Il s'agit donc du « prolongement immergé de la masse terrestre de l'État côtier », constituée des fonds marins, du talus, et du glacis. Les États peuvent y exercer certaines compétences souveraines, liées encore une fois à l'exploration et à l'exploitation des ressources naturelles¹³. En outre, il existe dans la convention de Montego Bay la possibilité, maintenant bien connue, pour les États dont le plateau continental se prolonge au-delà des 200 milles marins, de communiquer les informations pertinentes à une commission spéciale afin d'exercer des droits sur l'extension physique du plateau, jusqu'à une distance limite de 350 milles marins. La Commission des limites du plateau continental émet des recommandations sur lesquelles les États se basent pour fixer définitivement les limites extérieures de leur plateau. Cette possibilité de faire reconnaître ses droits sur un plateau continental étendu fait l'objet d'une véritable politique d'extension des espaces sur lesquels se déploient les compétences souveraines des États côtiers, dans l'objectif de tirer les bénéfices de la présence de ressources, surtout en hydrocarbures.

La mise en œuvre de cette politique est particulièrement visible dans le Pacifique. Il s'agit là encore d'un phénomène mondial ayant trouvé une résonance particulière dans cette région du globe à la configuration si particulière. En ce qui concerne les outre-mer français, le programme d'EXTension RAisonnée du PLATEau Continental (EXTRAPLAC), prévoit un cadre stratégique aux demandes déposées devant la Commission, et a déjà permis d'étendre considérablement le domaine sous-marin français. Pour la Nouvelle-Calédonie, deux zones possibles d'extension du plateau existent selon l'Ifremer, la première ayant déjà été confirmée par la Commission des limites en 2009 (pour une surface de 76 000 km²), et faisant l'objet d'un accord frontalier avec l'Australie¹⁴. D'autres dossiers ont été déposés pour Wallis-et-Futuna, et surtout pour la Polynésie française (7 zones d'extension, avec de meilleures chances pour les demandes à l'est de l'archipel)¹⁵. Selon les mêmes experts, l'aboutissement favorable de tous les dossiers conduirait à l'exercice de droits français sur un domaine sous-marin de plus de 400 000 km²¹⁶.

13 Les ressources naturelles du plateau sont énumérées à l'article 77.4 de la Convention, il s'agit « [d]es ressources minérales et autres ressources non biologiques des fonds marins et de leur sous-sol, ainsi que les organismes vivants qui appartiennent aux espèces sédentaires, c'est-à-dire les organismes, qui, au stade où ils peuvent être pêchés, sont soit immobiles sur le fond ou au-dessus du fond, soit incapables de se déplacer autrement qu'en restant constamment en contact avec le fond ou le sous-sol » (article 77. 4).

14 Chiffre donné sur le site du gouvernement français : <https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/evenements-et-actualites-du-ministere/actualites-du-ministere-de-l-europe-et-des-affaires-etrangees/article/decrets-extension-des-limites-du-plateau-continental-de-la-france-29-09-15>. Les limites extérieures du plateau continental calédonien ont été déclarées par le décret n° 2015-1182 du 25 septembre 2015 définissant les limites extérieures du plateau continental au large du territoire de la Nouvelle-Calédonie, *JORF*, n° 0224 du 27 septembre 2015, p. 17290. Voir aussi B. Loubrieu, W. Roest, M. Patriat, L. Loubersac, Ifremer, « Le programme d'Extension Raisonnée du Plateau Continental (EXTRAPLAC), Enjeux pour les trois collectivités ultramarines du Pacifique (Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna, Polynésie française) », 2014, p. 24.

15 Dernière demande déposée en avril 2018, voir le site de la CLPC.

16 *Ibid.*, p. 25. Selon l'article, les ressources naturelles exploitables dans ce domaine sous-marin étendu seraient surtout des hydrocarbures en Nouvelle-Calédonie et diverses bio-ressources.

La même remarque peut être faite pour les grandes puissances du Pacifique, à l'instar de l'Australie, qui, après avoir déposé un dossier auprès de la CLPC en 2004, a officiellement déclaré en 2012 les limites d'un plateau continental particulièrement étendu, ou encore de la Nouvelle-Zélande, pour qui l'extension du plateau a déjà elle aussi été confirmée par la Commission¹⁷.

Il s'agit également d'une véritable politique pour les petits États insulaires du Pacifique. Le gouvernement fidjien, qui a déposé un dossier en 2009, complété en 2012¹⁸, a clairement affiché ses ambitions maritimes. Mais, à côté de cet acteur fort de la région, les autres îles ne sont pas en reste. La demande des îles Cook déposée en 2009 a déjà fait l'objet d'une recommandation favorable en 2016¹⁹, tout comme la demande conjointe des États fédérés de la Micronésie, de la Papouasie-Nouvelle-Guinée et des îles Salomon déposée en 2009 avec un avis de la Commission en 2017²⁰. Celles de Palau (2009), Tonga (2009 et 2014), des Kiribati (2012), de la Micronésie (2013), ainsi que la demande conjointe de Tuvalu, de la France et de la Nouvelle-Zélande pour Tokelau (2012) sont toujours en suspens au moment de la rédaction de cette contribution²¹.

Si l'on élargit le cadre de l'analyse aux extrémités verticales de l'Océan Pacifique, on s'aperçoit que la reconnaissance de droits d'exploration et d'exploitation sur le plateau continental étendu sert également, ou est en phase de servir les prétentions des États sur les pôles. L'attrait exercé par la réduction considérable de la calotte glaciaire de l'Arctique, du fait notamment de l'ouverture de nouvelles routes maritimes et de l'accès à certains puits d'hydrocarbures, est désormais abondamment commenté²². Une demande de 2015, partiellement révisée en 2016, concernant l'extension du plateau continental russe vers l'Arctique est en attente d'examen²³. C'est encore le cas du Danemark, pour l'extension du plateau continental au nord du Groenland, avec des revendications se chevauchant sur celles des autres États riverains²⁴. Ces demandes sont étudiées par une sous-commission spéciale, et font l'objet de négociations avec les autres États, dont les États-Unis, qui ne sont pas parties à la CNUDM.

En ce qui concerne le pôle Sud, le traité de l'Antarctique, signé en 1959, est censé le protéger de toute revendication territoriale. Néanmoins, la multiplication d'infrastructures de recherche et la croissance fulgurante du tourisme dans la région semblent aller de pair avec quelques prétentions étatiques qu'il ne sera peut-être pas possible de bloquer très longtemps

17 <https://www.linz.govt.nz/about-linz/what-were-doing/projects/new-zealand-continental-shelf-project/map-continental-shelf>.

18 Voir les dossiers de soumissions sur le site de la CLPC : http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/fji24_09/fji_clcs_24_2009_nv.pdf; et http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/fji24_09/fji_clcs_24_2009_add1_nv.pdf. Pour les détails de la procédure : V. Veierud Busch, *Establishing Continental Shelf Limits Beyond 200 Nautical Miles by the Coastal State*, Brill, 2016.

19 Liste des demandes disponibles sur le site de la CLPC.

20 *Ibid.*

21 *Ibid.* Pour les détails de la procédure voir E. Jarmache, « La pratique de la Commission des limites du plateau continental », *AFDI*, vol. 54, 2008, p. 429-441. La CLPC a émis des directives techniques pour aider les États à constituer leurs dossiers, qui doivent principalement se fonder sur les éléments démontrant la prolongation naturelle du plateau continental, p. 434.

22 Pour une étude complète : H. de Potter, *L'emprise juridique des États cotiers sur l'Arctique*, Paris, Pedone, 2016, 200 p.

23 Voir CLCS/93, 18 avril 2016, p. 12.

24 Demande du 18 août 2016, CLCS//95 du 21 septembre, p. 18.

et susceptibles de faire voler en éclats cet encadrement juridique si particulier²⁵. L'extension du plateau continental australien a d'ailleurs été critiquée pour s'approcher trop près du continent²⁶.

C. Les conséquences des régimes juridiques applicables aux espaces marins et sous-marins

D'abord, rappelons que l'exercice des compétences souveraines de l'État sur les espaces marins et sous-marins répond de la reconnaissance de droits mais aussi d'obligations à l'égard de ceux-ci. Cette double dimension de droits assortis d'obligations est claire dans le texte de la convention de Montego Bay. L'obligation de protection et préservation du milieu marin, telle que consacrée par l'article 56 1. B. iii de la CNUDM, en est la principale.

Le texte reste toutefois ambigu. Il dote cette obligation d'un certain contenu pour ce qui est de la ZEE, en prévoyant des mesures de gestion, telles que la fixation de volumes de capture des ressources biologiques (article 61 1.), la prise « de mesures appropriées de conservation et de gestion pour éviter que le maintien des ressources biologiques de sa ZEE ne soit compromis par une surexploitation » (article 61 2.), ainsi que des obligations de coopération avec les autres États aux fins de protection et de conservation des stocks de poissons, des grands migrateurs, et des mammifères marins (articles 63, 64 et 65)²⁷. Ces obligations doivent s'articuler avec les autres instruments de protection de l'environnement.

La partie de la convention de Montego Bay consacrée au plateau continental ne prévoit pas de telles obligations spécifiques en ce qui concerne les ressources du plateau, pour lesquelles sont invocables les dispositions générales de la partie XII sur la protection du milieu marin et la lutte contre la pollution²⁸. L'ambiguïté provient du fait que les régimes de protection ont été pensés de façon horizontale (mer territoriale, ZEE, plateau étendu...), mais la multiplication des plateformes offshore destinées à l'exploitation des ressources, notamment en hydrocarbures, complique leur mise en œuvre. Les techniques peuvent être plus ou moins invasives, mais provoquent « [...] inévitablement un important bouleversement de l'équilibre marin et de la biodiversité du fait par exemple de l'affouillement des fonds marins, des divers systèmes de ramassage ou d'extraction, ou encore du fait du rejet en surface de matériaux extraits »²⁹. *Quid* par exemple des obligations de l'État sur la colonne d'eau de la haute mer sur jacente au plateau continental étendu, et des perturbations

25 À ce sujet, déjà en 2007 : S. Mathias, Tétart Frank, « Le tourisme en Antarctique : un enjeu géopolitique ? », *Hérodote*, 2007/4 (n° 127), p. 167-177.

26 Voir A. Hemmings and T. Stephens, "Australia's Extended Continental Shelf: What Implications for Antarctica?", *Public Law Review*, vol. 20, 2009, p. 9-16. Dans l'océan indien, bien au sud de La Réunion, Kerguelen a d'ailleurs également donné lieu à une extension du plateau continental français près de l'Antarctique, voir « Recommandations de la Commission des limites du plateau continental au sujet de la demande concernant les Antilles françaises et les îles Kerguelen, présentée par la France le 5 février 2009 », 19 avril 2012, CLCS/74.

27 Les articles 66 et 67 s'articulent quant à eux autour de la distinction entre espèces anadromes et catadromes.

28 Voir P. Gautier et V. Tassin, *op. cit.*, p. 193 et suiv.

29 *Ibid.* Les auteurs font référence à différentes sources pour soutenir cette affirmation : M. Lenoble, « Les problèmes techniques liés à l'exploitation des ressources minérales sous-marines et en particulier les nodules polymétalliques », *Utilisation du fond des mers et responsabilités*, Centre d'Études et de Recherches en Droit de la Mer, Université de Bordeaux 1, 1985, p. 136-154 ; J. Masseron, « Aspects économiques de la prospection et de l'exploitation des hydrocarbures en mer », *Cycle d'étude interrégional sur les ressources minérales du plateau continental*, Nations unies, New York, 1972, p. 45-62 ; M. SchratzBerger *et al.*, "The impact of seabed disturbance on nematode communities: linking field and laboratory observation", *Marine Biology*, n° 156, 2009, p. 709-724.

entraînées par la présence de plates-formes destinées à en permettre l'exploitation en l'état actuel du droit³⁰ ? D'autres types de difficultés peuvent également émerger de la complexité des statuts constitutionnels des îles du Pacifique et de la répartition des compétences s'y exerçant, notamment en termes d'obligations environnementales, tel que développé dans notre seconde partie. On y trouve en effet des États indépendants, des territoires ultramarins avec des statuts plus ou moins autonomes, ainsi que des États associés avec un État « partenaire »³¹.

Ensuite, précisons que ce régime juridique ne bénéficie pas à tous les États de la même façon. Il n'y a rien de bien nouveau à constater que le droit est le reflet d'un rapport de puissances, et on peut se demander, à l'instar de certains de mes collègues, à qui profite vraiment la mise en œuvre des règles relatives à la délimitation des limites extérieures des espaces marins et sous-marins et aux régimes juridiques applicables à ces espaces³². Encore une fois, cette observation d'ordre général trouve un écho particulier dans le Pacifique.

II. L'ENCHEVÊTREMENT DES PUISSANCES, REFLET DES VELLÉITÉS DE CONTRÔLE DES ESPACES

L'exercice des compétences souveraines sur les espaces maritimes implique la délimitation des frontières concernées, dont beaucoup sont encore disputées ou en attente d'un tracé. Les différends d'attribution ne sont pas non plus en reste (A). Le contrôle sur le Pacifique, enjeu majeur du XXI^e siècle, passe également par le truchement des « millefeuilles » constitutionnels de la région, au sein de laquelle la variété des statuts laisse une répartition souvent confuse des compétences reconnues par la CNUDM du point de vue du droit interne (B).

A. Les frontières et souverainetés controversées

La territorialisation des espaces maritimes, y compris les demandes d'extension du plateau continental, entraîne une multiplication des différends de délimitation maritime, qui peuvent être imbriqués avec des questions terrestres. Juridiquement, il n'existe pas d'obligation à ce qu'un État délimite entièrement ses frontières, comme cela a clairement été indiqué par la jurisprudence internationale du début du XX^e siècle, et ceci est également vrai pour les frontières maritimes³³. Le territoire doit être délimité en substance, et beaucoup de frontières dans le monde sont en attente de délimitation : un certain nombre de frontières terrestres (plus qu'on ne le croit, car il est rare qu'elles ne fassent l'objet d'aucune incertitude ou de controverse), mais

30 *Ibid.* Les auteurs avancent que les obligations générales de protection du milieu marin prévues par la CNUDM tournent autour de la notion de pollution, ce qui rend mal compte des perturbations de l'écosystème entraînées par les techniques d'exploration et d'exploitation. Cette épineuse question pourrait en partie trouver des réponses dans un nouvel instrument juridique relatif à la protection de la biodiversité dans les zones au-delà de la juridiction des États, encore en négociation au moment de la rédaction de cette contribution.

31 Voir la contribution de Caroline Gravelat dans cet ouvrage.

32 Voir, par exemple, F. Tagiari, *op. cit.*

33 Selon la Cour internationale de Justice, les États ne sont pas tenus de délimiter et de définir complètement leurs limites maritimes [*Plateau continental de la Mer du Nord*, arrêt, Rapport 1969, p. 3., § 46]. La même conclusion est bien établie pour les frontières terrestres [*Monastère de Saint-Naoum*, Avis, 1924, C.P.J.I., Série B, n° 9, p. 10 ; *Deutsche Continental Gas-Gesellschaft vs. État polonais*, sentence du 1er août 1929, ZaöRV, vol. II, n° 1/2, partie 2 : documents 1930, p. 23-24].

aussi un nombre important de frontières maritimes. La délimitation des frontières maritimes est néanmoins indispensable au bon exercice des droits concédés par la CNUDM et au contrôle d'une zone donnée, elle constitue ainsi un enjeu à la fois juridique, économique et géostratégique. Le découpage des espaces maritimes dans le Pacifique se trouve freiné par d'autant plus de controverses que l'existence de plusieurs milliers d'îles multiplie, plus que nulle part ailleurs, pour chaque État, le nombre de « voisins » avec qui négocier ces tracés. Pour exemple, la France dispose ainsi de plus de 25 000 kms de limites maritimes avec 31 États, dont une grande partie dans le Pacifique (11)³⁴. Les îles de Wallis-et-Futuna dessinent à elles seules des frontières avec 5 États différents : Tuvalu, Nouvelle-Zélande (îles Tokelau), Samoa, Tonga et Fidji³⁵. L'Australie partage des tracés avec 6 États différents³⁶, les Kiribati 9 frontières avec 6 États³⁷...

Ainsi, bien que les traités établissant des frontières maritimes dans le Pacifique sont nombreux – nous avons évoqué tout à l'heure la frontière franco-australienne de 1982, on pourrait aussi faire mention de celle beaucoup plus récente signée le 9 octobre 2016 entre les îles Salomon et le Vanuatu après 33 années de négociations³⁸ – l'entreprise de délimitation reste encore un vaste chantier, en particulier en Océanie. Elle est explicitement identifiée comme une priorité au sein par exemple de la Communauté du Pacifique (CPS) ou du Forum des îles du Pacifique, et fait l'objet d'un programme spécial financé par l'Australie, le *Pacific Maritime Boundaries Project*³⁹.

Les frontières françaises y souffrent encore de quelques interrogations. Notons d'abord que ce n'est que récemment qu'un certain nombre de limites extérieures ont été officiellement déclarées. Après que l'ordonnance de 2016 sur les espaces maritimes est venue se substituer à une multitude de textes épars en reprenant les principes de la CNUDM, deux décrets sont par exemple venus préciser les limites des ZEE autour de Clipperton et de Wallis-et-Futuna⁴⁰. Ensuite, certaines controverses continuent de freiner la délimitation définitive des espaces maritimes français. Les revendications concurrentes de la France et du Vanuatu sur Matthew et Hunter, deux îles situées à environ 300 km à l'est de la Nouvelle-Calédonie, ont un impact sur la délimitation des ZEE respectives des deux États⁴¹. D'autres exemples de différends d'attribution liés à des questions de délimitation existent dans le Pacifique, à l'instar des tensions relatives au récif de Minerva, proche des Tonga et revendiqué par les Fidji⁴². La géographie du Pacifique a produit de nombreuses controverses d'attribution, c'est-à-dire celles qui posent

34 Chiffres de la Shom cités par F. Alabrune, *loc. cit.*, p. 58.

35 Voir le *tableau des pays avec lesquels la France a des frontières maritimes* publié par l'Agence des aires marines protégées : <http://www.aires-marines.fr/Partager/Mers-regionales-et-accords-internationaux>.

36 Il s'agit de l'Indonésie, du Timor oriental, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, des îles Salomon, du Vanuatu, de la France (Nouvelle-Calédonie) et de la Nouvelle-Zélande.

37 Voir carte jointe des ZEE.

38 Treaty Between the Republic of Vanuatu and the Solomon Islands Concerning their Maritime Boundaries of 7 October 2016.

39 R. Frost, P. Hibberd, M. Nidung, E. Artack, M. Bourrel, « Redrawing the Map of the Pacific », *Marine Policy*, vol. 95, Septembre 2018, p. 302-310.

40 Décret n°2018-23 du 16 janvier 2018 *relatif à la limite extérieure de la ZEE de Clipperton* ; décret n°2013-366 du 20 mars 2017 *relatif à la limite extérieure de la ZEE de Wallis-et-Futuna*.

41 Voir J. Sautier, « Un différend méconnu entre la France et le Vanuatu : le cas des îlots Matthew et Hunter », *A.D.Mer*, 2016, tome XXI, p. 49-88.

42 L. Song, « The Curious History of the Minerva Reefs: Tracing the Origin of Tongan and Fijian Claims Over the Minerva Reefs », *The Journal of Pacific History*, 2019, 54:3, p. 417-430.

la question du titulaire de la souveraineté sur un espace géographique donné⁴³. En outre, le nombre de frontières à délimiter se trouve aujourd'hui également multiplié par les logiques d'extension du plateau continental, entraînant d'éventuels chevauchements dans les zones revendiquées. Il en est ainsi de la zone Wallis-et-Futuna du programme EXTRAPLAC, se chevauchant avec les revendications de Tuvalu et Tokelau⁴⁴.

On notera toutefois qu'en raison de divers facteurs, notamment liés aux équilibres, ou plutôt déséquilibres, de puissances dans la région et à la situation de beaucoup d'États insulaires relativement jeunes, peu de ces différends sont soumis à un règlement juridictionnel. Celui ayant opposé l'Australie et le Timor oriental pendant plusieurs années au sujet de la délimitation de leur frontière maritime commune, située dans une zone riche en pétrole, est symptomatique de ces jeux de force, au point de mettre en exergue les très grandes limites de la juridictionnalisation de tels différends⁴⁵.

B. La diversité des statuts constitutionnels, enjeu de la répartition des compétences sur les ressources

Dans le Pacifique, les statuts des îles sont si divers que la région est souvent qualifiée de « laboratoire constitutionnel ». Les arrangements et dérivés des systèmes que l'on peut y rencontrer sont intéressants à étudier du point de vue de cette branche du droit, mais aussi depuis la perspective du droit international de la mer, car ils contribuent à complexifier la mise en œuvre des compétences reconnues par la CNUDM.

43 Historiquement, on trouve ainsi dans le Pacifique un nombre important de ces différends d'attribution. Au XIX^e siècle, lorsque la découverte et l'occupation valent encore titre territorial, les îles Caroline et Palaos, devenues aujourd'hui les États fédérés et les Palaos, sont disputées entre l'Allemagne et l'Espagne. C'est le pape Léon XIII agissant en qualité de médiateur qui rend une décision assimilée à une sentence le 22 octobre 1885, en faveur de l'Espagne (Îles Carolines et Palaos (Allemagne/Espagne), décision du 22 octobre 1885 (assimilée à une sentence), (le pape Léon XIII (en tant que médiateur), question du 22 septembre 1885), La Fontaine (H.), *Pasicrisie internationale 1794-1900 : histoire documentaire des arbitrages internationaux*, Préface de Pierre Michel Eisemann, La Haye, Nijhoff, 1997, p. 285-287). Le 25 juin 1914, une sentence arbitrale règle le différend entre le Pays-Bas et le Portugal sur l'île du Timor (Ile de Timor (Pays-Bas/Portugal), sentence du 25 juin 1914, (C.P.A. : C. E. Lardy, convention de La Haye du 1er octobre 1904), *R.S.A.*, vol. XI, p. 481-517). Le 4 avril 1928, la sentence de l'île de Palmas, très célèbre en droit international pour avoir donné un contenu au mot de souveraineté par la bouche de l'arbitre Max Huber, tranche le différend opposant les États-Unis et les Pays-Bas à propos de cette île devenue « Miangas » (île de Palmas (ou Miangas) (États-Unis d'Amérique/Pays-Bas), sentence du 4 avril 1928, (C.P.A. : M. Huber, accords de Washington du 23 janvier 1925), *R.S.A.*, vol. II, p. 829-871). Autre exemple intéressant directement la France : la sentence du roi Emmanuel III met un terme au différend opposant la France et le Mexique, le 28 janvier 1931, sur l'île de Clipperton, si importante à la France aujourd'hui en termes de domaine marin (Différend relatif à la souveraineté du l'île de Clipperton (France/Mexique), sentence du 28 janvier 1931, (Victor Emmanuel III, roi d'Italie ; convention de Mexico du 2 mars 1909), *R.S.A.*, vol II, p. 1105-1111). Beaucoup plus récemment, la Cour internationale de Justice, se prononçait sur le différend opposant l'Indonésie et la Malaisie et relatif aux îles de Pulau Ligitan, Pulau Sipadan, dans un arrêt du 17 décembre 2002 (Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie), arr.t du 17 décembre 2002, *C.I.J. Recueil* 2002, p. 625-690).

44 L'état d'avancement des dossiers d'extension peut être consulté sur le site d'EXTRAPLAC.

45 Voir sur cette affaire notre article : « À propos de l'affaire des *Questions concernant la saisie et la détention de certains documents et données (Timor-Leste c. Australie)* : quand la Cour internationale de Justice agit en garantie des droits étatiques relatifs à une autre procédure juridictionnelle, *Annuaire Français du Droit International* 2015, p. 239-266. Pour les développements ultérieurs : P.-F. Laval, « L'affaire de la délimitation maritime Timor-Leste/ Australie : première "conciliation obligatoire" engagée sur le fondement de la convention de Montego Bay sur le droit de la mer », *AFDI*, 2016, p. 145-158 ; et J. Gao, "The Timor Sea Conciliation (Timor-Leste v. Australia): A Note on the Commission's Decision on Competence, Ocean Development & International Law", 2018, 49:3, p. 208-225.

Prenons l'exemple des États associés, formes singulières qui feront l'objet de la contribution de mon collègue Mathias Chauchat⁴⁶. Les accords d'association entre ces États souverains – les îles Cook, Niue, les îles Marshall, les États fédérés de Micronésie et Palau – et leur État « partenaire »⁴⁷ ne délèguent pas précisément les compétences consacrées dans la convention de Montego Bay, dont les 5 territoires sont d'ailleurs parties. Néanmoins, les textes consacrant cette association, rédigés dans des termes assez vagues, garantissent une consultation en matière de relations extérieures, ainsi que des liens financiers et d'investissements privilégiés, et transfèrent des compétences en matière principalement de défense. En pratique, les pistes s'en trouvent brouillées, d'autant que les fonds nécessaires à l'exploitation de certaines ressources ne peuvent être trouvés que dans les très importantes enveloppes versées par la Nouvelle-Zélande et les États-Unis. Il sera donc souvent fait appel à l'État partenaire pour permettre l'exploitation desdites ressources⁴⁸. La constitution de la Micronésie par exemple, un État doté d'une des plus grandes ZEE au monde, rappelle clairement ses droits souverains sur ses espaces maritimes dans son article premier⁴⁹. Néanmoins, le *Free Compact Act* dans sa section 312 donne un accès exclusif des États-Unis à la mer territoriale micronésienne. Surtout, les liens de sécurité et de défense, mais aussi économiques, entre les deux entités, bien qu'impliquant une aide au développement conséquente de la part du gouvernement américain, permettent à ce dernier de rester un investisseur privilégié, notamment pour tenter de contrer l'influence d'autres acteurs⁵⁰. De son côté, la Micronésie, à l'instar d'autres États insulaires du Pacifique, ne pourrait aujourd'hui assurer seule le contrôle de cet immense espace maritime, ne serait-ce que pour lutter contre la pêche illégale⁵¹. Il n'y a donc pas de doute quant à l'existence juridique de ces compétences, mais elles ne peuvent que difficilement être mises en œuvre, et doivent s'articuler dans ce cas avec les moyens de défense et de sécurité revenant explicitement à un État tiers partenaire.

Les choses se complexifient un peu plus lorsque l'on se penche sur l'exercice des compétences souveraines sur la ZEE et le plateau continental dans les territoires ultramarins. Tokelau, par exemple, est un territoire néo-zélandais – *non-self governing territory* – à qui revient des compétences législatives importantes, sans pour autant avoir l'entière maîtrise de son espace maritime. Ainsi, la « Constitution » de Tokelau, puisqu'elle est intitulée comme telle bien que Tokelau ne soit pas un État souverain, rappelle dans son article premier que l'île comprend le territoire terrestre et les espaces maritimes qui lui sont reconnus en vertu du droit international⁵², et son article 5 lui reconnaît son autonomie sur les ressources naturelles. Néanmoins, au regard du droit international, c'est bien la Nouvelle-Zélande qui est partie à la CNUDM et qui soumet d'ailleurs la demande d'extension du plateau continental, au nom de Tokelau, en 2012⁵³.

46 Voir dans cet ouvrage.

47 Expression employée par Léa Havard dans sa thèse doctorale consacrée à ce sujet, dans sa version publiée : L. Havard, *L'Etat associé. Recherche sur une nouvelle forme d'Etat dans le Pacifique Sud*, Presses universitaires d'Aix Marseille, 2018, 484 p.

48 Voir notamment la contribution de Pierre-Jean Bordahandy sur le *deep sea mining* dans cet ouvrage.

49 Texte disponible sur le site : <http://fsmllaw.org/fsm/constitution/constitution.htm>.

50 Ces enjeux sont régulièrement commentés dans la presse. Par exemple : C. Packham et J. Barrett, "US seeks to renew Pacific islands security pact to foil China", Reuters, 5 août 2019.

51 Voir M. Rochholz, "Resources, boundaries and governance : what future for marine resources in Micronesia ?", p. 49-75 in S. Pauwels et E. Fache (dir.), *Fisheries in the Pacific*, Cahiers du Credo, 2018.

52 Le texte de la Constitution de Tokelau est disponible en anglais sur le site : <http://www.pacli.org/>.

53 Voir *supra*.

Des interrogations semblables émergent dans le cas de la Nouvelle-Calédonie, dans la répartition des compétences existant actuellement entre la collectivité et la France. La loi organique de 1999 met en effet en place un système d'une rare complexité, laissant en même temps un certain nombre de questions en suspens. S'il revient à la Nouvelle-Calédonie de légiférer sur la « réglementation et l'exercice des droits d'exploration, d'exploitation, de gestion et de conservation des ressources naturelles, biologiques et non biologiques de la zone économique exclusive » ainsi que sur la « réglementation relative aux hydrocarbures, au nickel, au chrome, au cobalt et aux éléments des terres rares »⁵⁴, et de la sécurité civile, l'État doit quant à lui assurer « l'exercice, hors des eaux territoriales, des compétences résultant des conventions internationales, sous réserve des dispositions du n° 10 de l'article 22 relatives aux ressources de la zone économique exclusive », déterminer le « statut des navires », réglementer les « substances utiles aux recherches et réalisations concernant l'énergie atomique »⁵⁵ et assurer la police et la sécurité de la circulation maritime, sauf lorsqu'elle s'effectue « entre tous points de la Nouvelle-Calédonie » et à l'exception de « la sauvegarde de la vie en mer dans les eaux territoriales »⁵⁶. Le silence de la loi organique de 1999 sur le plateau continental laisse planer un doute sérieux quant au titulaire des droits sur ce celui-ci, à tout le moins l'État serait-il compétent sur le plateau continental étendu⁵⁷. De telles ambiguïtés, quoique moins prononcées, se retrouvent dans le statut relatif à la Polynésie française⁵⁸.

Une fois encore, la maritimisation du monde et les enjeux géostratégiques actuels liés au Pacifique pourraient bien mettre en exergue ces difficultés. Elles sont le reflet d'une évolution qui n'en n'est probablement qu'à ses prémises. Derrière l'apparente simplicité de la représentation cartographique des îles du Pacifique, se profilent les limites d'immenses espaces convoités et pas encore complètement définis, de liens constitutionnels complexes, et de tensions plus ou moins déjà manifestes entre grandes puissances. L'établissement d'aires marines protégées, au-delà des questions environnementales – sujet qui sera traité par mon collègue François Féral –, est une illustration supplémentaire du lien particulier qu'entretient la souveraineté avec les espaces maritimes en ce début du XXI^e siècle, et de la façon dont le côté Pacifique du globe terrestre, au travers de la territorialisation de la mer, prend une importance nouvelle au sein des relations internationales.

54 Article 22 10° et 11° de la loi organique modifiée n° 99-209 précitée. Les références suivantes sont ici de : G. Giraudeau et C. Gravelat, « La mise en œuvre des compétences sur la ZEE et le plateau continental des Outre-mer : des ambiguïtés de la CNUDM à la complexité des statuts », *Annuaire du droit de la mer*, 2018, à paraître.

55 *Ibid.* Décret n° 54-1110 du 13 novembre 1954 portant réforme du régime des substances minérales dans les territoires d'Outre-mer, ainsi qu'aux installations qui en font usage, Article 19 1°.

56 *Ibid.* Article 21 de la loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

57 Pour une analyse détaillée, G. Giraudeau et C. Gravelat, *op. cit.*

58 *Ibid.*

LA BLUE ECONOMY, LA NO ECONOMY, L'EXPLOITATION MINIÈRE EN EAUX PROFONDES ET LES ENJEUX TERRITORIAUX DANS LE PACIFIQUE

Pierre-Jean Bordahandy

Université du Pacifique Sud

55

« Lorsque le seul outil à votre disposition se trouve être un marteau, tous les problèmes se transforment rapidement en clous ». C'est en référence à ce proverbe que le chercheur américain, Dennis Meadows, un des quatre contributeurs du rapport sur les limites de la croissance commandé par le Club de Rome au MIT en 1972¹, dénonçait déjà le problème de la recherche d'une croissance infinie avec un ensemble de ressources terrestres finies².

Le fait de se tourner vers de nouveaux eldorados potentiels, comme le monde marin dans le cas de l'exploitation minière en eaux profondes (*Deep Sea Mining* – DSM – en anglais)³ afin de satisfaire des besoins infinis de croissance, n'enlève ainsi rien à l'analyse découlant du rapport de 1972 précité. On retrouve tout à fait cette notion de limite et de nécessité de gestion des ressources comme fil directeur du dernier rapport de la Commission européenne sur la *Blue Economy*⁴, lequel traite incidemment du DSM⁵. La *Blue Economy* est présentée dans ce rapport comme un concept centré sur l'économie des activités maritimes et ayant pour objectif l'exploitation « durable » de l'océan de manière très large. À travers cette approche, l'intégralité de la chaîne d'extraction, de transport et de traitement du minerai extrait en DSM serait englobée dans la *Blue Economy*.

Il est toutefois possible de s'étonner de trouver le DSM figurant dans un rapport sur la *Blue Economy* tant le lien entre cette activité minière et le développement « durable » peut apparaître ténu au regard de ses conséquences possibles, même si non avérées, pour l'environnement, comme il en sera fait état ci-après. Or, la durabilité fait partie de l'essence même de la *Blue Economy* selon Gunter Pauli,⁶ qui est l'un des principaux architectes, si ce n'est le père, de ce concept.

Dans la même veine, mais peut-être plus critique, le rapport commun de la Banque internationale pour la reconstruction et le développement et de la Banque Mondiale sur la *Blue Economy*

1 D. H. Meadows, D. L. Meadows, J. Randers, W. W. Behrens, *The Limits to Growth; A Report for the Club of Rome's Project on the Predicament of Mankind*, New York, Universe Books, 1972, réédité le 26 novembre 2017, 205 p., en ligne : <http://www.donellameadows.org/wp-content/userfiles/Limits-to-Growth-digital-scan-version.pdf> (sauf mention différente, les sites internet cités ont été consultés en octobre 2018).

2 D. Meadows, "A brief and incomplete history of operational gaming in system dynamics", in *System Dynamics Review*, Vol. 23, Issue 2-3, 2007, p. 199-203.

3 L'acronyme anglais DSM (Deep Sea Mining) sera utilisé par commodité dans cette étude.

4 Union européenne – Commission européenne, Direction générale des affaires maritimes et de la pêche, "The 2018 Annual Economic Report on Blue Economy", 200 p., <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/79299d10-8a35-11e8-ac6a-01aa75ed71a1>.

5 *Ibid.*, p. 78.

6 P. Gunter, *The Blue Economy*, Paradigm Publishers, 2010, 53 p.

de 2017 met bien l'accent sur la nécessité du développement durable en la matière⁷. Surtout, ce rapport prononce une mise en garde non équivoque en ce qui concerne les opérations de DSM⁸. Il ne s'agit pas ici d'un message isolé puisque la Banque mondiale avait déjà insisté sur la nécessité, notamment pour les Petits États Insulaires en Développement (PIED – Small Island Developing Countries – SIDS), d'adopter le principe de précaution en matière de DSM⁹. Ainsi, qu'ils soient minimisés, présentés comme réels mais difficiles à identifier, ou bien mis en exergue, les risques du DSM par rapport au développement durable ne peuvent être ignorés. S'il n'est ainsi pas incongru de parler de risques avant même d'introduire l'activité de Deep Sea Mining (DSM), il convient toutefois à ce stade de donner quelques informations générales sur ce que recouvre le DSM, avant de développer plus avant le cadre juridique dans lequel s'inscrit cette activité.

Les explications qui suivent ont ainsi pour objectif de montrer pourquoi, malgré les risques évoqués plus haut et les difficultés d'extraction en eaux profondes, l'appétit pour les entreprises de DSM demeure. À titre de présentation sommaire, nous dirons que le DSM couvre en fait trois types de dépôts : les dépôts de nodules polymétalliques localisés entre 4000 et 6500 mètres de profondeur, les dépôts métallifères de sulfures massifs localisés entre 1500 et 5000 mètres de profondeur et les dépôts de croûtes métallifères localisés entre 400 à 4000 mètres de profondeur.

L'intérêt du DSM tient au fait que les concentrations en minerai sont nettement supérieures dans les dépôts en mer que sur terre, comme en témoigne le tableau indicatif reproduit ci-dessous. Le DSM offre ainsi la perspective d'une exploitation minière plus rentable, sous réserve de pouvoir procéder à une extraction à moindres frais, ce qui ne va pas de soi compte tenu des profondeurs évoquées.

Tableau 1 : Comparaison des concentrations de métaux – Source SPC

| Métal | Concentration sur Terre | Concentration en DSM |
|--------|-------------------------|----------------------|
| Cuivre | 0,5 – 2 % | 5 – 15 % |
| Or | 0,6 – 8 g/t | 2 – 20 g/t |
| Zinc | 5 – 20 % | 5 – 50 % |
| Plomb | 5 – 20 % | 3 – 23 % |

7 International Bank for Reconstruction and Development & The World Bank, "The Potential of the Blue Economy: Increasing Long-term Benefits of the Sustainable Use of Marine Resources for Small Island Developing States and Coastal Least Developed Countries", 2017, 50 p., en ligne: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/26843/115545.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (consulté en avril 2019).

8 *Ibid.* : For these and other reasons, and in the context of an extensive review of the potential for economic development of Pacific Island countries by 2040, a new World Bank report recommends that countries supporting or considering deep-sea mining (DSM) activities proceed with the highest degree of caution to avoid irreversible damage to the ecosystem and that they ensure that appropriate social and environmental safeguards are in place as part of strong governance arrangements for this emerging industry. The study highlights the need to take a precautionary approach, particularly in view of the potential impacts on marine living resources upon which these states depend almost exclusively (l'étude en référence émane du rapport cité ci-dessous).

9 World Bank, "Precautionary Management of Deep Sea Mining Potential in Pacific Island Countries", 2016, 98 p., en ligne: <http://pubdocs.worldbank.org/en/125321460949939983/Pacific-Possible-Deep-Sea-Mining.pdf> (consulté en avril 2019).

| Métal | Concentration sur Terre | Concentration en DSM |
|-------|--------------------------------------|-----------------------------------|
| | Valeur Moyenne de la Tonne sur terre | Valeur Moyenne de la Tonne en DSM |
| | US 50 – 200 \$ | US 800 – 1 500 \$ |

La liste des minéraux communiquée ci-dessus n'est pas exhaustive. Il serait par exemple fâcheux d'oublier le cobalt, tant ce métal est important du point de vue géostratégique pour la fabrication des batteries rechargeables, l'industrie de la défense ou à celle des hautes technologies¹⁰. Si, malgré son caractère potentiellement non « durable », le DSM est inclus dans la *Blue Economy* de par sa seule localisation en mer, il nous semble légitime d'élargir nos considérations introductives à d'autres économies comme celle de la connaissance et ce pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, la *Blue Economy* comme la biomimétique, l'écologie industrielle et l'économie circulaire sont en réalité des prolongements de l'économie de connaissance comme le souligne Idriss Aberkane¹¹. Ensuite, l'activité de DSM peut avoir un impact négatif sur la connaissance lorsqu'elle détruit l'environnement qui la contient. Enfin, avec l'économie de la connaissance, il n'y a plus d'incompatibilité entre croissance infinie et ressources finies, puisque, contrairement aux biens matériels, la connaissance, elle, est *a priori* infinie¹². Ainsi, du point de vue de la création des richesses tout au moins, l'économie de la connaissance échappe au paradigme tragique de la finitude des ressources évoquée au tout début, ce qui en fait une économie préférable.

La mise en parallèle, voire en opposition, de la *Blue Économie* et de l'économie de la connaissance n'a donc pour autre l'objectif que de replacer le DSM dans un contexte global afin d'en percevoir les attraits et les conséquences, ce qui peut apparaître comme pertinent dans le cadre de ces considérations introductives.

De manière judicieuse pour notre étude sur le DSM, Idriss Aberkane¹³ centre nombre de ses présentations sur l'économie de la connaissance sur la « révolution à venir » du bio-mimétisme¹⁴. Dans ses interventions est, par exemple, souvent citée la question d'espèces marines, comme le coquillage *mu-conotoxine*, dont le venin a une très grande valeur commerciale¹⁵ pour les recherches en neuroscience, ou bien encore la crevette manthe-religieuse qui recèle à

10 Ch.-A. Paillard, « La question des minerais stratégiques, enjeu majeur de la géoéconomie mondiale », *Géoéconomie*, 2011/4 (n° 59), p. 17-32, en ligne : <https://www.cairn.info/revue-geoéconomie-2011-4-page-17.htm>.

11 I. J. Aberkane, « Économie de la Connaissance », in *Fondation pour l'innovation politique*, 2015, en ligne : <http://www.fondapol.org/wp-content/uploads/2015/05/note-Idriss-AberkaneFR-WEB.pdf> (consulté en octobre 2018), p. 9.

12 *Ibid.*, p. 11.

13 I. J. Aberkane : <https://idrissaberkane.org/index.php/category/on-en-parle/economie-de-la-connaissance-fr/>.

14 Le bio-mimétisme consiste à extraire de la connaissance de la nature afin de s'inspirer de cette dernière pour innover durablement. Voir *infra* l'audition d'Idriss J. Aberkane au Conseil économique, social et environnemental en note de bas de page 16.

15 Voir *infra* l'audition d'Idriss J. Aberkane au Conseil économique social et environnemental en note de bas de page 16. Le prix du marché pour la conotoxine fluctue aux alentours de 800 \$ US le gramme.

elle seule divers secrets technologiques¹⁶. Outre le fait que ces exemples d'espèces marines montrent bien l'intérêt de l'approche visant à apposer ou opposer l'économie de la connaissance et l'économie bleue, ladite démonstration nous invite à peser les choix à faire en matière d'activité humaine en relation avec la mer avec la plus grande attention. Dans ce même cadre de tensions entre la protection de l'environnement, réceptacle de connaissance, d'un côté, et la réponse à des besoins de matière première, de l'autre, d'autres parlent ainsi de « l'énigme », dans le sens d'un choix Cornélien, de l'exploitation DSM¹⁷. De nombreuses études scientifiques mettent ainsi en avant la richesse de la biodiversité des zones dans lesquelles sont localisés les différents dépôts polymétalliques et leurs potentiels en termes de connaissance.

Il est très difficile d'être exhaustif à cet égard, mais nous pouvons néanmoins nous référer à des études clefs comme celles menées par l'Autorité internationale des fonds marins¹⁸ et par la Communauté du Pacifique dans le cadre du projet «SPC-EU Deep Sea Mineral»¹⁹, au rapport, enfin, du consortium Ecorys, MRAG, UNEP, soumis au Parlement européen en 2015²⁰. Si certaines études d'impact semblent montrer que le DSM est susceptible d'entraîner des bouleversements durables²¹, d'autres minimisent ces impacts²² ou insistent sur le manque de connaissances pour former un jugement²³. On peut cependant mettre à profit de ces études la découverte d'une grande variété d'organismes inconnus adaptés à la vie dans des conditions extrêmes.

Pour reprendre la logique de l'économie de la connaissance, la compréhension de l'adaptation de ces organismes à la vie extrême est susceptible d'apporter plus à l'homme que du minerai. Or, il est peu probable qu'une intervention à ces profondeurs ne se fasse sans impact aucun pour la faune et la flore abyssale et hadale²⁴ lesquelles ont une capacité de régénération très lente²⁵. C'est peut-être pour cette raison que des mises en garde se sont fait entendre au sein

-
- 16 Pour plus de détails sur l'économie de la connaissance et la valeur potentielle attachée à la conotoxine, voir l'audition d'Idriss J. Aberkane au Conseil économique social et environnemental en ligne : <https://www.youtube.com/watch?v=1OG96QP1jtM>.
- 17 D. Shukman, "Renewables' deep-sea mining conundrum", BBC News, 11 avril 2017, <https://www.bbc.com/news/science-environment-39347620>.
- 18 International Seabed Authority (ISA), <https://www.isa.org/jm/>. Se reporter aux nombreuses études scientifiques de l'ISA et par exemple : "Biodiversity, species ranges, and gene flow in the abyssal Pacific nodule province: predicting and managing the impacts of deep seabed mining", *ISA Technical Study*: No. 3, 2008, <https://www.isa.org/jm/sites/default/files/documents/techstudy3.pdf>.
- 19 Pacific Community, "An Assessment of the Costs and Benefits of Mining Deep - sea Minerals in the Pacific Island Region", 2016, 229 p., http://dsm.gsd.spc.int/images/pdf_files/PIR_CBA_Report.pdf.
- 20 Ecorys and Consortium Partners, *Study to investigate the state of knowledge of deep-sea mining*, 2014, 276 p., en ligne: <https://webgate.ec.europa.eu/maritimeforum/en/file/7434/download?token=Vms656R2> (consulté en octobre 2018).
- 21 Autorité internationale des fonds marins, note du conseiller juridique du 26 août 2010 relative à l'impact probable sur le milieu marin des activités d'exploration et d'exploitation minière des nodules dans l'affaire n°17 du Tribunal du Droit de la Mer : https://www.itlos.org/fileadmin/itlos/documents/cases/case_no_17/ISA_1_fr.pdf.
- 22 Communauté du Pacifique, "Pacific-ACP States regional environmental management framework for deep sea minerals exploration and exploitation", 2016, p. 25 et suivantes.
- 23 Ifremer, "Resilience of benthic deep - sea fauna to mining activities", 2017, 59 p., en ligne: <https://archimer.ifremer.fr/doc/00382/49291/49690.pdf>.
- 24 Ce qui est supérieur à une profondeur de 6 000 mètres.
- 25 International Seabed, "Authority Seamount: Perspectives from the Abyss", International Seabed Authority Seamount Biodiversity Symposium, March 2006, https://www.soest.hawaii.edu/oceanography/mincks/publications/Smith_etal_Abyssal_biogeography_synthesis.pdf, p. 2 : "As a consequence, the biomass, growth rates, reproduction rates and recolonization rates at the abyssal seafloor are typically very low".

de la Commission européenne²⁶, du Parlement européen²⁷ et de l'IUCN²⁸ et dans le rapport de la Banque mondiale précité²⁹. Ces questions ont créé une certaine polarisation du débat autour des impacts sociaux et environnementaux du DSM, notamment en ce qui concerne le Projet SOLWARA 1 de la société Nautilus³⁰ en Papouasie-Nouvelle-Guinée³¹. Les risques financiers associés au DSM sont en revanche objectivement exposés dans divers documents d'analyse à destination des investisseurs³².

Compte tenu de ce qui précède, il nous semble rationnel de présenter le DSM en termes de risques et par conséquent d'analyser la situation en termes de choix ou d'arbitrages à opérer entre d'une part créer de la richesse au travers de l'extraction minière et d'autre part protéger l'environnement et les tiers affectés par cette activité extractive susceptible de polluer. Or, la science la plus adaptée à la considération de l'impact pratique des choix se trouve être l'économie.

Si l'analyse économique des opérations de DSM échappe de toute évidence à notre seule compétence juridique, il est toutefois possible d'identifier la problématique économique à laquelle appartient le choix d'entreprendre une activité économique susceptible d'avoir des conséquences négatives sur les tiers. Il s'agit de celui des « externalités négatives » sur lequel a travaillé le professeur Milton Friedman³³. Cette partie de ses travaux est souvent moins mise en exergue que ceux sur le laisser-faire économique et on n'a que peu de difficultés à comprendre pourquoi. Le professeur Friedman, que l'on ne peut certainement pas accuser d'antilibéralisme ni de prôner un interventionnisme forcé de l'État dans les relations économiques, reconnaissait que dans les situations où des acteurs économiques avaient une activité ayant un impact négatif sur les tiers, il était nécessaire que l'État intervienne afin d'empêcher ou de réduire cet impact négatif.

Afin de préciser la pensée du professeur Milton Friedman en ce qui concerne les « externalités négatives » et la manière dont la pollution doit être prise en compte par rapport à toute

26 "European Commission and Azores question need for deep-sea mining", février 2018, <https://seas-at-risk.org/27-deep-sea-mining/836-european-commission-and-azores-question-need-for-deep-sea-mining.html> (consulté en mars 2019).

27 "European Parliament calls for international moratorium on deep-sea mining", janvier 2018, <https://seas-at-risk.org/27-deep-sea-mining/829-european-parliament-calls-for-international-moratorium-on-deep-sea-mining.html> (consulté en mars 2019).

28 IUCN, *Draft mining regulations insufficient to protect the deep sea - IUCN report*, 2018, x-74 p., <https://www.iucn.org/news/secretariat/201807/draft-mining-regulations-insufficient-protect-deep-sea-%E2%80%93-iucn-report> (consulté en mars 2019).

29 *Supra.*, note 9.

30 Nautilus Minerals, <http://www.nautilusminerals.com/irm/content/overview1.aspx?RID=257>.

31 The Ocean Foundation - Deep Sea Mining Campaign, "A critique of the nautilus minerals environmental and social benchmarking analysis of the solwara 1 project - Accountability Zero", http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/wp-content/uploads/accountabilityZERO_web.pdf; R. Steiner, "Independent Review of the Environmental Impact Statement for the proposed Nautilus Minerals Solwara 1 Seabed Mining Project, Papua New Guinea", 10 janvier 2009, <http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/wp-content/uploads/Steiner-Independent-review-DSM1.pdf>; <http://www.scoop.co.nz/stories/WO1810/S00078/nautilus-are-you-nuts.htm>.

32 Amundi Asset Management - Research and Macro Strategy, "Opportunities of Deep-Sea Mining and ESG Risks", 2017, <http://research-center.amundi.com/>.

33 Pour une analyse plus complète sur l'origine du concept économique « d'externalité » et le rôle de ce concept par rapport aux considérations environnementales, voir : G. Grolleau et S. Salhi, « L'externalité et la transaction environnementale les deux faces de la même pièce ? », *Économie rurale*, 311, 2009, p. 4-18.

activité économique, il est possible de se référer à la citation suivante : « *Le réel problème n'est pas d'éliminer la pollution, mais d'établir l'équilibre qui saisira la bonne quantité de pollution : un amont dont le gain pour la réduction de pollution sera plus grand que la perte pour le sacrifice des autres bonnes choses [...]. Si nous allions au-delà de cela, nous sacrifierions plus que ce que nous avons gagné* »³⁴. En d'autres termes, selon cette conception une « externalité négative » est acceptable tant qu'elle ne dépasse pas le gain économique de l'activité polluante. Encore faut-il que l'impact économique de toute pollution soit très correctement et très exactement évalué, ce qui est souvent loin d'être le cas. Une chose est cependant certaine, même dans le traitement miltonien des « externalités négatives », c'est à l'État qu'il incombe de prévenir et d'empêcher le développement d'activités qui auraient un impact trop négatif sur les tiers. Reste à savoir si une telle responsabilité de l'État l'engage à réparer en cas de dommage et quelle est la distribution de cette obligation de manière générale.

Puisqu'il faut revenir aux choses contraignantes et donc au droit, il existe divers outils juridiques permettant d'appréhender les situations de risque et les obligations découlant de ces risques afin d'apporter certains critères d'arbitrage dans le traitement de ces problématiques. En droit international, on peut, par exemple, faire référence au « principe de précaution »³⁵, à diverses obligations, celles d'empêcher la pollution résultant des opérations minières en mer³⁶, d'empêcher les dommages transfrontaliers³⁷, de préserver la biodiversité³⁸. En droit privé on peut penser à l'obligation d'une étude d'impact environnemental pour toute activité susceptible d'engendrer des dommages³⁹, au principe du pollueur payeur, ou, enfin, au principe de responsabilité limitée lorsque, en dépit du risque qu'elle présente, une activité est jugée digne d'être encouragée. Ces règles ont donc vocation à être considérées par rapport au DSM.

Suffisamment importantes pour nécessiter d'être évoquées en ligne de fond de toute étude sur le DSM, ces questions ne feront néanmoins pas l'objet de notre analyse. Nous laisserons à d'autres le soin de les étudier, si cette démarche leur apparaît pertinente, afin de pouvoir nous concentrer sur une autre question juridique plus structurelle et située en amont de celles évoquées ci-dessus, ce qui a pour effet d'accentuer les risques potentiels associés au DSM. Le problème juridique sur lequel nous aimerions nous concentrer ici est celui de la différence, inéluctable ou pas, existant entre le régime de « la Zone » soumise à l'Autorité Internationale des Fonds Marins (AIFM) et les régimes des fonds marins soumis à la juridiction des États côtiers. Pour mémoire, la Convention des Nations unies sur le Droit de la Mer (CDM), signée

34 Traduction libre de l'anglais de B. Camelo et J. Dutra de Barros, « Les principales solutions pour les externalités en droit de l'environnement au Brésil », *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol. 44, n° 3 – 2011, p. 354-363.

35 Conférence des Nations unies sur l'environnement et le développement, principe 15 de la déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ; Code minier de l'ISA ; voir *supra*, avis du Tribunal du droit de la mer, "Responsibilities and obligations of States sponsoring persons and entities with respect to activities in the Area (Request for Advisory Opinion submitted to the Seabed Disputes Chamber)", <https://www.itlos.org/cases/list-of-cases/case-no-17/>.

36 Convention des Nations unies sur le droit de la mer, article 208 : https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_f.pdf.

37 Convention du droit de la mer (Partie XII), déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, avis du Tribunal du droit de la mer voir *supra* note 21.

38 Voir l'article 3 de la convention des Nations unies sur la diversité biologique : <https://www.cbd.int/convention/text/>.

39 Convention des Nations unies sur le droit de la mer, Article 206.

à Montego bay en 1982⁴⁰, et l'accord relatif à l'application de la partie XI de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 (l'accord sur la Partie XI)⁴¹ ont créé cette dichotomie de cadre juridique applicable aux fonds marins.

Très brièvement, jusqu'à la limite du plateau continental, les États côtiers exercent soit leur pleine souveraineté soit certains droits souverains ; au-delà de cette limite, c'est le régime des grands fonds marins édictés par la CDM et par l'accord sur la Partie XI qui est soumis à la compétence exclusive de l'ISA. Deux cadres donc, mais en réalité une multitude de régimes puisque chaque État côtier souverain aura ses propres règles ayant pour objet d'encadrer le DSM. Or, non seulement il existe toujours un temps de latence avant qu'un régime juridique clair émerge pour chaque nouvelle activité humaine, ce qui est le cas du DSM, mais, en outre, toute activité minière requiert en général un cadre juridique et institutionnel multidisciplinaire. Il existe ainsi de nombreux « contre-exemples » de cadre juridiques et institutionnels inadéquats pour ce qu'il est convenu d'appeler la « malédiction des ressources »⁴². Le modèle norvégien⁴³ illustre toutefois la pertinence d'un tel cadre juridique et institutionnel multidisciplinaire solide apte à répondre aux défis posés par l'activité minière en termes d'attribution et de gestion des licences, de bonne gouvernance, de protection de l'environnement, de création d'autorités indépendantes pour contrôler l'application des règles, pour ne citer que ces domaines.

Force est de constater que pour le DSM, tout est à construire. Cette observation vaut tant pour le régime de « la Zone » des grands fonds marins soumise à l'ISA, que pour les régimes applicables aux sols et sous-sols marins soumis à la souveraineté ou aux droits souverains de l'État côtier. Ainsi, par exemple, le Code minier de l'Autorité n'est pas encore achevé et certaines soumissions à l'ISA par des investisseurs pionniers comme l'Ifremer montrent très clairement que des pans entiers du régime du DSM dans la Zone restent à préciser⁴⁴.

Au niveau des États côtiers, le problème se trouve décuplé non seulement à cause du nombre d'États concernés, mais aussi par la difficulté de répliquer d'État en État les institutions et les compétences nécessaires alors que les environnements et les cultures, juridiques ou autres, diffèrent. La zone des dépôts de minerais en eau profonde étant pour l'essentiel localisée dans le Pacifique Sud, plusieurs États côtiers sont susceptibles d'héberger des dépôts de minerais sur leur plateau continental⁴⁵. C'est dans ce contexte, il nous semble, que s'est inscrite la démarche du projet EU-SPC visant à fournir une assistance aux États côtiers du Pacifique

40 *Ibid.*

41 Accord relatif à l'Application de la partie XI de la convention des Nations unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982.

42 J. Sachs et A. Warner, "Natural Resource Abundance and Economic Growth", 1995, NBER Working Paper (5398) ; J. A. Frankel, "The Natural Resource Curse: A Survey of Diagnoses and Some Prescriptions", in R. Arezki, C. Pattillo, M. Quintyn et M. Zhu (eds.), *Commodity Price Volatility and Inclusive Growth in Low - Income Countries*, (International Monetary Fund), 2012 ; Amundi Asset Management, "Opportunities of Deep-Sea Mining and ESG Risks", *op. cit.*, p. 4.

43 P.-J. Bordahandy, "The legal Status of offshore rigs", mémoire de Master, 1998, <http://www.cdmt.droit.u-3mrs.fr/memoires/m98bopj.html>.

44 Ifremer, "Developing a Regulatory Framework for Mineral Exploitation in the Area", <https://www.isa.org/jm/sites/default/files/ifremer.pdf>.

45 Outre la Papouasie-Nouvelle-Guinée déjà citée, plusieurs pays du Pacifique Sud ont fait état de telles ressources comme les îles Salomon, Tonga, Fiji, Kiribati, les îles Marshall, Niue, les États fédérés de Micronésie, Nauru, Palau, Samoa, Vanuatu, Niue et les îles Cook.

afin que ces derniers puissent faire face aux besoins de cadres juridique et administratif nécessaires au développement de l'activité de DSM⁴⁶. Si ce projet a effectivement donné le jour, entre autres⁴⁷, à une sorte de document guide baptisé RLR⁴⁸ en guise de cadre réglementaire pour les États côtiers du Pacifique qui souhaitent développer cette activité sur leurs plateaux continentaux, des ONG comme Blue Ocean Law et Pacific Network on Globalisation ont jugé assez sévèrement le recours à ce document dans leur rapport commun sur le DSM dans le Pacifique⁴⁹. Sans apporter de jugement de valeur sur les travaux précités, il convient de noter que, d'une part, le rapport des ONG pour qui l'Union européenne veut à travers le projet SPC-EU s'assurer la mainmise sur les ressources des États côtiers du Pacifique est d'une impartialité discutable⁵⁰ et, d'autre part, qu'effectivement, le RLR et les autres supports fournis par le projet SPC-EU aux États côtiers du Pacifique apparaissent comme peu de chose si on les compare au cadre mis en place par la Norvège en ce qui concerne les activités, bien mieux maîtrisées, d'exploration et d'exploitation pétrolière et gazière en mer⁵¹.

À la nécessité d'avoir un cadre juridique et institutionnel aussi complet que possible, s'ajoute celle d'une intégration harmonieuse de ce cadre aux côtés d'autres ayant la même finalité. Si la diversité de régimes applicables à une activité en mer ne pose pas nécessairement de problème en soi, lorsque cette différence crée un appel d'air ou bien du *Forum shopping* vers une zone ou un régime « plus favorable », en revanche, il semble qu'il y ait matière à réflexion. En somme, le système de la CDM est susceptible d'être mis à mal s'il n'y a pas d'harmonie entre le cadre de « la Zone » et celui des plateaux continentaux en ce qui concerne le DSM.

En parallèle, le système de gestion des grands fonds (partie XI de la CDM de 1982 agrémentée de l'accord de 1994 et du code minier en gestation auprès de l'ISA), doit également répondre aux défis d'un monde différent de celui de 1982. Dans les systèmes de 1982 et de 1994, les États étaient considérés comme à l'origine de toute action en matière de DSM. Avec l'essor d'agents économiques comme les multinationales privées, parfois capables de dicter leur conduite aux grands États eux-mêmes et donc *a fortiori* aux petits États du Pacifique⁵², il semble qu'il y ait eu un changement de paradigme susceptible de mettre en péril le concept de patrimoine commun de l'humanité comme nous allons le voir dans nos développements.

46 Pacific Community, "About The SPC- EU Deep Sea Minerals Project", <http://dsm.gsd.spc.int/>.

47 Pacific Community, "Achievements of the SPC- EU Deep Sea Minerals Project", http://dsm.gsd.spc.int/public/files/Deep%20Sea%20Minerals%20Projects%20Achievements%20Brochure_V2.pdf; Voir notamment Communauté du Pacifique, "Regional Environmental Management Framework for Deep Sea Minerals Exploration and Exploitation", http://dsm.gsd.spc.int/images/public_files_2016/REMF2016.pdf.

48 Pacific Community, "Pacific-ACP States Regional Legislative and Regulatory Framework for Deep Sea Minerals Exploration and Exploitation (RLRF)", <http://dsm.gsd.spc.int/public/files/2014/RLRF2014.pdf>.

49 Blue Ocean Law & Pacific Network on Globalisation, "Resource Roulette – How DSM and inadequate regulatory frameworks imperil the pacific and its peoples", <https://cer.org.za/wp-content/uploads/2016/08/Resource-Roulette-Deep-sea-Mining-and-Inadequate-Regulatory-Frameworks.pdf>.

50 Blue Ocean Law & Pacific Network on Globalisation, "Resource Roulette", *ibid.*, voir § 4.3 et 4.4, p. 13.

51 Norwegian Petroleum Directorate – Oljedirektoratet, « Lois fondamentales sur l'exploitation pétrolière », <http://www.npd.no/en/Regulations/Acts/>; « Principaux règlements concernant l'exploitation pétrolière en mer », <http://www.npd.no/en/Regulations/Regulations/>; « Recommandations concernant l'exploitation pétrolière en mer », <http://www.npd.no/en/Regulations/Guidelines/> (consulté en mars 2019). Ces différents textes ne reflètent en réalité qu'une partie du cadre réglementaire et juridique norvégien pour les opérations d'exploration et de production de gaz et de pétrole en mer.

52 C. Goethals, A. Vincent et M. Wunderle, « Le pouvoir économique », in *Dossiers du CRISP* 2013/2 (n° 82), p. 11 -119, <https://www.cairn.info/revue-dossiers-du-crisp-2013-2-page-11.htm> (consulté en avril 2019).

Cette introduction, plus longue que nous l'aurions souhaité, a eu pour but de décrire les tensions entre le désir de création de richesses et les risques possibles du DSM, d'une part, et entre les différentes zones découlant de la CDM, d'autre part, puisque tout ceci participe à la création du cadre juridique et institutionnel de cette activité. Néanmoins, nos développements resteront essentiellement juridiques en considérant les obligations corollaires des droits d'exploitation attribués par la CDM et l'harmonisation souhaitable des régimes juridiques et institutionnels d'une telle exploitation sous l'angle double des opérations dans la Zone et sur les plateaux des États côtiers.

Cette approche est justifiée par notre désir de mettre en exergue le lien si souvent oublié et pourtant crucial entre les droits et les obligations corollairement attribuées par la CDM ainsi que par notre souhait de formuler une critique à une interprétation, à notre sens, trop restrictive de la CDM en ce qu'elle octroie une exclusivité tous au moins d'une partie des profits du DSM alors que les risques, eux, restent intégralement mutualisés. Cette interprétation du concept de patrimoine commun de l'humanité nous semble fidèle à la lettre de la CDM, mais peut-être pas à son esprit. On peut ainsi s'interroger sur l'effet d'un concept qui a, en théorie, vocation à bénéficier à l'ensemble de l'humanité mais qui, en fait, ne lui donne qu'une partie des richesses, en contrepartie de quoi elle lui fait porter l'ensemble des risques et des problèmes susceptibles de découler du DSM.

Dans l'optique évoquée ci-dessus, nous traiterons, dans une première partie, du patrimoine commun de l'humanité comme fil directeur du code minier de l'ISA et, dans une seconde, du choix de l'harmonie face à la pluralité des régimes de la Zone et des plateaux continentaux.

I. LE « PATRIMOINE COMMUN DE L'HUMANITE » COMME FIL DIRECTEUR DU CODE MINIER DE L'ISA

En ce qui concerne le patrimoine commun de l'humanité, comme on le sait, selon l'article 136 de la CMD, ce concept ne s'applique qu'aux ressources des grands fonds marins de la Zone. L'article 137 de la CDM prévoit entre autres que : « L'humanité tout entière, pour le compte de laquelle agit l'Autorité, est investie de tous les droits sur les ressources de la Zone » et l'article 150 de la CDM dispose que les activités menées dans la zone le sont dans le but « i) de mettre en valeur le patrimoine commun dans l'intérêt de l'humanité tout entière ».

Si ces dispositions ont le mérite d'être relativement claires en ce qui concerne les profits à venir tirés d'une activité de DSM, il semble que la question soit ouverte en ce qui concerne l'attitude à adopter pour des activités qui seraient trop dangereuses et qui n'iraient donc pas dans l'intérêt de l'humanité tout entière ou même dans celui de la majorité. Ceci nous semble justifier une analyse du concept de patrimoine commun de l'humanité en ce qui concerne les profits, dans une première sous-partie, et en ce qui concerne les responsabilités ou les dommages, dans une seconde sous-partie.

A. Le patrimoine commun de l'humanité au profit de tous

En ce qui concerne l'activité de DSM dans la Zone, rappelons d'abord qu'en vertu de la CDM et de l'accord de 1994, c'est l'Autorité Internationale des Grands Fonds Marins (AIFM, International Seabed Authority – ISA) qui a l'exclusivité de l'attribution des licences. À ce jour, 29 licences sont enregistrées auprès de l'ISA à des fins d'exploration de différents endroits de

la Zone⁵³. Il est pertinent d'observer la présence, parmi ces 29 licences enregistrées à l'ISA, de trois licences sponsorisées par des États du Pacifique.

Il s'agit tout d'abord de la licence signée par la société Marawa Research and Exploration Limited sponsorisée par l'État du Kiribati. Il y a ensuite la société Tonga Offshore Mining Limited sponsorisée par le Royaume des Tonga. Enfin, nous trouvons la société Nauru Ocean Resources Incorporated sponsorisée par l'État de Nauru. On peut noter que pour ces trois États, ce sont en réalité des sociétés privées étrangères qui sont en fait à la manœuvre en arrière-plan.

À ce niveau, la situation de Nauru est particulièrement révélatrice de la dynamique qui semble se dessiner en ce qui concerne le DSM dans la mesure où la société Nauru Ocean Resources Incorporated se trouve en fait associée une autre société privée de droit canadien⁵⁴, DeepGreen resources Incorporated⁵⁵. Il est intéressant d'observer que le directeur de DeepGreen Resources Incorporated est également la personne qui avait fondé la société Nautilus Minerals Incorporated impliquée dans des projets de DSM sur le plateau continental de Papouasie-Nouvelle-Guinée comme nous l'évoquerons ci-après⁵⁶.

Il est notable, enfin, que l'État de Nauru a adopté un texte législatif visant à encadrer des activités de DSM qu'il patronne dans la Zone⁵⁷. Le texte semble néanmoins simplement transposer des dispositions plus adaptées au niveau de l'ISA que de l'État qui patronne, ce qui en affecte la logique de l'ensemble et soulève des questions de compréhension. En outre, on trouve très peu d'éléments dans ce texte afférant à la gestion des profits qui ne seront toutefois qu'une fraction de l'ensemble, puisqu'une certaine partie ira directement à l'entreprise privée qui a effectué les opérations et une autre au reste de l'humanité.

Force est de constater que l'humanité dans son entier n'aura donc mathématiquement accès qu'à une partie des profits. Les dommages eux seront à supporter par chacun ce qui signifie le plus souvent par certains plus que par d'autres.

B. Le patrimoine de l'humanité sous la responsabilité de chacun

L'intitulé un peu provocateur de cette partie repose sur la constatation que toutes les entités citées dans la sous-partie précédente sont des sociétés de droit privé avec des capitalisations limitées. Or un principe de responsabilité limitée nous semble incompatible avec l'intérêt de l'humanité.

En cas de dommage, on peut alors penser que « l'État qui patronne » prendra le relais des entités privées pour faire face à ses responsabilités. Cette question a précisément fait l'objet

53 ISA, Licences, <https://www.isa.org.jm/deep-seabed-minerals-contractors> (consulté en mars 2019).

54 Bloomberg, DeepGreen Metals Inc. / DeepGreen Resources Inc.: <https://www.bloomberg.com/research/stocks/private/person.asp?personId=27825562&privcapId=111318879>.

55 En ligne : <https://deep.green/> (consulté en mars 2019).

56 Financial Post, "DeepGreen strikes deal with Glencore for undersea mining metals", <https://business.financialpost.com/commodities/mining/deepgreen-strikes-deal-with-glencore-for-undersea-mining-metals> (consulté en mars 2019).

57 Republic of Nauru, International Seabed Minerals Act 2015 (n° 26 de 2015), en ligne sur le site de la FAO : <<http://extwprlegs1.fao.org/docs/pdf/nau156055.pdf>> (consulté en mars 2019).

d'une demande d'avis consultatif au Tribunal international du droit de la mer à Hambourg de la part de la République de Nauru et du Royaume des Tonga, lesquels s'inquiétaient de leur responsabilité potentielle lors du dépôt de leur demande de licence dans la Zone évoquée précédemment⁵⁸. Non seulement la CDM prévoit dans son article 139(2) que l'État qui patronne n'est pas responsable des dommages causés par les entreprises patronnées « s'il a pris toutes les mesures nécessaires et appropriées... » mais, quand bien même l'État qui patronne serait déclaré responsable du dommage, on imagine que, dans le cas de petits États du Pacifique aux modestes ressources, une telle responsabilité resterait très illusoire car il ne leur serait tout simplement pas possible de faire face à leurs obligations⁵⁹.

Nous ne pouvons donc être qu'excessivement critique par rapport à l'avis consultatif de 2011 de ce tribunal, lequel aboutit à limiter la responsabilité de l'État sponsor aux seules activités dans la Zone elle-même, c'est-à-dire située très précisément sur les grands fonds marins. Cette interprétation exclut de toute responsabilité l'État sponsor pour les dommages survenus lors des opérations connexes de remontée à la surface ou bien de transport en surface, ou enfin de traitement du minerai.

Même si l'on peut comprendre l'argument qui consiste à dire que l'ISA n'a juridiction que sur les grands fonds marins, et pas sur la colonne d'eau qui s'en élève, et que, par conséquent, cette séparation s'étend automatiquement à la responsabilité de l'État qui patronne laquelle découle du même texte, il nous semble que cette « posture » révèle une incompréhension fondamentale des opérations minières et du droit normalement applicable à celles-ci. Il suffit, par exemple, au profane de se référer au droit de l'exploitation pétrolière norvégien pour immédiatement comprendre que la seule option viable dans ce genre de circonstances est de considérer l'opération minière dans sa globalité comme unique et indivisible. Pour ce faire, la législation norvégienne relative à l'exploitation pétrolière a comme champ d'application l'activité pétrolière dans son entièreté et non pas simplement la zone géographique exacte où l'activité d'extraction a lieu, c'est-à-dire le plateau continental⁶⁰.

Par ailleurs, nous avons pris l'exemple des dommages essentiellement environnementaux, parce qu'ils sont relativement faciles à percevoir et à identifier tant les exemples de contaminations minières sont nombreuses. Les dommages comme le « manque à gagner » ou « la perte d'une chance » sont en revanche beaucoup plus difficiles à prendre en considération en fait et en droit. Si l'on s'inscrit dans la dynamique de l'économie de la connaissance d'Idriss Aberkane, on perçoit tout à fait la perte que constitue la destruction d'organismes des grands fonds ou même par ricochets d'autres organismes plus haut dans la colonne d'eau.

Il est peut-être encore difficile de quantifier la valeur de cette perte de connaissance, mais il est envisageable qu'elle soit bien supérieure en valeur à des dommages environnementaux

58 Tribunal international du droit de la mer, Affaire n° 17, *Responsabilités et obligations des États qui patronnent des personnes et des entités dans le cadre d'activités menées dans la Zone*, Avis consultatif du 1^{er} février 2011 - Chambre pour le règlement des différends relatifs aux fonds marins, <https://www.itlos.org/fr/affaires/role-des-affaires/affaire-no-17/>.

59 D. Freestone, "Responsibilities and Obligations of States Sponsoring Persons and Entities with Respect to Activities in the Area", *American Journal of International Law*, 105(4), p. 755-760.

60 Norwegian Petroleum Directorate, *Regulations to Act relating to petroleum activities*, en ligne <http://www.npd.no/en/Regulations/Regulations/Petroleum-activities/#Section%201> (consulté en mars 2019).

stricto sensu si la connaissance des grands fonds est susceptible de résoudre des plaies de l'humanité comme les accidents cardiovasculaires, le diabète, le paludisme ou bien même le sida⁶¹. On admet que cette perte n'est pour l'heure que putative, mais la limite de responsabilité des entreprises privées et des États sponsors est en revanche, elle, bien tangible.

Les observations de cette sous-partie nous portent à croire que, *in fine*, seule l'Autorité, les communautés du Pacifique ou tout simplement l'humanité dans son ensemble répondront des dommages en liaison avec le DSM. De fait donc, il est possible de considérer que la véritable mutualisation du DSM à l'humanité n'existe réellement que par rapport aux risques et aux dommages, ce qui mérite d'être pondéré. Cette situation de responsabilité limitée est aggravée par les soumissions faites par la République de Nauru à l'ISA dans le cadre de sa démarche de rédaction du code minier et du cadre réglementaire de l'exploration et l'exploitation DSM dans la Zone⁶². Dans cette soumission, le gouvernement de la République de Nauru exhorte par exemple l'ISA à respecter le fragile équilibre de la viabilité de l'exploitation minière en eaux profondes en garantissant un cadre réglementaire léger et peu évolutif.

Une telle soumission entend, de fait, placer le code minier de l'ISA bien en deçà du minimum requis pour limiter les « externalités négatives » évoquées en introduction puisqu'il s'agit en fait de ne prendre en considération que le seul critère commercial de viabilité d'une telle exploitation et non le coût des « externalités négatives » qu'une telle réglementation a précisément pour but d'encadrer⁶³. Or, ainsi que cela a déjà été suggéré dans l'introduction, l'approche miltonienne est excessivement loin de prôner une ingénierie excessive du régulateur étatique et il ne s'agit en fait là que d'une position *a minima*.

Ensuite, cette soumission demande aux rédacteurs du code minier de l'ISA de prendre en considération les législations nationales pour le régime de la « Zone ». Non seulement ceci nous apparaît contraire à la lettre de la CDM, mais il nous semble voir en cette démarche une subtilisation du pouvoir législatif de l'ISA en ce qui concerne les activités dans la Zone.

Cette soumission doit être distinguée de celle consistant à invoquer l'application de la législation nationale de l'État sponsor pour engager sa responsabilité dans son ordre interne pour des opérations DSM dans la Zone. Un précédent existe à ce niveau, même s'il ne rentre pas tout à fait dans le contexte juridique évoqué ci-dessus puisque, comme nous le savons, les États-Unis d'Amérique ne sont ni partis à la CDM ni à l'accord de 1994⁶⁴. Le fait pour les USA

61 A. S. Bernstein, D. S. Ludwig, "The Importance of Biodiversity to Medicine", *JAMA*, 2008, 300(19), p. 2297-2299. Voir également A. Kijjoo and P. Sawangwong, "Drugs and Cosmetics from the Sea", *Mar. Drugs* 2004, 2(2), p. 73-82; et C. W. Armstrong, N. S. Foley, R. Inch, S. den Hoveb, "Services from the deep: Steps towards valuation of deep sea goods and services", *Ecosystem Services*, volume 2, december 2012, p. 2-13.

62 "The International Seabed Authority Releases Stakeholder Submissions to Draft Exploitation Regulations", <https://www.isa.org/jm/news/international-seabed-authority-releases-stakeholder-submissions-draft-exploitation-0>. Voir surtout, ISA, Revised submission of the Government of the Republic of Nauru on the draft mining regulations, <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm/s3fs-public/documents/EN/Regs/2018/Comments/Nauru.pdf> (consultés en mars 2019).

63 Voir nos développements sur le concept « d'externalité négative » et sur l'application de l'approche miltonienne aux problèmes de pollution en introduction page 6.

64 Landmark Lawsuit Challenges U.S. Approval of Deep-sea Mineral Mining, https://www.biologicaldiversity.org/news/press_releases/2015/deep-sea-mining-05-13-2015.html. Voir une copie de l'assignation en ligne : <https://>

d'être en dehors du système de l'ISA pour l'exploitation des DSM dans la Zone justifie l'existence de la compétence de ses propres juridictions étatiques à l'égard d'activités de ses acteurs économiques dans des situations autrement dépourvues de tout contrôle.

Malgré les reproches de lenteur et de rigueur excessives qui peuvent être faits à l'ISA dans son travail de rédaction du code minier, on peut penser que cette démarche prudente correspond à la nécessité de protéger les océans et l'humanité qui sont la responsabilité de chacun. Il est justifié pour l'ISA de prendre le temps de mettre en place un cadre complet et clair pour une activité qui est encore loin d'être totalement maîtrisée. Dans ce contexte et par souci d'exclusivité, l'analyse comparée des législations des États côtiers du Pacifique en matière de DSM peut effectivement être source d'enseignement⁶⁵.

Il reste que la soumission de la République de Nauru est à l'opposé de notre thèse qui consiste à croire en la nécessité d'une harmonisation du cadre juridique et réglementaire du DSM consistant pour les États côtiers à adopter l'ensemble des règles édictées par l'ISA pour leurs activités minières et non pas l'inverse comme nous l'illustrerons en seconde partie.

II. LE CHOIX DE L'HARMONIE FACE À LA PLURALITÉ DES RÉGIMES DE LA ZONE ET DES PLATEAUX CONTINENTAUX

La dualité de zones (les plateaux continentaux/« la Zone ») crée non pas une dualité de régimes, mais bien une multitude de régimes applicables aux opérations de DSM puisque chaque État côtier sera dans l'obligation d'adopter un cadre juridique et institutionnel par rapport aux activités de DSM sur son plateau continental. Même si l'on peut considérer que cet état de choses découle logiquement de la souveraineté que les États côtiers exercent sur leurs territoires maritimes, il nous semble que cette multiplication des régimes n'est pas satisfaisante.

Compte tenu des risques que l'activité DSM fait courir à chacun, il peut apparaître légitime de penser que, si les risques sont mutualisés, les régimes devraient également l'être pour éviter un système de « forum shopping » dans lequel des entreprises privées organisent une mise en concurrence intensive des régimes applicables au DSM avec un nivellement systématique par le bas de ces derniers au détriment de l'intérêt de la communauté.

Dans cet esprit, il nous semble important de mettre en évidence le problème de la dualité des zones et de la pluralité des régimes afin de mieux souligner qu'une harmonisation des régimes applicables enlèverait très peu à la dualité des zones et à la souveraineté des États côtiers.

www.biologicaldiversity.org/campaigns/deep-sea_mining/pdfs/Deep-seabedMiningComplaint_05-12-2015.pdf (consultés en mars 2019).

65 F. Olorundami, "Chapter 10 - Developing an international legal framework for the environmental regulation of deep sea mining: a comparative analysis of the deep sea mining regulations of Papua New Guinea, the Cook Islands and the United-States", in P. Chaumette (ed.), *Economic challenge and new maritime risks management: What blue growth? Challenge économique et maîtrise des nouveaux risques maritimes: Quelle croissance bleue?*, GOMILEX, 2017. <hal-01792237>: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01792237/document>.

A. Dualité des zones et pluralité des régimes

La problématique qu'aborde cette seconde partie est à la fois distincte de la première et en découle inéluctablement. Elle en est distincte puisqu'il s'agit ici de considérer ici les zones sous juridiction étatique, en résumé, les plateaux continentaux des États du Pacifique sur lesquels sont susceptibles de se dérouler des activités DSM, contrairement à la première partie qui avait pour référence « la Zone » internationale patrimoine commun de l'humanité. Elle en découle inéluctablement car ce qui est applicable dans la Zone aura nécessairement un impact sur les zones sous souveraineté étatique, dans la mesure où ces deux catégories de zones risquent d'être mises en concurrence par les entreprises minières. Ignorer ou minimiser ce fait serait à notre avis une erreur.

Il est difficile de fournir une analyse complète du cadre juridique et institutionnel des plateaux continentaux de chaque pays du Pacifique applicable aux activités DSM. On peut néanmoins citer l'adoption par les îles Cook d'un cadre assez développé en la matière puisque non seulement l'activité minière mais également les revenus de cette activité font l'objet d'un traitement législatif⁶⁶. Les îles Cook se sont également dotées d'une Seabed Minerals Authority⁶⁷, institution *ad hoc* pour gérer les activités de DSM, et d'un Seabed Minerals Commissioner, « Commissaire pour le minerais des grands fonds », en la personne de monsieur Paul Lynch⁶⁸. Pour finir, les îles Cook ont adopté une vraie feuille de route en matière de politique de l'exploration et de l'exploitation de ces minéraux⁶⁹.

La démarche des îles Cook est bien évidemment très encourageante et peut certainement être considérée comme un exemple dans le Pacifique même s'il reste très certainement encore beaucoup de travail à accomplir pour parvenir à un cadre juridique et institutionnel complet. Toutefois, l'utilisation de la démarche des îles Cook comme référence souffre du fait qu'il sera difficile à d'autres États, comme Kiribati, par exemple, d'arriver au même résultat pour la simple raison que les revenus des deux États ne sont pas comparables. Il sera à notre avis tout impossible à Kiribati d'arriver à un tel niveau dans la mesure où ils délèguent déjà la gestion de leur espace aérien au-dessus de leur archipel aux îles Fidji et, plus récemment, semble-t-il, à l'Australie⁷⁰. On voit mal dans ces conditions comment l'exploration et l'exploitation des activités de DSM, avec tout ce que cela exige comme moyens financiers, administratifs, techniques, structurels et autres, pourraient être à leur portée. Sauf, encore une fois, à en déléguer la gestion de ces opérations à une tierce partie avec tout ce que cela implique.

66 Cook Islands, Seabed Minerals Act 2009 (amendé en 2015), Cook Islands, Income Tax Amendment Act 2013 - (2013 No. 18), Cook Islands, Appropriation Act 2018.

67 Cook Islands Government, Seabed Minerals Authority, <https://www.seabedmineralsauthority.gov.ck/> (consulté en mars 2019).

68 Voir « Paul E. Lynch towards the development of a national regulatory framework for deep sea mining in the cook islands »: <http://nouvelle-caledonie.ird.fr/content/download/41913/318906/.../Lynch.pdf> (consulté en mars 2019).

69 Cook Islands Seabed Minerals Authority, Cook Islands National Seabed Minerals Policy: <https://www.seabed-mineralsauthority.gov.ck/Pics/Hotel/SeabedMinerals/Brochure/Cook%20Islands%20Seabed%20Minerals%20Policy%20.pdf> (consulté en 03/2019).

70 Kiribati, ministère de l'Information, de la communication, des transports et du développement du tourisme, « Kiribati signs Air Service Agreement with Australia (Hon Minister Speech) », <https://www.micctd.gov.ki/press-release/kiribati-signs-air-service-agreement-australia-hon-minister-speech> (consulté en mars 2019) : « Kiribati is also keen to improve the management of its airspace and look into shifting the management from Fiji to Australia ».

L'exemple de la République de Kiribati est pertinent car, outre le fait qu'il s'agit là d'un État sponsor pour les activités de DSM dans « la Zone », comme précédemment évoqué⁷¹, la République de Kiribati semble également entendre développer cette activité sur son plateau continental, comme l'indique la législation adoptée en ce sens en 2017, qui couvre à la fois les opérations de DSM dans la Zone et les opérations des DSM sur le plateau continental⁷². On soulignera toutefois, qu'à l'inverse des îles Cook, la République de Kiribati n'a pas créé d'institution particulière chargée de contrôler ou de gérer cette activité et n'a pas non plus édicté de législation en ce qui concerne les revenus potentiels, ce qui explique nos réserves précédentes.

Un autre exemple à prendre en considération, en ce qui concerne les activités DSM sur le plateau continental des États du Pacifique, est très certainement celui précédemment évoqué du projet Solwara 1 de la compagnie Nautilus en Papouasie-Nouvelle-Guinée. L'avenir de ce projet, bien qu'un temps considéré comme ce qui devait être la première exploitation opérationnelle de minerai en eau profonde au monde, est aujourd'hui très incertain dans la mesure où il a rencontré de très fortes résistances au sein des communautés locales⁷³, des associations de défense de l'environnement⁷⁴, et a dû essuyer des accusations de corruption. Les difficultés juridiques se sont donc amoncées sur la société Nautilus⁷⁵, laquelle semble s'être mise sous la protection de la loi sur les faillites⁷⁶. En appliquant l'analyse faite aux États précédents à la situation de la Papouasie-Nouvelle-Guinée, nous observerons que le pays ne s'est pas doté de législation spécifique en matière d'opération de DSM. La Papouasie-Nouvelle-Guinée a déjà une forte tradition minière sur terre et semble considérer que les lois en place ont également vocation à encadrer les activités en mer.

C'est ainsi que les activités de DSM sont couvertes par le Mining Act of 1992⁷⁷, par le Mining Safety Act de 1997⁷⁸ et par de nombreux autres règlements comme l'Environment Act de 2000⁷⁹. Enfin, la même institution est chargée de contrôler et de gérer les opérations minières à terre et en eau profonde⁸⁰. Le choix d'un cadre minimal⁸¹ et polyvalent nous

71 Voir Marawa Research and Exploration Ltd, p. 11.

72 Republic of Kiribati, Seabed Minerals Act 2017.

73 Business & Human Rights Organisation, "PNG: Concerns raised about negative impacts of seabed mining; need for consultation with local landholders", <https://www.business-humanrights.org/en/papua-new-guinea-concerns-raised-about-potential-negative-impacts-of-seabed-mining-on-tuna-stocks-need-for-proper-consultation-with-local-landholders>.

74 DSM Observer, "Deep Sea Mining Company Sued By Environmentalists", <http://dsmobserver.com/2017/12/deep-sea-mining-company-sued/>. Voir également *The Guardian*, "Troubled Papua New Guinea deep-sea mine faces environmental challenge", <https://www.theguardian.com/world/2017/dec/12/troubled-papua-new-guinea-deep-sea-mine-faces-environmental-challenge> (consulté en mars 2019).

75 "Nautilus' stock plummets as deep sea mining litigation proceeds", <http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/nautilus-stock-plummets-as-deep-sea-mining-litigation-proceeds/>

76 *ABC Radio*, "Deep sea miner on the verge of bankruptcy", <https://www.abc.net.au/radio-australia/programs/pacificbeat/nautilus-update/10704506>. Voir également, *Papua New Guinea Mine Watch*, "Nautilus Minerals files for bankruptcy protection", <https://ramumine.wordpress.com/2019/02/23/nautilus-minerals-files-for-bankruptcy-protection/> (consultés en mars 2019).

77 Papua New Guinea Consolidated Legislation, Mining Act 1992 No. 20 of 1992.

78 Papua New Guinea Consolidated Legislation, Mining (Safety) Act 1997 No. 20 of 1992.

79 Papua New Guinea Consolidated Legislation, Environment Act 2000.

80 Papua New Guinea Consolidated Legislation, Mineral Resources Authority Act 2005.

81 L'insuffisance du cadre juridique et institutionnel en Papouasie a ainsi été pointée du doigt à de nombreuses reprises

semble devoir appeler des réserves compte tenu des risques potentiels des opérations DSM déjà évoquées.

De manière plus générale, le fait que si, pendant longtemps, tout portait à croire que l'exploitation de DSM commencerait avant tout dans la Zone sous la responsabilité de l'Autorité des grands fonds marins, le projet Solwara 1 ainsi que d'autres en considération⁸² suggèrent que, en fait, les dépôts situés sur les plateaux continentaux des États côtiers vont vraisemblablement faire l'objet des premières exploitations. Ceci nous laisse à penser que, contrairement à une idée reçue, c'est peut-être l'existence d'un cadre juridique et institutionnel faiblement contraignant sur les plateaux continentaux qui attire les investisseurs par préférence à « la Zone » des grands fonds marins. En effet, si l'on reprend les différentes soumissions à l'ISA par les États Sponsors, on observe la récurrence des mises en garde envers un système de code minier qui serait trop restrictif⁸³.

À l'inverse, il est possible de considérer qu'un cadre trop sommaire ne protège pas non plus l'investisseur qui risque d'être aux prises, comme lors du développement du projet Solwara 1, à de nombreuses actions en justice et à un assèchement de ses ressources. On peut donc penser qu'il est bien justifié pour l'ISA de prendre le temps de mettre en place un cadre complet et clair pour une activité qui est encore loin d'être totalement maîtrisée. Dans ce contexte exclusivement, l'analyse comparée des législations des États côtiers du Pacifique en matière de DSM peut effectivement être source d'enseignement⁸⁴. Par souci d'impartialité envers le projet Solwara 1 nous noterons que :

- D'une part, il est tout à fait possible que l'assèchement des ressources de la société Nautilus ne soit aucunement lié aux différentes actions en justice en cours mais davantage à des problèmes entre actionnaires dont certains sont issus de pays soumis à restrictions ou à des sanctions des USA⁸⁵.
- D'autre part, même en considérant que Nautilus peut avoir été attirée par le projet Solwara 1 en raison de la faible profondeur du dépôt de méga sulfite dans la mer de Bismarck, et non par telle ou telle caractéristique du cadre juridique ou institutionnel, il reste que, compte tenu des difficultés rencontrées par le projet, nos observations sur la nécessité d'un cadre juridique et institutionnel solide restent valides. C'est en ce sens que l'extension de l'application aux plateaux continentaux des États côtiers du régime du code minier en voie d'être rédigé par l'ISA et applicable normalement à la seule « Zone » nous semble être une option à considérer.

et notamment par des groupes d'action civile : http://actnowpng.org/sites/default/files/6.%20Master%20final%20Green%20paper1999%20version_20Oct08.pdf (consulté en mars 2019).

82 *Papua New Guinea Mine Watch*, "China looking under the sea for opportunities in the Pacific": <https://ramumine.wordpress.com/2018/07/02/china-looking-under-the-sea-for-opportunities-in-the-pacific/>.

83 ISA, The International Seabed Authority Releases Stakeholder Submissions to Draft Exploitation Regulations, <https://www.isa.org.jm/news/international-seabed-authority-releases-stakeholder-submissions-draft-exploitation-0>.

84 F. Olorundami, "Chapter 10 - Developing an international legal framework for the environmental regulation of deep sea mining: a comparative analysis of the deep sea mining regulations of Papua New Guinea, the Cook Islands and the United-States", *loc. cit.* note 65.

85 Deep Sean Mining Campaign, "NAUTILUS AGM: Deep Sea Mining company sinking in deep water", <http://www.deepseaminingoutofourdepth.org/nautilus-agm-deep-sea-mining-company-sinking-in-deep-water/>.

B. Dualité des zones et harmonie des régimes

En termes d'harmonisation du droit applicable aux opérations de DSM, nous avons déjà évoqué le projet SPC-EU, qui partait du double constat, d'une part, de la nécessité pour les États du Pacifique de se doter d'une législation afin d'encadrer le DSM, et, d'autre part, de l'impossibilité pour la majorité d'entre eux d'y parvenir de manière satisfaisante pour des raisons financières et techniques.

Cependant, force est de constater que le projet SPC-EU n'a pas donné les résultats escomptés et que peu d'États du Pacifique ont en fait adopté une législation adaptée aux opérations DSM. Au bilan du projet SPC-EU, on peut considérer que l'impulsion d'une harmonisation de la part de la région du Pacifique ne fonctionne pas et que si harmonie il doit y avoir, c'est peut-être en partant du régime de la « Zone ». Cette analyse nous semble justifiée dans la mesure où les opérations de DSM font l'objet de problématiques similaires, de plus, si un régime a été édifié pour servir l'humanité en son entier il devrait avoir vocation naturelle à s'appliquer de manière extensive.

Cette thèse constitue le point central de notre démonstration et semble être confortée par la perspective négative d'une multiplicité de régimes de DSM, plus ou moins aboutis, se livrant une âpre concurrence les uns par rapport aux autres afin d'attirer des investisseurs internationaux aux dépens de l'intérêt de l'humanité comme déjà suggéré dans notre analyse. Il est intéressant de remarquer que d'autres avant nous ont appliqué les enseignements de l'avis consultatif du Tribunal international du droit de la mer, qui traite des opérations de DSM dans la « Zone », aux situations des opérations de DSM sur les plateaux continentaux des États du Pacifique⁸⁶. Si l'on est en désaccord avec le contenu de l'avis, la méthode de l'extension aux plateaux continentaux des solutions applicables à la Zone nous semble cohérente dans l'optique d'une harmonisation des régimes. Dans ce contexte, la différence de régime applicable à la responsabilité pour les accidents de pollution survenus dans la colonne d'eau dans la Zone et dans la ZEE apparaît ainsi tout à fait questionnable.

Il serait erroné, à notre avis, de conclure de l'expérience du projet SPC-EU que les États du Pacifique ne souhaitent pas la création d'un modèle de législation applicable à tous ou qu'ils entendent ainsi réaffirmer leur souveraineté par l'exercice de leur liberté de choix d'un régime approprié d'origine nationale.

Notre argument n'est donc pas de revenir sur la dualité de zones découlant du droit international, ni de revenir sur ou de restreindre la souveraineté accordée à l'État côtier par le droit de la mer, même si cette souveraineté n'est pas toujours exercée de manière active⁸⁷.

86 R. Makgill et A. Linhares, "Deep Seabed Mining: Key Obligations in the Emerging Regulation of Exploration and Development in the Pacific", in R. Warner (ed.), *Routledge Handbook of Maritime Regulation and Enforcement*, Routledge, London & New York, 2016, p. 231-261. "It is noteworthy that despite the fact the Chamber's opinion concerned the Area, these initiatives generally sought to apply the key obligations to deep sea mining within the exclusive economic zone (EEZ) and continental shelf of various States. This is because while Pacific States have sovereign rights over extensive marine areas that are rich in seabed minerals,¹⁴ there is a general acceptance that the Chamber's opinion applies more broadly than the Area."

87 L'exercice effectif de la souveraineté par certains micros États est souvent posée. Voir R. A. Herr, "Microstate Sovereignty in the South Pacific: Is Small Practical?", *Contemporary Southeast Asia*, vol. 10, No. 2 (September 1988), p. 182-196.

La thèse développée ici se fonde sur l'obligation des États côtiers de mettre en place une bonne protection des territoires maritimes dont ils ont la responsabilité dans l'exercice de leur souveraineté⁸⁸.

Avec la stratégie de l'extension du code minier de l'ISA à l'exploitation DSM sur les plateaux continentaux des États côtiers, l'objectif est bien évidemment l'harmonie relative de tous les régimes de DSM en raison des similitudes des problématiques qu'ils auront à gérer. Cependant, l'idée est surtout d'éviter l'application de la théorie économique des avantages comparatifs de David Ricardo, laquelle a pour effet de mettre en concurrence non seulement les États fournisseurs de ces minéraux, mais également leurs législations comme nous l'avons évoqué précédemment. La justification de ce choix réside dans le fait que les risques réels ou potentiels de l'activité DSM imposent que ce soit l'intérêt de l'humanité en termes de protection qui passe avant l'intérêt de l'humanité en termes de gains financiers.

Si cette logique s'applique à la « Zone » en vertu des dispositions de la CDM et de l'accord de 1994 qui y sont relatives, elle devrait selon toute vraisemblance s'appliquer aux plateaux continentaux des États sur la base, d'une part, du « principe de précaution »⁸⁹ qui leur est par-fois applicable et, d'autre part, de l'impact que ces dommages pourraient avoir sur la « Zone ».

Outre le fait qu'il s'agit ici d'une interprétation très libre du droit de la mer, laquelle est susceptible de soulever de très nombreuses objections absolument fondées, il nous semble que deux de ces objections doivent être mises en relief.

En premier lieu, rien à ce stade ne prouve que le régime minier à venir soit réellement la panacée et soit à même de concilier les intérêts antagonistes existant en ligne de fond de toute exploitation minière en eaux profondes. Nous avons par exemple montré, au travers des communications faites à l'ISA, combien les entreprises minières et certains États sponsors craignent un fonctionnement lourd et peu réactif de l'Autorité. Il semble donc exister une défiance face à ce qui est vécu comme un risque de manque de prise en considération par une autorité trop administrative dont l'objectif n'est pas réellement de produire du minerai à un prix compétitif. On peut toutefois modérer cet argument en constatant que ce genre d'objection découle systématiquement de tout effort de régulation et que la vraie réponse se cache comme souvent dans les détails du régime mis en place.

En second lieu, l'harmonisation souhaitable du régime applicable à l'ensemble des opérations de DSM, quel que soit le lieu de leur localisation, est susceptible d'être confrontée non seulement aux lois de l'État côtier par l'exercice de sa souveraineté mais également aux coutumes locales compte tenu de l'omniprésence du pluralisme juridique dans les États du Pacifique.

En effet, il existe dans de nombreux États du Pacifique une tradition coutumière forte créant un véritable pluralisme juridique lorsque cette source de droit est reconnue comme telle par

88 CDM, voir l'article 208 pour l'obligation de protection de l'environnement, activités minières, l'article 210(5) pour la pollution par décharge et l'article 211(5) & (6) pour la pollution accidentelle par les navires. Voir également les autres obligations de protection de l'environnement : articles 192, 193, 194, 195, 204, 214.

89 Pour une tentative de synthèse de ce principe à la valeur et au contenu juridique très instable on peut se référer, entre autres, au rapport du service de recherche du Parlement européen : D. Bourguignon, « Le principe de précaution : Définitions, applications et gouvernance », 2015, 29 p., disponible sur le site du Parlement.

leur Constitution, comme c'est le cas, par exemple, pour le Vanuatu⁹⁰ et les îles Salomon⁹¹. Il est donc tout à fait probable que, lorsqu'il existe un tel pluralisme juridique, une harmonisation quelle qu'elle soit doit faire face à un particularisme local assez prononcé. Ceci entraînera très certainement une certaine insécurité juridique car, comme on le sait, la coutume est le plus souvent orale, et son identification et son interprétation peuvent poser de nombreux problèmes. Dans ces conditions, notre souhait de voir la création d'un régime juridique unifié pour encadrer l'activité d'exploitation minière en eau profonde est très probablement à mettre dans la liste des vœux pour un monde meilleur tant il existe de zones d'ombres entre le régime précisément de la « Zone » et ceux des autres zones.

CONCLUSION

L'exploitation minière en eaux profondes semble nous faire pénétrer dans un territoire inexploré tant aux niveaux géographique, scientifique, économique que juridique car, comme nous l'avons vu, les interrogations mais aussi les craintes sont nombreuses. Il en résulte des tensions quant aux fonctions et à l'usage de l'océan entre différents acteurs dont les intérêts sont difficiles à concilier.

Après avoir mis en avant le fait que le régime juridique des grands fonds marins n'est encore qu'en gestation, nous avons également observé que de nombreux défis se posent quant à son édification et que, par certains égards, il est possible que le droit national refasse son apparition en parallèle par l'intermédiaire de l'État qui patronne.

Notre analyse de la situation du cadre juridique en place dans les États côtiers ayant des velléités à permettre une activité DSM sur les plateaux continentaux est probablement plus préoccupante encore puisque nous avons noté la forte probabilité que ces États ne soient pas en mesure financière ou technique de mettre en place un tel cadre juridique.

C'est dans ce contexte, et après avoir noté l'échec relatif du projet SPC-EU ayant vocation de proposer aux États du Pacifique un régime juridique cadre pour les opérations de DSM sur leurs plateaux continentaux, que nous avons suggéré qu'une telle référence ou harmonisation provienne alors du régime international en gestation auprès de l'ISA.

Il existe d'excellentes raisons de fond et de droit pour une telle démarche, même si nous avons été obligés de reconnaître qu'une approche par extension ou analogie sera difficile en ce domaine et qu'il faudra que chaque État consente à cette solution. Néanmoins, compte tenu de la connexion existant entre les océans et des conséquences potentielles du DSM sur toute l'humanité, il est nécessaire que l'approche que nous avons formulée ici soit considérée. Il semble d'ailleurs qu'une démarche similaire à celle-ci, à savoir l'extension du rôle directeur de l'ISA, soit déjà engagée en ce qui concerne la préservation de la biodiversité de la haute mer.

90 Voir les articles 7, 30, 47, 74 et surtout 95 de la Constitution de la République de Vanuatu. L'article 95(3) de la constitution du Vanuatu prévoit notamment que : « Les règles coutumières continuent à produire tous leurs effets au sein du système juridique de la République de Vanuatu ». Voir en ce sens J. Corrin et D. Paterson, *Introduction to South Pacific Law*, Routledge, 3^e édition, 2011, p. 37.

91 Voir sections 76, 11 et 112 de la Constitution des îles Salomon de 1978.

En outre, même dans le cas où une telle harmonisation serait possible, il restera de nombreux points de droit à éclaircir. D'abord à l'égard de l'application du régime international aux États côtiers qui possèdent un droit coutumier incompatible, ensuite pour ce qui est du contenu du régime international envers lequel nous avons de sérieuses préoccupations, en raison de l'avis consultatif précité du Tribunal de la mer qui est à notre sens inadapté à l'exploitation minière.

Au-delà de la spécificité pratique des problèmes liés à l'exploitation minière en eau profonde, de manière générale, le DSM s'inscrit toutefois dans des problématiques bien connues du droit de la mer, à savoir la nécessité de ne pas laisser des ressources dans la catégorie des « *res communis* » au risque de les voir disparaître au profit du premier venu. En effet, ce qui appartient à tout le monde appartient surtout aux puissants qui se serviront sans compter, et, dans le même temps, grande est la difficulté de s'assurer que celui à qui on a attribué des droits à l'égard de certaines ressources en fait une administration et une gestion correcte.

Force est de constater que l'espoir de ce que l'on peut appeler la troisième voie, qui est celle de la partie XI de la convention sur le Droit de la mer de 1982 agrémentée de l'accord de 1994, peine à résoudre ce problème des ressources situées dans la « Zone » tant le régime du patrimoine commun de l'humanité est lacunaire. Parallèlement, l'attribution de certaines ressources à l'État côtier, reposant sur l'espoir d'une gestion et d'une administration responsable par ce dernier, semble sujette au même constat.

Il a été démontré que, dans le cas du DSM dans le Pacifique sud, il s'agit peu ou prou des mêmes forces qui sont à la manœuvre dans une zone comme dans l'autre. La convention de 1982 a été écrite à une époque où les corporations n'avaient pas encore tout à fait la même puissance que de nos jours, c'est un fait. Conceptuellement cependant, le risque de monopolisation des ressources reste inchangé. Afin de faire face à ce défi, il est important de bien garder à l'esprit les conditions assorties par la CDM au partage des ressources des grands fonds d'une part et à l'attribution de celles situées sur les plateaux continentaux des États côtiers d'autre part.

Afin que chacun bénéficie d'une part équitable de ce patrimoine de ressources finies et contribue tout aussi équitablement à la protection d'un environnement que l'on sait maintenant fragile, il est essentiel de rappeler que l'attribution de leurs responsabilités aux États fait partie de l'esprit même de la CDM et constitue un des piliers de la Convention de 1982. Alors, peut-être, aurons-nous enfin autre chose que des marteaux pour mettre à profit autre chose que des clous.

DEUXIÈME PARTIE

TERRITOIRES MENACÉS

LA VENTE ET LA LOCATION DE TERRITOIRE, UNE SOLUTION À LA MONTÉE DES EAUX ?

Michael J. Strauss

Université Paris Descartes, Centre d'études diplomatiques et stratégiques

77

Les États sont des entités dynamiques dont les populations, économies et situations politiques évoluent constamment. Ils doivent également répondre à un flux constant d'événements externes, tels que les actions d'autres États et l'impact du changement climatique mondial. Malgré cela, chaque État a des frontières fixes qui définissent son identité territoriale. Ces frontières gèlent les dimensions géographiques de chaque État pour refléter les circonstances à un moment clé de son histoire. Avec le temps, ces frontières ne sont peut-être plus alignées avec ce que l'État perçoit comme ses besoins ou ses intérêts territoriaux. Parmi les moyens utilisés par les États pour pallier ce problème, il convient de réaffecter des territoires entre eux par des transactions sous forme de ventes (dans lesquelles un État achète un territoire à un autre) ou de baux (dans lesquels des droits souverains sont transférés entre États alors que la souveraineté reste intacte).

Les ventes et les baux de territoire ne suivent pas les modèles courants car ces derniers n'existent pas, et il n'y a pas de série de normes juridiques internationales destinées à les englober. Il n'y a pas non plus de terminologie uniforme, bien que le vocabulaire des transactions immobilières – ventes et baux – soit généralement utilisé en raison des similitudes entre les arrangements et les notions correspondantes de droit privé.

Ces transactions sont basées sur la relation fondamentale entre un État et le territoire sur lequel il est situé. Cependant, cette relation n'a jamais été totalement claire. Depuis le XIX^e siècle, les juristes ont proposé différentes théories pour l'expliquer. Celles-ci incorporent et parfois mêlent les notions d'autorité (*imperium*) et de propriété (*dominium*). Nous présentons ici les principales.

1. La théorie du « territoire-sujet », qui considère le territoire comme une caractéristique de l'être même de l'État – « l'État personnifié »¹ ou « l'État lui-même dans ce qu'on appelle son aspect territorial »². Elle assimile la personnalité d'un État à sa zone territoriale qui ne peut être modifiée sans que l'État lui-même ne soit transformé, attirant les critiques de théoriciens qui considéraient un État comme ayant la capacité d'évoluer territorialement. Selon Eelco Nicolaas van Kleffens, « si le territoire d'un État est de son essence, toute modification de ce territoire entraînerait la perte de l'identité de l'État »³. Cette théorie n'a pas expliqué rationnellement les cessions territoriales et le partage des compétences entre plusieurs États ou au sein d'un État fédéral et elle a finalement perdu le soutien pour cette raison : la pratique des

1 Ch. Rousseau, *Cours de droit international public*, Paris, Les Cours de Droit, 1956, p. 17.

2 E. N. Van Kleffens, "Sovereignty in International Law", in *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, vol. 82, 1953-I., Leiden, A.W. Sijthoff, 1954, p. 95.

3 *Ibid.*, 96.

États a montré non seulement que les États pouvaient survivre à l'addition ou à la soustraction de territoire, mais aussi que tels changements ne sont pas des situations exceptionnelles qui auraient permis à la théorie de rester valide.

2. La théorie du « territoire-objet », qui considère le territoire comme la propriété d'un État et l'objet de son pouvoir et de l'exercice de sa souveraineté – en d'autres termes, ce qu'un État possède plutôt que ce qu'il est. Cette théorie est née du droit romain qui a influencé les concepts de propriété foncière à l'époque médiévale ; elle a été largement acceptée au cours du XIX^e siècle et de la première moitié du XX^e siècle. Hersch Lauterpacht a déclaré dans les années 1920 qu'il s'agissait encore de la théorie dominante à l'époque, ceci « en raison de ses mérites intrinsèques » face aux nouvelles théories⁴, mais, dans les années 1950, Van Kleffens affirmait qu'il restait peu d'adhérents à la théorie du « territoire-objet »⁵ et, quelques décennies plus tard, elle était rejetée par Dinh Nguyen Quoc *et al.* comme obsolète⁶.

Néanmoins, de nos jours, Giovanni Distefano a reconnu que cette théorie capture une partie de la vérité de la relation État-territoire en fournissant une explication conceptuelle plausible des activités qu'un État exerce par rapport au territoire, telles que l'acquisition, la cession et l'administration⁷. Krystyna Marek a souligné que, comme la propriété est extérieure à son propriétaire, « la conséquence logique de l'idée de territoire comme "propriété" de l'État ferait que même une perte totale et finale de territoire n'entraverait en rien l'existence continue de l'État ». Elle a attribué la disparition de la théorie à la contradiction entre cette affirmation et la nécessité inhérente pour un État d'être associé au territoire⁸.

3. Dans la théorie du « territoire limite », le territoire est la zone bordée où un État exerce un pouvoir gouvernemental exclusif⁹. Elle a attiré ses adeptes en soulignant le lien entre territoire et gouvernement¹⁰, tandis que les détracteurs lui reprochaient de considérer le territoire comme un concept restrictif qui ne tient pas compte des actions extraterritoriales d'un État ou de ses compétences en dehors de son territoire¹¹.

4. La « théorie de l'espace » (*Raumtheorie*) considère le territoire comme l'espace géographique où un État exerce sa compétence, notamment sur les personnes, plutôt que la zone directement soumise à son pouvoir (comme dans la théorie du territoire limite). Georg Jellinek a qualifié le territoire de « base spatiale indispensable » pour qu'un État exerce son pouvoir par l'intermédiaire de ses sujets¹².

4 H. Lauterpacht, *Private Law Sources and Analogies of International Law*, 1927, repr. Hamden, Conn., Archon Books, 1970, p. 93.

5 E. N. Van Kleffens, *op. cit.*, p. 94-95.

6 N. Quoc Dinh, P. Daillier et A. Pellet, *Droit international public*, 7^e éd. Paris, L.G.D.J., 2002, p. 413-414.

7 G. Distefano, *L'ordre international entre légalité et effectivité: Le titre juridique dans le contentieux territorial*. Paris, A. Pedone, 2002, p. 35-37, 39.

8 K. Marek, *Identity and Continuity of States in Public International Law*, 2^e éd. Genève, Droz, 1968, p. 18-20.

9 G. Scelle, *Droit international public*, 3^e éd. Paris, Les Cours de Droit/Domat Montchrestien, 1946-47, p. 96-97.

10 N. Nguyen Quoc *et al.*, *op. cit.*, p. 414.

11 Ch. Rousseau, *Droit International Public*, vol. 2. Paris, Sirey, 1974, p. 50-51.

12 G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, vol. 2, trad. par Georges Fardis. Paris, M. Giard & E. Brière, 1913, p. 22-24.

5. La théorie de « l'espace vital » (*Lebensraum*) assimile l'État au territoire nécessaire à la préservation et au développement de sa population¹³. Cela permet à la zone territoriale d'un État d'évoluer en fonction de ses besoins, mais il a perdu sa validité à cause de son utilisation agressive par l'Allemagne pendant la Seconde Guerre mondiale¹⁴ et du renforcement du principe de l'intégrité territoriale. On reconnaît à la théorie, élaborée par Friedrich Ratzel, d'avoir fourni une justification intellectuelle aux États pour tenter de modifier leurs dimensions territoriales.

6. La « théorie de la compétence » (*Kompetenztheorie*) fait de la relation entre l'État et le territoire une autorité juridique spatiale et déplace progressivement la théorie « territoire » objet pour devenir l'actuelle théorie. Cette théorie, élaborée par Ernst Radnitzky au début du XX^e siècle¹⁵ et développée ensuite par d'autres, comme Hans Kelsen et Alfred Verdross, est arrivée à assimiler le territoire à ce que Kelsen a décrit comme « la sphère de validité territoriale de l'ordre juridique appelé État »¹⁶.

Malgré la dominance actuelle de la théorie de la compétence, certaines des autres théories ne peuvent être entièrement écartées. En particulier, la pertinence continue de la théorie du territoire-objet ne peut être ignorée car la pratique des États en fournit de nombreuses preuves. Cela se voit de plusieurs façons qui, prises ensemble, suggèrent que cette théorie mérite une attention renouvelée :

- la conclusion de transactions territoriales entre États qui rassemblent, dans le concept et la forme, le traitement de la propriété en droit privé ;
- la création d'obligations contractuelles relatives aux territoires impliqués dans ces transactions (par exemple, le loyer dans le cas d'un bail du territoire) ou le transfert entre États d'obligations existantes (par exemple, les dettes) et le respect continu des obligations créées ou acquises dans des transactions passées ;
- la terminologie de propriété utilisée par les États pour décrire leurs propres relations avec le territoire sur lequel ils exercent leur souveraineté ou un certain degré de contrôle ;
- la prolifération des concepts de territoire en droit international qui découlent du droit de propriété romain (par exemple, « titre de territoire » en tant que pont juridique entre l'association d'un État à un territoire et son droit d'exercer sa souveraineté, et le principe d'*uti possidetis juris*) ;
- le fait que les États traitent comme des biens les éléments physiques qui constituent le territoire – les ressources naturelles sur lesquelles ils exercent leur souveraineté ;
- les écrits actuels de spécialistes du droit international, ainsi que d'autres allant des politologues aux sociologues, qui se réfèrent au territoire comme étant la propriété d'un État¹⁷.

13 W. D. Smith, « Friedrich Ratzel and the Origins of Lebensraum », *German Studies Review*, vol. 3, n° 1, 1980, p. 53-55.

14 Ch. Rousseau, *Cours de droit international public*, op. cit., p. 32-34.

15 J. Barberis, « Les liens juridiques entre l'État et son territoire », *Annuaire française de droit international*, vol. 45, 1999, p. 139 (en citant Ernst Radnitzky, « Die rechtlich Natur des Staatsgebietes », *Archiv für öffentliches Recht*, vol. 20, 1906, p. 313-355).

16 H. Kelsen, *General Theory of Law and State*, trad. par Anders Wedberg, 1945, repr. Clark, N.J., Lawbook Exchange, 2009, p. 208.

17 M. J. Strauss, *Territorial Leasing in Diplomacy and International Law*. Leiden, Brill/Nijhoff, 2015, p. 33-34.

I. TRANSACTIONS TERRITORIALES EN TANT QUE TRANSACTIONS DE PROPRIÉTÉ

À mesure que le système international d'États se développait et s'étendait, le contrôle du territoire était assimilé à la possession. Bien que la possession et la propriété ne soient pas équivalentes en droit, les deux peuvent s'entremêler. C'est ainsi que les divers droits associés à la propriété du droit privé ont pénétré dans la sphère des États. Comme le résume Enrico Milano: « les fondateurs du droit international [...] traitent à la fois de la propriété individuelle et de la souveraineté territoriale, en ne faisant souvent aucune distinction entre eux. »¹⁸

Eugène Ortolan a écrit en 1851 que toutes les caractéristiques de la propriété privée étaient également applicables aux États et que les droits d'un État sur son territoire étaient « entièrement analogues » aux droits de la propriété privée¹⁹. Selon Lauterpacht, rien n'indique que le droit international écartera le mélange conceptuel entre la propriété en droit privé et la souveraineté des États : « Elles appartiennent, dans la logique juridique, à la même classe de droits »²⁰.

Le territoire d'un État peut être joint à un autre État par le biais de transactions de type propriété. Au cours du XIX^e siècle, un certain nombre d'États ont vendu et acheté des territoires ; les dimensions géographiques de la France, de la Russie et des États-Unis ont radicalement changé grâce aux ventes de la Louisiane en 1803 et de l'Alaska en 1867. En effet, les États-Unis se sont étendus principalement grâce aux achats. Outre l'achat de la Louisiane à la France et de l'Alaska à la Russie, les États-Unis ont acheté au Mexique une partie du Texas ainsi qu'à d'autres États américains voisins ; les Philippines à l'Espagne, après la guerre de 1898 et les îles Vierges américaines au Danemark en 1917. Diverses autres nations ont également acheté et vendu des territoires mais dans une moindre mesure.

En restant toutefois légales, les pratiques de cession et d'acquisition de territoire par la vente n'ont aujourd'hui plus cours, même si elles sont pourtant encore possibles. Lors de la récente crise financière en Grèce, par exemple, il a été proposé à cette dernière de vendre certaines de ses îles pour combler ses besoins financiers. Par ailleurs, le transfert de souveraineté de l'Égypte vers l'Arabie saoudite concernant deux îles de la mer Rouge (Tiran et Sanafir), en 2017, est parfois considéré comme une vente²¹.

La raison pour laquelle les ventes de territoire ont perdu leur popularité n'est pas claire, mais elle a coïncidé avec une prolifération des baux de territoire, surtout vers la fin du XIX^e siècle.

18 E. Milano, *Unlawful Territorial Situations in International Law: Reconciling Effectiveness, Legality and Legitimacy*. Leiden, Martinus Nijhoff, 2006, p. 81.

19 E. Ortolan, *Des moyens d'acquérir le domaine international ou propriété d'état entre les Nations, d'après le droit des gens public, comparés aux moyens d'acquérir la Propriété entre Particuliers, d'après le droit privé; et suivis, de l'examen des principes de l'équilibre politique*, Paris, Amyot, 1851, p. 20.

20 H. Lauterpacht, *op. cit.*, p. 95-96.

21 Certains reportages font un lien entre le transfert de souveraineté et un accord par lequel l'Arabie saoudite favoriserait l'Égypte avec des milliards de dollars d'investissements et d'aide financière (voir, e.g., "Egypt court upholds Tiran, Sanafir transfer to Saudi Arabia", *Al Jazeera*, 3 mars 2018, <https://www.aljazeera.com/news/2018/03/egypt-court-upholds-tiran-sanafir-transfer-saudi-arabia-180303185036714.html> (consulté le 25 juin 2018)).

Peut-être était-ce parce que certains États ont trouvé qu'obtenir des droits souverains en lieu de la souveraineté était suffisant pour satisfaire leurs intérêts territoriaux. Au début du xx^e siècle, de nombreux États du monde avaient conclu des contrats de location : les États-Unis, la Grande-Bretagne, la France, l'Allemagne, l'Espagne, la Belgique, la Russie, Panama, Cuba et la Chine, entre autres. La pratique a continué à se développer jusqu'à nos jours. Depuis la Seconde Guerre mondiale, plusieurs bases militaires ont été établies de cette manière²².

De telles transactions montrent que lorsque les gouvernements, agissant en tant qu'agents d'États, mettent en pratique leur notion de la relation État-territoire, cette notion est celle de propriété. Cela est confirmé par l'adhésion systématique de l'État acquéreur à des engagements de nature privée, généralement des obligations financières découlant de ces transactions, même s'il n'existe pas de règle universelle de droit international qui impose cette adhésion. Ainsi, la pratique étatique consiste à assumer les dettes contractées par un précédent gouvernement pour un territoire acquis si les dettes ont été contractées pour le bien général²³. De même, la France continue à verser un loyer de plus de 70 000 € par an à l'Espagne pour des droits exclusifs sur un petit territoire des Pyrénées appelé Quinto Real Norte, en vertu d'un bail conclu il y a plus de 150 ans afin d'avoir le contrôle exclusif des pâturages²⁴.

Si la vente de territoire à un autre État est une forme classique de cession et d'acquisition territoriale, les baux de territoire ont été peu étudiés et nécessitent des explications. Nous pouvons définir le bail territorial comme un traité ou un autre accord impliquant le consentement des deux États et présentant certaines caractéristiques : (1) il établit les droits pour un État d'exposer des éléments de son autorité souveraine sur un territoire dont un autre État conserve la souveraineté *de jure* ; (2) il crée une relation semblable à celle entre un bailleur et un locataire en droit privé ; et (3) ses éléments structurels sont, *grosso modo*, similaires à ceux d'un bail de droit privé. Les droits transférés par un bail territorial peuvent être définis comme une servitude qui limite l'exercice actif de la souveraineté par l'État bailleur et étend les compétences souveraines de l'État locataire sur le territoire concerné²⁵.

De nombreuses raisons peuvent expliquer pourquoi les États louent des territoires. Elie van Bogaert définit les baux comme « la formule pratique pour couvrir une diversité de situations »²⁶. En effet, les baux reflètent le comportement pragmatique des États. Un transfert formel de souveraineté peut être considéré comme trop disproportionné par rapport à l'importance d'une question territoriale, ou trop définitif par rapport à la durée prévue, alors qu'un bail est une solution moins extrême. Parfois, un bail est utilisé pour résoudre un problème territorial lorsque d'autres solutions potentielles s'avèrent trop difficiles à négocier. Dans ce cas il peut s'agir d'une solution en soi ou d'une mesure temporaire pour gagner

22 F. A. Váli, *Servitudes of International Law*, 2^e éd. Londres, Stevens & Sons, 1958, p. 208.

23 J. V. Feinerman, "Odious Debt, Old and New: The Legal Intellectual History of an Idea", *Law and Contemporary Problems*, No. 70, 2007, p. 195 ; R. Hows, "The Concept of Odious Debt in Public International Law", Discussion Paper 185, U.N. Conference on Trade and Development, doc. UNCTAD/OSG/DP/2007/4, 2007, p. 4.

24 M. J. Strauss, *The Viability of Territorial Leases in Resolving International Sovereignty Disputes*. Paris, L'Harmattan, 2010, p. 137-191.

25 M. J. Strauss, *Territorial Leasing in Diplomacy*, *op. cit.*, p. 8.

26 E. Van Bogaert, "The Lease of Territory in International Law", dans *Miscellanea – W.J. Ganshof van der Meersch*, vol. 1. Brussels, Emile Bruylant, 1972, p. 321-322.

du temps jusqu'à ce que le problème disparaisse ou diminue, ou encore jusqu'à ce que les conditions deviennent plus favorables pour trouver un autre type de solution. Un bail territorial entre États peut également servir des objectifs politiques : il peut permettre à chaque partie d'affirmer publiquement qu'elle exerce un certain contrôle sur un territoire contesté.

Les objectifs des baux territoriaux se retrouvent dans l'ensemble des activités de l'État. Ils reflètent souvent des motivations politiques, telles que l'exercice du pouvoir ou l'influence à l'étranger. Ils peuvent aussi mettre fin à un conflit concernant un territoire qui a fait l'objet de revendications concurrentes ou rectifier une situation défavorable découlant de la localisation des frontières nationales. De nombreux baux territoriaux ont des motivations économiques, telles que l'exploitation d'une ressource naturelle, l'utilisation de zones agricoles, ou de pêche, la création d'une zone commerciale spéciale. Des baux peuvent avoir également des fins stratégiques ou scientifiques, comme l'implantation de bases militaires.

Divers États ont pratiqué la location territoriale à plusieurs reprises sur une période prolongée. Certains, comme la Russie, ont vécu les deux côtés de ces transactions, locataire dans certains cas et bailleur dans d'autres. Cela prouve que l'expérience accumulée dans la mise en place de tels arrangements, ou tout simplement le fait d'en tirer des avantages, incite également les États à considérer les baux comme un moyen de résoudre certaines de leurs questions territoriales²⁷.

Les baux soulèvent de nombreuses interrogations concernant le statut des territoires par rapport à la souveraineté en général : la souveraineté peut-elle être divisée en aspects *de jure* et *de facto* ? La souveraineté peut-elle être temporaire ? La souveraineté peut-elle même être refusée ? Selon les termes du bail de Guantanamo Bay, les États-Unis ont obtenu « la juridiction et le contrôle complets » de la zone tandis que Cuba conservait la « souveraineté ultime ». Dès la création du bail depuis 115 ans, les États-Unis exerçaient un contrôle total sur le territoire et Cuba n'en a exercé aucun. Si la souveraineté devait être contestée juridiquement, il est possible que les États-Unis gagneraient grâce à leur contrôle effectif sur une longue période avec la tolérance cubaine. Ceci fait-il des États-Unis un véritable souverain à Guantanamo, même s'il n'est pas ouvertement déclaré ? La vérité est que les États-Unis ne veulent pas de souveraineté à Guantanamo Bay pour des raisons liées au droit municipal américain, une grande partie de la valeur du territoire venant du fait que Cuba y est souverain²⁸.

II. COMPOSANTES D'UN BAIL TERRITORIAL

En l'absence de modèles courants, les détails spécifiques des baux territoriaux varient considérablement. Néanmoins, on peut discerner certains éléments communs.

L'un est l'affirmation de la souveraineté *de jure* de l'État bailleur sur le territoire. Cela définit l'accord comme n'étant pas une cession de souveraineté et de titre, car il pourrait sembler en

²⁷ M. J. Strauss, *Territorial Leasing in Diplomacy*, op. cit., p. 23-27.

²⁸ M. J. Strauss, *The Leasing of Guantanamo Bay*. Westport, Conn., Praeger, 2009, p. 150-152. Cuba a fait des protestations limitées contre la présence américaine à Guantanamo Bay depuis la révolution cubaine de 1959 mais ne l'a pas formellement contesté dans un cadre diplomatique ou juridique (*ibid.*, p. 182).

être ainsi si l'État locataire fait montre d'un comportement indiscernable de la souveraineté dans la zone louée. Cette affirmation constitue également un obstacle juridique supplémentaire à toute contestation future du titre de l'État locataire²⁹.

Les droits associés à la souveraineté constituent le cœur de chaque bail territorial et peuvent être divisés en deux types généraux : (1) ceux attribués à l'État locataire pour atteindre l'objectif souhaité du bail et (2) les droits juridictionnels qui établissent le cadre juridique pour la mise en œuvre de l'accord par rapport aux systèmes juridiques respectifs des parties. Le transfert de droits liés à l'objectif peut être complet ou partiel. Lorsque le transfert est complet, le locataire obtient un contrôle opérationnel total du territoire, tandis que, dans le cas d'un transfert plus restreint, le locataire peut effectuer une gamme limitée d'activités sur le territoire. Quant aux droits juridictionnels, ils peuvent être cédés au locataire, mais ils peuvent également être conservés par le bailleur ou partagés entre eux à partir d'une division de responsabilité définie dans le bail. Les droits juridictionnels établissent un environnement juridique propre à la zone louée et constituent la base du traitement et de l'administration des problèmes juridiques éventuels³⁰.

Un bail de territoire entre deux États a toujours une durée identifiable, mais celle-ci peut prendre différentes formes :

- Celle d'une durée déterminée. Ce type d'arrangement, relativement courant dans les baux bilatéraux, est conclu pour une durée limitée et contient une date d'expiration à laquelle les droits de l'État locataire, automatiquement éteints, reviennent à l'État bailleur. Un tel bail ne peut être prolongé que par un nouvel accord entre les parties. Les contrats de location à durée déterminée ont souvent été conclus pour des périodes de 25, 50 ou 99 ans.
- Celle d'une durée déterminée avec renouvellement automatique. Un contrat de location à durée déterminée peut comprendre une disposition prévoyant son renouvellement ou sa prolongation automatique en l'absence d'action positive de l'une ou l'autre partie pour y mettre fin. Un tel bail peut préciser une période de temps avant son expiration prévue au cours de laquelle l'une des parties peut empêcher sa continuation, et détailler le type d'action requise. Ce genre de bail peut se poursuivre à perpétuité ; il peut être choisi s'il n'y a pas d'intention particulière d'y mettre fin ou si les États ne s'accordent pas sur la date d'expiration. Il permet aux parties de conserver à l'avenir leurs options diplomatiques tout en évitant la question de la permanence et d'éviter ainsi les conséquences politiques ou juridiques qui pourraient en découler.
- Celle d'un terme indéfini. La durée d'un bail territorial peut être indéterminée, sa résiliation dépendant d'un événement ou d'une circonstance élaborée au préalable. La situation de déclenchement peut se produire ou non. L'éventualité met à jour le fait qu'il pourrait y avoir un jour un changement de contexte politique, géopolitique ou économique ou d'une autre situation dans laquelle le bail a été conclu et, par cette modification, l'État locataire n'aura plus besoin d'utiliser le territoire.
- Celle de la perpétuité. Un bail territorial à perpétuité reflète l'intention des parties d'établir un arrangement permanent qui exclut toute possibilité de résiliation. Ces baux perpétuels de territoire apparaissent avec une certaine régularité dans la pratique des

29 M. J. Strauss, *Territorial Leasing in Diplomacy*, op. cit., p. 97-102.

30 *Ibid.*, p. 102-110.

États. On peut supposer qu'un terme perpétuel peut être choisi parce que l'objectif du bail n'a pas de point final prévisible. Cela pourrait également signifier que l'arrangement, en tant qu'élément de la coopération bilatérale, peut être destiné à la renforcer de manière permanente³¹.

Un dernier élément commun à la structure des baux territoriaux est la compensation que l'État locataire fournit à l'État bailleur en échange des droits transférés. Cela peut aussi avoir différentes formes. La pratique des États a démontré que cette compensation peut être monétaire ou non monétaire, et que son importance peut être liée à des facteurs tels que la valeur perçue du territoire, l'objectif du bail ou l'affirmation de la souveraineté du bailleur. La compensation peut être tangible, comme le paiement d'un loyer, ou non, comme l'amélioration des relations politiques ou commerciales bilatérales. Plusieurs types généraux de compensation peuvent être identifiés dans les baux territoriaux :

- Un loyer basé sur la valeur du territoire. Certains baux territoriaux prévoient un paiement de loyer périodique en fonction de la valeur économique du territoire ou de la valeur politique ou stratégique des avantages dont bénéficie le locataire venant des droits qu'il peut y exercer. Le paiement est souvent annuel.
- Un loyer symbolique. Un certain nombre de baux territoriaux ont obligé l'État locataire à payer un loyer périodique symbolique sans rapport avec la valeur du territoire ou des droits en cause. Le loyer dans ces cas est souvent un montant nominal et permet d'affirmer la souveraineté de l'État bailleur sur la zone louée : le paiement sert d'affichage récurrent de la reconnaissance par le locataire que l'État bailleur conserve le titre territorial.
- Une compensation non monétaire. La compensation, qu'elle soit de valeur ou symbolique, ne prend pas toujours la forme d'un paiement monétaire. Il n'est pas rare qu'un bail apporte une compensation ponctuelle ou récurrente sous la forme de biens ou de services, ou sous la forme de concessions financières, comme la réduction des prix du gaz que la Russie a accordée à l'Ukraine lors de la prolongation du bail russe d'une base navale à Sébastopol en 2010 (ce bail a été annulé par la Russie après son annexion de la Crimée en 2014, bien que l'annexion et l'annulation soient contestées).
- Une indemnité non précisée. Parfois, le bail territorial n'exige pas que l'État locataire indemnise l'État bailleur pour les droits transférés dans la zone louée. Cela peut être le cas, par exemple, si le bail fait partie d'un accord bilatéral plus large ou d'un ensemble d'accords comportant un aspect compensatoire sur autre chose. Le bail peut également être le volet d'un ensemble plus vaste d'arrangements formels et informels dans le cadre de relations bilatérales entre les deux États, et des aspects apparemment indépendants de ces relations peuvent rendre inutile l'inclusion d'une clause précisant la compensation dans le bail lui-même³².

III. ACHAT ET LOCATION DE TERRITOIRE PAR DES ÉTATS EN TANT QU'ACTEURS PRIVÉS

Alors que les baux de territoire se trouvent être des accords entre États, ces dernières années les États ont de plus en plus recours à des arrangements similaires en tant qu'acteurs

³¹ *Ibid.*, p. 113-121.

³² *Ibid.*, p. 121-126.

privés. Cela se produit souvent pour des raisons liées à la sécurité alimentaire – les États qui n’ont pas suffisamment de terres pour l’agriculture achètent ou louent des terres, couvrant parfois de vastes zones, dans d’autres États. Cette pratique est apparue parallèlement à la mondialisation des entreprises d’État et avec la réalisation d’investissements à partir de fonds souverains à l’étranger. Ces entreprises achètent ou louent souvent des terres dans d’autres États dans le cadre des lois municipales de l’État « hôte » sur la propriété et les lois qui régissent les contrats. Les droits qu’ils obtiennent sur ces territoires ne sont peut-être pas des droits souverains mais, selon les termes des arrangements, ils peuvent les imiter³³. Le développement par les États d’un aspect international « privé » augmente considérablement leur flexibilité par rapport aux règles qui régissent leur comportement en tant qu’acteurs géopolitiques³⁴.

Avec les transactions foncières pour la sécurité alimentaire, les gouvernements des pays importateurs des cultures agricoles et de produits alimentaires sont généralement ceux qui proposent ce type de contrats, mais les gouvernements des États où se trouvent les terres agricoles les accueillent souvent avec enthousiasme en raison des compensations qu’ils reçoivent. Le même type d’arrangement commence à être rencontré en réponse au changement climatique : dans la première transaction connue en lien à cette préoccupation, l’État de Kiribati a acheté des terres de l’Église anglicane à Fidji, en vertu des lois municipales fidjiennes, afin de permettre à la population de Kiribati d’avoir des terres si le niveau de la mer montait encore et que son propre État se trouvait submergé³⁵.

La nature d’un territoire loué peut changer pendant la durée du bail, comme cela a été le cas à Hong Kong (avec sa transformation en une ville moderne en plein essor sous la gouvernance du Royaume-Uni en tant que locataire) et dans la zone du canal de Panama (avec la construction du canal par les États-Unis). Dans chacun des deux cas, l’État souverain – respectivement la Chine et le Panama – a bénéficié de modifications lorsque le contrôle a été restitué à la fin du bail. Néanmoins, ceci n’est pas assuré de manière certaine³⁶. De plus, bien que le contrôle d’un territoire loué revienne souvent à l’État souverain, dans certains cas, l’État locataire a acquis la souveraineté des territoires loués. Cela a parfois eu lieu par le biais d’accords ultérieurs (comme dans le cas de la ville de Wismar et ses environs, dont le contrôle est passé de la Suède à Mecklenbourg-Schwerin, dans l’actuelle Allemagne) mais, d’autres fois, l’État locataire a directement saisi le territoire en location (comme le Royaume-Uni a fait à Chypre lors de la Première Guerre mondiale, quand il est devenu l’adversaire de la Turquie, qui était l’État bailleur)³⁷.

Que les États se comportent comme des acteurs publics ou privés, la vente ou la location de territoire peut comporter des risques et des avantages. Ils peuvent entraîner la fin de

33 M. J. Strauss, « La redistribution du territoire des états pour éviter des pénuries alimentaires », dans *Enjeux Diplomatiques et Stratégiques 2010*, ed. Pascal Chaigneau. Paris, Economica, 2010, p. 159-166.

34 M. J. Strauss, *Hostile Business and the Sovereign State: Privatized Governance, State Security and International Law*. Abingdon, Routledge, 2019, p. 70-81.

35 L. Caramel, « Face à l’élévation du Pacifique, Kiribati achète 20 km² de terre refuge aux Fidji », *Le Monde*, 14 juin 2014. Dans un premier temps, les terres achetées peuvent remplacer les terres agricoles de Kiribati touchées par l’infiltration de sel de la mer montante (organisation internationale pour les migrations, « Océan, changements climatiques et migration humaine », brochure, 2016, p. 7).

36 M. J. Strauss, *Territorial Leasing in Diplomacy*, op. cit., p. 183-190.

37 *Ibid.*, p. 86-93.

conflits quant à la souveraineté (c'était le cas pour la France et l'Espagne en Quinto Real Norte) comme ils peuvent provoquer des tensions (comme cela s'est passé entre la Russie et l'Ukraine avec le bail de Sébastopol). Tout ce qui peut arriver à partir d'une transaction donnée dépend des conditions de l'accord établi, des relations plus larges entre les États concernés, de la manière dont la vente ou le bail ont traité le problème pour lequel ils ont été mis en place ou de nombreux autres facteurs. Bref, beaucoup d'études restent encore à mener en ce qui concerne ces réaffectations de souveraineté et de droits souverains par de tels moyens. On peut prédire qu'elles vont continuer à servir de laboratoires pour les États, leur territoire et le droit international en général.

Schéma 1 : Éléments d'un bail territorial

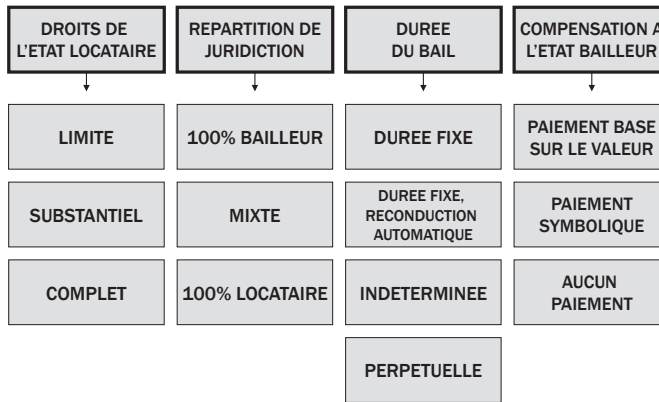


Schéma 2 : Approfondir les choix

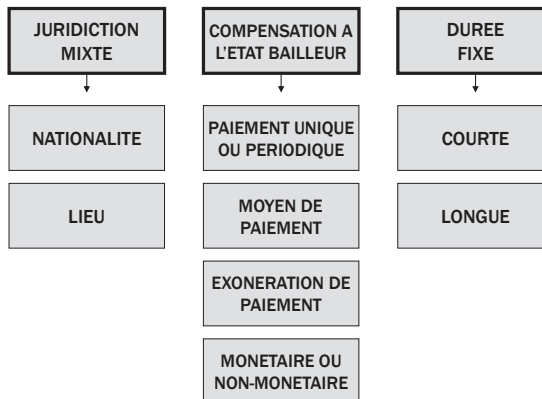


Schéma 3 : Élargir les choix



LES EMPLOYEURS DE NOUVELLE-CALÉDONIE FACE AUX RISQUES NATURELS INDUITS PAR LE CHANGEMENT CLIMATIQUE

Nadège Meyer

Université de la Nouvelle-Calédonie, LARJE

88

Quelques années plus tôt, nous nous étions interrogés dans le cadre d'un ouvrage collectif intitulé *Droit du travail et droit de l'environnement – regards croisés sur le développement durable*¹ sur la question de l'impact des risques naturels sur les relations de travail dans les entreprises métropolitaines. Le présent colloque donne l'occasion de réétudier cette problématique traitée au niveau métropolitain, à l'aune d'un champ d'application territorial et d'un droit du travail différents.

En effet, la présente contribution dans le cadre d'un colloque sur les enjeux territoriaux du Pacifique se focalisera sur la collectivité d'outre-mer *sui generis* que représente la Nouvelle-Calédonie. La compétence normative du droit du travail ayant été transférée à la Nouvelle-Calédonie depuis le 1^{er} janvier 2000, cette branche du droit s'est depuis lors, non seulement éloignée du droit du travail métropolitain par l'absence d'application des évolutions législatives nationales, mais a aussi élaboré sa propre législation à mille lieues des réformes métropolitaines. Le droit du travail calédonien est aujourd'hui constitué d'un véritable *corpus* juridique autonome et distinct sur le fond du droit national du travail.

Ainsi, étudier l'état du droit positif calédonien quant aux obligations qui incombent aux employeurs dans le cadre des relations de travail face aux risques naturels induits par le changement climatique permettra de mettre en évidence les enjeux d'une intervention à venir du législateur calédonien. Cette évolution pourra certes s'inspirer de la législation métropolitaine, à même de servir de modèle à certains égards, mais aussi s'en affranchir en proposant d'autres pistes de réflexion, spécifiques au contexte socio-économique de la Nouvelle-Calédonie.

Au-delà d'un corpus normatif différent entre la métropole et la Nouvelle-Calédonie, la question des risques naturels et de leur évolution constatée à la lueur du changement climatique présente un intérêt accru en Nouvelle-Calédonie en raison non seulement de son caractère insulaire, mais aussi de sa situation géographique, au sein du Pacifique. Cette région est en effet considérée comme la plus active en matière de cyclone regroupant à elle seule plus de 35 % des dépressions tropicales de la Planète². L'impact du changement climatique sur ces phénomènes météorologiques a été mis en exergue maintes fois et la récurrence avec laquelle ils pourraient se produire et impacter la Nouvelle-Calédonie, et *de facto* son activité économique, pose légitimement la question de la gestion de ceux-ci par les entreprises. Cette étude

1 N. Meyer, *Droit du travail et droit de l'environnement – Regards croisés sur le développement durable*, sous la dir. M.-P. Blin-Franchomme et I. Desbarats, éd. Lamy, coll. Axe Droit, 2010.

2 Voir « Dossier sur les risques majeurs de la Nouvelle-Calédonie », Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, 2015 : https://securite-civile.nc/sites/default/files/documents/drm_2016.pdf.

aurait peut-être été vaine s'il n'était question que d'une augmentation du risque cyclonique, mais ce serait oublier que d'autres risques naturels – tels que coulées de boue, glissement de terrain, pluies diluviennes et inondations, tsunamis, sécheresse et canicules ou la montée des eaux... pour ne citer que ceux-ci – font aussi partie du panel des effets associés de manière classique au réchauffement climatique. Or, l'ensemble de ces risques ont bien été identifiés et se réalisent parfois aussi sur ce territoire, même si les effets dévastateurs ont jusqu'à présent souvent été moindres que ceux attendus. Il n'en demeure pas moins qu'ils sont bel et bien réels et que leur intensité a de quoi inquiéter³.

Afin de protéger la population civile, les autorités publiques gèrent de manière très rigoureuse l'ensemble de ces risques naturels. Qu'en est-il des entreprises calédoniennes quant aux salariés qu'elles emploient ? Les employeurs sont garants de la santé et de la sécurité des salariés et ne peuvent à ce titre faire fi de la mise en place d'une prévention contre les effets de ces risques, sous peine d'engager leurs responsabilités (I).

Ainsi, si la contribution des entreprises calédoniennes au réchauffement climatique ne fait malheureusement aucun doute, notamment en raison de la présence d'entreprises minières, la gestion des effets de celui-ci sur la communauté des salariés qui compose ces sociétés doit être analysée à la lueur de la législation calédonienne afin que chacun prenne la mesure des responsabilités qui lui incombent en cas de réalisation du risque naturel (II).

Dans le cadre de cette étude, le risque naturel⁴ sera entendu comme l'aléa provenant d'un phénomène naturel qui engendre une certaine vulnérabilité en termes de dommages pouvant être causés par la réalisation du risque aux installations, aux activités et aux personnes dans le cadre spécifique des relations de travail.

I. LA GESTION DU RISQUE NATUREL PAR LES ENTREPRISES CALÉDONIENNES

Les recherches en matière de prévention des risques naturels sont principalement axées sur la sécurité des personnes et sur les responsabilités qui incombent aux autorités publiques⁵. Cette approche sécuritaire, certes présente dans le Code du travail de Nouvelle-Calédonie, se focalise sur les risques technologiques. Or, à l'instar de la législation métropolitaine, la loi du pays calédonienne impose à l'employeur à la fois une obligation de sécurité vis-à-vis de ses salariés et de prévention des risques. Contrairement aux risques technologiques, les obligations incombant aux employeurs en matière de risques naturels sont sinon implicites, au moins particulièrement mal définies en termes de risques naturels (A) et les moyens dont ils disposent pour gérer de manière préventive ces risques sont peu nombreux. Ils se révèlent

3 Quelques exemples sur les dernières années : en 2017 : cyclones Cook (catégorie 4 – vents à 200 km/h), Donna (rafales à 280 km/h) ; en 2018 : cyclone Gita (catégorie 4 – rafales à 230 km/h), inondations en mars 2018 suite au passage du cyclone Hola au large de la Nouvelle-Calédonie ; en novembre 2016 : pluies diluviennes ayant entraîné des glissements de terrain, etc.

4 Pour une explication de la notion de risque naturel retenue, voir. N. Meyer : « Risques naturels et relations de travail », in *Droit du travail et droit de l'environnement – Regards croisés sur le développement durable*, préc., p. 186 et 187.

5 Responsabilité des maires : Art. L. 351-2 du Code des communes de la Nouvelle-Calédonie. De même, la compétence normative relative à la sécurité civile a été transférée au Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie depuis le 1^{er} janvier 2014.

en outre souvent inadaptés aux réalités sociales et juridiques que les actions préventives à mettre en œuvre impliquent (B).

A. L'existence d'une obligation légale de gestion préventive des risques naturels dans les relations de travail

Le silence insistant et pesant du législateur calédonien sur l'existence d'une obligation pour le chef d'entreprise d'intégrer dans la gestion des risques ceux naturels auxquels peut être exposée son entreprise se révèle trompeur (1) dans la mesure où, l'article Lp. 261-1 du Code du travail énonce un principe général de prévention des risques, auquel est associée une obligation contractuelle de sécurité de l'employeur (2).

1. Le silence apparent du législateur en matière de prise en compte des risques naturels

Il faut chercher méticuleusement dans le Code du travail de Nouvelle-Calédonie avant de trouver une quelconque référence aux risques naturels. Ainsi, seules trois dispositions législatives font directement référence à un ou plusieurs risques naturels.

En premier lieu, l'article Lp. 461-2 du Code du travail organise une exception à l'interdiction du travail dissimulé en cas de « travaux d'urgence dont l'exécution immédiate est nécessaire pour prévenir les accidents imminents ou organiser les mesures de sauvetage, la réparation de dommages causés aux logements des particuliers du fait de la survenance d'une catastrophe naturelle [...] ».

Deux observations peuvent être faites à propos de cet article : d'une part, le risque naturel n'est abordé que de manière indirecte afin de créer un dispositif dérogatoire à un principe plus général, et de ce fait circonscrit ; d'autre part, la rigueur juridique pourrait même imposer de considérer que le Code ne traite pas des risques naturels, étant donné que le législateur n'intervient qu'après la réalisation du risque, et que ce dernier se caractérise précisément par l'aléa de sa survenance et la vulnérabilité des personnes et des biens qui y sont exposés⁶. Le législateur calédonien ne s'intéresse donc pas au risque naturel mais à sa survenance effective.

En second lieu, le risque qui peut être qualifié de naturel réapparaît à l'article Lp. 267-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie qui traite spécifiquement de la prévention du risque d'exposition des travailleurs à l'amiante environnemental. Néanmoins, l'existence certes réelle de ce risque naturel, ne peut en aucun cas être rattachée à un quelconque changement climatique. Il s'agit en effet d'un risque inhérent à la géologie de la Nouvelle-Calédonie. En raison des risques pour la santé des salariés exposés aux poussières d'amiante et de la jurisprudence⁷ afférente à la responsabilité des chefs d'entreprise en la matière, le législateur calédonien a été fortement incité à légiférer pour organiser la prévention de ce risque⁸.

6 Voir notamment : X. Larrouy-Castera et J.-P. Ourliac, *Risques et urbanisme*, éd. Le Moniteur, 2004, Coll. Guides juridiques, p. 13 ; Ph. Ségur, « La catastrophe et le risque naturel : essai de définition juridique », *R.D.P.*, n° 6, nov.-déc. 1997, p. 1693.

7 La Cour de cassation considère que l'employeur a une obligation de résultat vis-à-vis de ses salariés en ce qui concerne les maladies professionnelles contractées du fait des produits fabriqués ou utilisés par l'entreprise et que son manquement constitue une faute inexcusable : *Cass. soc.*, 28 fév. 2002, n°00-11793, Bull. n° 81, 2002, p. 74.

8 Ces dispositions légales sont issues de la loi du pays n° 2009-7 du 19 octobre 2009.

En dernier lieu, il convient de mentionner l'article Lp. 383-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie mettant en exergue la volonté affichée du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie de se préoccuper aussi des risques naturels, même si le terme employé est celui de « risques environnementaux ». En effet, cette disposition, introduite en 2010, énonce que « La Nouvelle-Calédonie peut participer [au] financement d'études ou d'audits destinés à accroître la connaissance des risques techniques ou environnementaux encourus par certaines catégories de salariés ». Même si la présence de cette disposition au sein du Code du travail est appréciable, il n'en demeure pas moins qu'elle laisse le traitement de la connaissance des risques environnementaux à la discrétion de chaque chef d'entreprise, sans lui imposer la réalisation de ces études.

Ainsi, à la lecture du Code du travail de Nouvelle-Calédonie, le constat de l'absence de mention imposant aux employeurs la prise en considération des risques naturels et, en particulier, de ceux induits par le réchauffement climatique s'impose. Cette impression se trouve confortée par la nomenclature même du Code du travail qui, après avoir consacré un chapitre VII à la « prévention de certains risques d'exposition » dans lequel est abordée l'exposition des travailleurs à l'amiante environnemental, réserve un chapitre VIII à la « Prévention des risques liés à certaines activités ou opérations » destiné à accueillir des dispositions législatives à venir. Ce dernier chapitre clôt le titre VI consacré à la santé et à la sécurité au travail, qui ne prévoit donc pas à ce jour de réserver une place à la prévention des risques naturels en général, induits en particulier par le réchauffement climatique.

L'arborescence du Code du travail de Nouvelle-Calédonie et la comparaison avec le Code du travail métropolitain qui, pour ne prendre que cet exemple, impose la prise en considération du risque naturel lors de la construction des locaux de travail⁹, pourraient conforter l'idée que seule la prévention des risques technologiques mentionnée expressément, incombe aux entreprises calédoniennes. Or, la présence d'un principe général de prévention de la santé et de la sécurité des salariés au sein du Code vient mettre à mal cette croyance.

2. La consécration d'un principe général de prévention des risques professionnels

À l'instar de la législation métropolitaine¹⁰, l'article Lp. 261-1 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie instaure une obligation de prévention des risques professionnels en disposant que « l'employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs ». Cette disposition est très générale dans la mesure où elle entend s'appliquer au-delà des seuls salariés de l'entreprise par l'utilisation du terme de « travailleurs »¹¹ et à l'ensemble des risques auxquels ces derniers sont exposés en n'établissant pas de liste limitative des risques à prévenir. Sont ainsi englobés dans l'application du principe de prévention tant les salariés que les sous-traitants de l'entreprise, les risques technologiques que naturels.

9 Article R. 4214-1 du Code du travail.

10 Article L. 4121-1 du Code du travail.

11 Voir article Lp. 211-3 du Code du travail qui définit la notion de travailleur en matière de santé et sécurité au travail. Ainsi, « les travailleurs sont les salariés, y compris temporaires, et les stagiaires ainsi que toute personne placée à quelque titre que ce soit sous l'autorité de l'employeur ».

Au sein du même article, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie décline les obligations patronales en matière de prévention. Il incombe ainsi à l'employeur de mettre en œuvre des actions de prévention de ces risques, telles qu'informations et formation en concertation avec le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail¹². Il apparaît alors que, parallèlement à cette obligation, le comité précité contribue à la prévention des risques non seulement en veillant au respect des obligations légales et réglementaires incombant à l'employeur, mais aussi en lui proposant toute action ou initiative destinée à prévenir les risques professionnels.

La jurisprudence de la Cour de cassation conforte l'interprétation extensive de la prévention à l'ensemble des risques y compris ceux issus de la nature. Elle considère en effet, de manière constante depuis 2006, qu'il existe un droit fondamental des salariés à la sécurité au travail¹³. Cette consécration prétorienne n'est pas sans conséquence sur la nature de l'obligation de sécurité qui incombe alors à l'employeur.

Si le Code du travail de Nouvelle-Calédonie énonce ce droit à la sécurité des travailleurs et à la prévention des risques professionnels, celui-ci ne précise pas, à l'instar du Code métropolitain, la nature de cette obligation de sécurité. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation relative à la législation métropolitaine s'applique pleinement aux entreprises calédoniennes en la matière. Qu'il s'agisse d'une obligation de sécurité de résultat, comme l'avaient consacré les arrêts «amiante» de 2002¹⁴, ou de moyens renforcés, comme le suggère la position de la chambre sociale depuis 2015¹⁵, il n'en demeure pas moins que l'employeur doit démontrer qu'il a pris les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs.

Ainsi, en cas de réalisation d'un risque naturel, il ne semble pas absurde de penser que les juges considéreraient *a minima* que l'employeur avait une obligation de moyens à l'égard de la prévention de celui-ci et qu'il doit alors démontrer les mesures qu'il a prises pour assurer la sécurité des travailleurs de son entreprise. L'entreprise engagera alors sa responsabilité civile, voire pénale en cas de blessures, voire de décès d'un travailleur.

L'employeur pourrait vouloir rétorquer en invoquant la force majeure, moyen de défense qui apparaît assez légitime de prime abord dès lors qu'il s'agit de risques naturels d'origine climatique. Or, la Cour de cassation a toujours été réticente à retenir la force majeure¹⁶ même en cas d'aléa d'ordre climatique. Au-delà de cette jurisprudence restrictive, l'entreprise construite sur une zone identifiée comme inondable ne pourra invoquer la force majeure du fait de l'absence du caractère imprévisible requis. De même, la multiplication des épidémies de dengue indirectement liées aux changements climatiques ne peut être classée parmi les cas de force majeure en raison de la forte médiatisation et des moyens de prévention existants. L'employeur ne pourrait donc pas légitimement se retrancher

12 Articles Lp. 262-8 et s., Lp. 262-17 et s. du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

13 *Cass. soc.*, 28 février 2006, *JCP S* 2006, n° 1278, p. 27, n. P. Sargos.

14 *Cass. soc.*, 28 février 2002, n° 99-17.201 ; *Cass. soc.*, 28 février 2002, n° 00-13.181 ; *Cass. soc.*, 28 février 2002, n° 00-13.174 ; *Cass. soc.*, 28 février 2002, n° 00-13.175.

15 *Cass. Soc.* 25 novembre 2015, n° 14-24.444 : arrêt Air France, confirmé par *Cass. soc.*, 13 avril 2016, n° 14-28.293.

16 Voir pour un exemple : *Cass. soc.*, 12 février 2003 (3 arrêts), *D.* 2003, p. 1656, n. N. Daimez.

derrière la force majeure pour se dégager de toute responsabilité s'il n'a pas mis en œuvre les moyens de prévention adéquats pour lutter contre la propagation du virus de la dengue au sein de son entreprise.

À l'issue de ce développement, s'il existe une apparence trompeuse d'une absence de législation du travail en matière de gestion et de prévention des risques naturels, il n'en demeure pas moins que les entreprises ne peuvent pas interpréter ce silence comme une absence d'obligations. Celles-ci sont bel et bien réelles en la matière. Force est de leur conseiller de s'emparer de ce sujet, au risque d'engager non seulement leur responsabilité civile contractuelle mais aussi pénale.

Ce manque de lisibilité des obligations des employeurs en matière de risques naturels se double d'une inadéquation des moyens de prévention dont ceux-ci disposent et des dispositifs existants.

B. Des techniques de prévention des risques souvent inadaptées aux risques naturels

Dans la lignée de l'absence de disposition dans le Code du travail traitant des risques naturels en particulier, les mesures et actions spécifiques à la prévention des risques naturels se révèlent inexistantes. Le Code du travail déploie une série de mesures et actions à mettre en œuvre afin de supprimer, ou à défaut, d'éviter les risques professionnels pour tous les types de risques, à l'exclusion des risques naturels.

Ainsi, à la lueur du principe général de prévention des risques professionnels précités, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie¹⁷ décline les principes auxquels doivent répondre hiérarchiquement les mesures de prévention. Les actions proposées s'avèrent souvent inadaptées à ce type de risque, étant donné qu'elles consistent au premier chef à éviter les risques et, à défaut, de les évaluer et de les combattre à la source. Il est évident que le risque météorologique ne peut pas être évité, ni combattu à la source. Ainsi, à la lecture du Code du travail, il est clair que l'ensemble des mesures édictées ont vocation à s'appliquer aux risques autres que les risques naturels. Tel est le cas de la mesure consistant à remplacer ce qui est dangereux par ce qui ne l'est pas ou ce qui l'est moins, ou celle reposant sur l'adaptation du travail à l'homme, en particulier en ce qui concerne la conception et l'aménagement des postes de travail...

Ainsi, afin de prévenir un risque naturel probable et imminent, telle qu'une pandémie de dengue ou de zika, de plus en plus fréquente en raison du dérèglement climatique, l'employeur doit redoubler d'imagination. Parmi les mesures envisageables, il pourrait être amené à mettre en place du télétravail ou du travail à domicile afin d'éviter une propagation des virus précités. Cette mesure ne reste néanmoins envisageable que pour certaines catégories de salariés pour lesquels le travail peut être réalisé à distance par rapport au lieu habituel de travail. Elle reste de ce fait limitée, en ce sens qu'elle ne peut pas totalement écarter la réalisation du risque biologique au sein de l'entreprise.

En outre, certains risques naturels peuvent être inhérents à l'activité de l'entreprise, tel est le cas du restaurant situé en bord de mer ou de l'entreprise qui organise des activités nautiques.

¹⁷ Article Lp. 261-2 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

La seule prise en charge envisageable consiste à mettre en place un plan de prévention fait de consignes à respecter en cas de réalisation imprévisible du risque.

Les actions envisageables pour l'entreprise afin d'éradiquer définitivement l'ensemble des risques naturels resteront marginales. Dans cette perspective de combattre le risque à la source, le chef d'entreprise peut décider de « délocaliser » son entreprise, pour s'implanter dans un endroit où le risque naturel n'existe plus. Ceci n'est concevable que pour des risques naturels connus et circonscrits et ne permettra pas d'éliminer l'ensemble des risques naturels auxquels peut être exposée l'entreprise. À titre d'exemple, un employeur peut décider de changer de locaux lorsque son entreprise est située sur une zone inondable identifiée¹⁸. Lorsque le déplacement de l'entreprise est envisageable, parce que l'activité le permet, le chef d'entreprise qui envisage de le faire va devoir gérer les conséquences de ce changement du lieu de travail des salariés. Or, à l'instar du Code du travail métropolitain, la législation calédonienne est muette quant au régime juridique applicable au changement de lieu de travail. Ainsi, la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de modification du contrat de travail ou des conditions de travail s'applique également sur le territoire calédonien. De ce fait, soit la mutation du salarié intervient dans le même secteur géographique, notion par ailleurs difficile à cerner¹⁹ et elle est alors considérée comme un simple changement des conditions de travail que le salarié ne peut refuser sous peine de commettre une faute pouvant justifier un licenciement disciplinaire, soit elle s'effectue en dehors de celui-ci et l'employeur doit alors requérir l'accord préalable du salarié. En effet, le changement de lieu de travail constitue alors une modification du contrat de travail qui ne peut lui être imposée. Dans cette dernière hypothèse et en présence d'un refus du salarié, l'employeur qui maintient sa volonté de déménager l'entreprise doit envisager son licenciement. Celui-ci ne peut reposer que sur un motif non inhérent à la personne du salarié, étant donné que la mutation a été proposée pour des raisons extérieures aux salariés. Le chef d'entreprise est alors contraint de procéder à une procédure de licenciement pour cause économique. Or, en l'absence d'intervention du législateur, la jurisprudence « Framatome et Majorette »²⁰ demeure applicable en Nouvelle-Calédonie. Ainsi, l'employeur qui propose à dix salariés au moins la modification d'un élément de leur contrat de travail, en l'occurrence le lieu de travail en dehors du même secteur géographique, s'expose à envisager autant de licenciements sur une même période de trente jours si tous les salariés refusent cette modification. Il doit alors *ab initio* organiser la procédure collective de licenciement pour motif économique. L'effet de cette jurisprudence est nettement moindre que celui qu'avaient produit en leur temps, en métropole, les arrêts sus-évoqués dans la mesure où l'employeur n'a pas à mettre en place un plan social. Il n'en demeure pas moins que celui-ci doit organiser les consultations des représentants du personnel, s'ils existent, et leur présenter les mesures qu'il envisage de prendre en leur faveur pour éviter ou, à défaut, réduire le nombre de licenciements et celles destinées à faciliter le reclassement des salariés licenciés²¹. La procédure à mettre en œuvre n'en demeure pas moins très lourde pour l'employeur et incertaine quant à la justification des licenciements pour motif économique.

18 Les zones inondables sont répertoriées en Nouvelle-Calédonie et accessible sur un site internet mis en place par le Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et régulièrement mis à jour : georep.nc.

19 *Cass. soc.*, 21 mars 2000, n° 98-44.005. La Cour de cassation englobe par ailleurs le bassin d'emploi (*Cass. soc.*, 20 octobre 1998, n° 96-40.757) ou la couronne urbaine (*Cass. soc.*, 3 mai 2006, n° 04-41.880) dans le même secteur géographique.

20 *Cass. soc.*, 3 décembre 1996, n° 95-17.352 et n° 95-20.360.

21 Article Lp. 122-14 et s. du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

En effet, rien n'indique que les juges du fond, saisis par un salarié licencié dans ce contexte demandant à ce que son licenciement soit jugé sans cause réelle et sérieuse, rejettent les demandes du salarié. Le Code du travail de Nouvelle-Calédonie se révèle plus abscons sur la cause économique du licenciement que le Code métropolitain, étant donné que l'article Lp. 122-9 se limite à énoncer que « tout licenciement pour motif économique doit être justifié par une cause réelle et sérieuse » sans autre précision. Les jurisprudences de la Cour d'appel de Nouméa et de la Cour de cassation admettent les mêmes causes économiques que celles qui existaient en métropole avant la réforme de 2017. Ainsi, le licenciement ne peut reposer que sur les difficultés économiques, la réorganisation de l'entreprise dans le but de sauvegarder sa compétitivité, les mutations technologiques ou la cessation d'activité. Or, le cas du déménagement de l'entreprise destiné à combattre à la source le risque naturel ne semble pas de prime abord justifier un licenciement pour motif économique. Néanmoins, en l'absence de définition précise de la cause économique, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie laisse une très grande marge d'appréciation aux juges du fond, qui pourraient accepter de considérer ces licenciements comme étant justifiés s'ils estiment que l'obligation de sécurité de l'employeur constitue une obligation fondamentale.

Enfin, il apparaît également que les moyens accordés au comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail sont très insuffisants, alors même que cette instance de représentation du personnel a pour mission première de veiller à la santé et à la sécurité des travailleurs de l'entreprise. Ce comité, certes doté de la personnalité civile, ne bénéficie pas de budget et se voit allouer un nombre d'heures de délégation très en deçà de celles accordées aux autres institutions représentatives du personnel. De même, il apparaît que les cas de recours dans lesquels le comité peut faire appel à un expert rémunéré par le chef d'entreprise sont limitativement énumérés par le Code du travail de Nouvelle-Calédonie. Si le risque naturel n'est pas écarté, étant donné que sont visés les risques professionnels en général, il n'en demeure pas moins que le risque doit être constaté et que la recherche des risques naturels auxquels peut être confrontés l'entreprise n'entre pas dans les cas de recours légaux consacrés à ce jour.

Force est donc de constater que malgré l'obligation générale de prévention de l'ensemble des risques professionnels qui incombe à l'employeur, y compris par conséquent celle concernant les risques naturels qui deviennent récurrents en raison du changement climatique, celui-ci dispose de peu de moyens juridiques, qui s'avèrent au demeurant parfois très difficiles à mettre en œuvre. Le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, instance représentative dédiée à la santé et à la sécurité des salariés, devrait en outre se voir doter de moyens supplémentaires pour pouvoir remplir au mieux ses missions. À la lueur de ces constats, il est donc plus que probable que les entreprises calédoniennes soient confrontées à la réalisation du risque naturel, sans anticipation de celui-ci et le subissent de plein fouet.

II. LE RISQUE NATUREL SUBI PAR L'ENTREPRISE

Que l'entreprise ait ou non agi au titre de la prévention des risques naturels induits par le changement climatique, elle peut être confrontée à la réalisation de ceux-ci. Tel sera le cas lorsqu'elle n'aura pas mis en place un plan de prévention pour ce type de risques ou, plus couramment, lorsque le caractère irrésistible du phénomène, notamment quant à son intensité, excédera les mesures préventives qui ont pu être mises en place par l'entreprise. Cette

dernière sera alors contrainte de faire face aux effets engendrés par l'avarie naturelle impactant les relations de travail et par voie de conséquence sa productivité (A).

Par ailleurs, l'entreprise, sans être victime directement de la catastrophe naturelle, peut être obligée de faire face aux conséquences d'un événement climatique subi par d'autres entreprises locales ou internationales, notamment lorsque celui-ci frappe des entreprises partenaires. Il n'en demeure pas moins que l'entreprise sera *de facto* impactée économiquement, et parfois même socialement, par la survenance de cet événement d'ordre naturel (B).

A. La gestion par l'employeur des effets produits par l'événement naturel au sein de son entreprise

Le phénomène naturel qui cause un dommage à l'entreprise va contraindre le chef d'entreprise à gérer non seulement les conséquences de celui-ci sur les salariés, c'est-à-dire sur les relations contractuelles de travail (1), mais aussi sur les autres travailleurs présents dans son entreprise lors de la réalisation du risque naturel, tels les sous-traitants ou les travailleurs temporaires (2).

1. La gestion des relations contractuelles du travail salarié

Lors de la survenance d'un événement naturel, l'employeur va devoir s'attacher à sécuriser les locaux de travail avant de permettre aux travailleurs de reprendre l'exécution de leurs prestations de travail. Parallèlement au rétablissement de la sécurité des lieux de travail, si cela est par ailleurs possible, l'employeur va devoir gérer les aspects individuels des relations de travail. Or, la gestion de ceux-ci induit le respect d'obligations légales et réglementaires d'ordre collectif lorsque l'entreprise est dotée de représentants du personnel.

S'agissant tout d'abord du premier aspect évoqué, le Code du travail impose à l'employeur d'être le garant de la santé et de la sécurité des travailleurs de son entreprise²². En cas d'avarie, celui-ci va devoir gérer non seulement la partie technique des réparations à effectuer, si les bâtiments de l'entreprise peuvent l'être, mais aussi tous les aspects collectifs de la sécurité vis-à-vis des représentants du personnel.

Il convient en outre d'ajouter que tout salarié qui estime que son poste de travail présente un risque de danger grave et imminent pour sa vie ou sa santé peut exercer son droit de retrait, consistant à se retirer de la situation de travail dangereuse sans encourir une sanction disciplinaire ou une retenue de salaire²³. Au-delà du fait que le salarié à titre individuel peut donc refuser d'exécuter sa prestation de travail si les conditions requises pour l'exercice du droit de retrait sont réunies, l'employeur va devoir remplir ses obligations à l'égard tant des représentants du personnel que des personnes extérieures intervenant d'autorité dans ce type de circonstances, tel l'inspecteur du travail.

En effet, le comité d'hygiène et de sécurité des conditions de travail est alors un acteur incontournable en matière de retour aux normes de sécurité, en raison de sa compétence en

22 Article Lp. 261-1 précité du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

23 Article Lp. 261-22 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

matière d'analyse des risques professionnels. En cas d'accident du travail, celui-ci est également habilité à procéder à une enquête²⁴, sans pour autant que ce temps ne soit imputé sur les heures de délégation des membres de cette instance. De même, le comité doit être « réuni à la suite de tout accident ayant entraîné ou qui aurait pu entraîner des conséquences graves »²⁵. Vient encore s'ajouter le droit pour le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail de « faire appel à un expert lorsqu'un risque grave révélé ou non par un accident du travail [...] est constaté » dans l'entreprise. L'exercice de cette faculté n'est pas sans incidence pour l'entreprise victime de l'événement naturel étant donné, qu'au-delà de son caractère intrusif, le Code du travail met cette expertise à la charge financière de l'entreprise²⁶, même si l'employeur conserve le droit de la contester judiciairement²⁷. Enfin, ce comité veille aussi au respect de la réglementation en matière d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail des salariés et tiendra en outre ses informations sur les conséquences du phénomène naturel de l'inspecteur et du médecin du travail. En l'absence de comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, ces missions sont dévolues aux délégués du personnel, qui seront alors l'interlocuteur privilégié de l'employeur en matière d'information et de consultation des représentants du personnel vis-à-vis de la sécurité des locaux et postes de travail.

La reprise du travail par les salariés ne se fera qu'après intervention de l'inspecteur du travail qui sera extrêmement sollicité dans ce cas. Celui-ci dispose au surplus du droit de saisir le juge des référés s'il constate des risques en matière de sécurité et du droit de demander la fermeture temporaire de toute ou partie de l'entreprise²⁸. Enfin, la reprise du travail des salariés accidentés ne pourra intervenir qu'après avis en ce sens du médecin du travail. Or, celui-ci peut considérer qu'un salarié est apte à reprendre le travail sous réserve d'aménagement de son poste de travail, ce qui obligera l'employeur à procéder à ces aménagements à ses frais. Dans le cas contraire, le salarié sera déclaré inapte à reprendre son emploi ou tout emploi dans l'entreprise. Dans le premier cas, avant d'envisager un quelconque licenciement pour inaptitude, l'employeur devra tenter de reclasser le salarié sur un poste disponible et compatible avec son état de santé. Dans le second cas, l'employeur devra procéder au licenciement pour inaptitude professionnelle.

Avant d'envisager les aspects individuels de la relation de travail affectés par la réalisation du risque naturel, il convient de préciser que le chef d'entreprise, même s'il n'en a pas directement l'obligation légale, devra envisager de recourir aux services d'un psychologue du travail pour permettre aux salariés d'évacuer autant que faire se peut le traumatisme qu'ils ont pu subir. Dans la mesure où le Code du travail précise que l'employeur est aussi garant de la santé mentale de ses salariés²⁹, il lui est fortement recommandé d'avoir recours à cette aide psychologique extérieure afin de remplir pleinement ses obligations légales.

S'agissant des relations individuelles de travail, l'employeur confronté à un désordre issu d'un phénomène naturel va devoir en priorité chercher à maintenir les emplois des salariés et ce

24 Article Lp. 262-11 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

25 Article Lp. 264-23 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

26 Article Lp. 262-26 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

27 Article Lp. 262-27 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

28 Article Lp. 264-7 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

29 Article Lp. 261-1 précité.

n'est par ailleurs qu'en dernier recours, qu'il pourra envisager la rupture de leur contrat de travail.

Ainsi, assez naturellement, l'employeur qui ne peut maintenir l'ensemble des emplois de son entreprise va vouloir invoquer un cas de force majeure pour résilier les contrats de travail. Or, la jurisprudence constante de la Chambre sociale de la Cour de cassation apprécie de manière très stricte les cas dans lesquels la force majeure peut être retenue. Pour ne citer qu'un exemple permettant d'éclairer la problématique des catastrophes naturelles induites par le changement climatique, la Cour de cassation a considéré que, suite à un cyclone qui avait détruit quasiment les trois-quarts de l'entreprise, la rupture des contrats de travail ne pouvait reposer sur un cas de force majeure, et ce, alors même que la reconstruction de l'entreprise n'était pas certaine³⁰. Pour achever la présentation de ce cas d'espèce, il convient d'ajouter que la reprise d'une activité partielle ne pouvait être éventuellement envisagée que plusieurs mois plus tard. L'élément déterminant de l'absence de force majeure reposait sur la possibilité de reconstruire la partie détruite de l'entreprise. Cela laisse augurer des obligations des employeurs en cas d'avaries sérieuses causées aux locaux de l'entreprise.

Le même arrêt précise néanmoins que, si la force majeure ne peut pas être retenue, cela n'empêche pas l'employeur de rompre les contrats de travail des salariés de l'entreprise sur le fondement d'un licenciement pour motif économique. Cet arrêt de la Cour de cassation n'est pas isolé, dans la mesure où la Haute juridiction avait déjà considéré qu'un autre événement climatique (gelée tardive) ne constituait que des difficultés économiques et pouvait justifier des ruptures de contrat de travail sur ce fondement, mais en aucun cas sur celui de la force majeure. Il va de soi que la position de la Cour de cassation se justifie par sa volonté d'accorder une protection aux salariés menacés dans leur emploi à la suite d'un événement qui n'est pas *a priori* imputable au chef d'entreprise. Orienter les employeurs vers un licenciement économique tend à assurer aux salariés des indemnités de licenciement et de préavis, le respect d'une procédure contradictoire ainsi que l'information et la consultation des représentants du personnel de l'entreprise. Retenir le licenciement économique permet aussi et surtout d'imposer à l'employeur le respect d'un ensemble d'obligations que sont notamment l'obligation de reclassement, l'ordre des licenciements ou encore la priorité de réembauchage...

L'employeur qui envisage de rompre le contrat de travail à la suite de la réalisation d'un risque naturel choisira donc raisonnablement la voie du licenciement économique et le respect des obligations y afférentes. Ainsi, il devra tenir compte des périmètres d'appréciation, d'une part de la cause économique et d'autre part, de son obligation de reclassement. À cet égard, les ordonnances du 22 septembre 2017 étant inapplicables en Nouvelle-Calédonie et le législateur calédonien étant resté silencieux en la matière, la jurisprudence de la Cour de cassation classique et antérieure aux ordonnances de 2017 continue à s'appliquer.

À ce titre, pour les entreprises appartenant à un groupe, la possibilité de licencier pour motif économique les salariés de l'entreprise victime de la catastrophe naturelle est limitée par le cadre d'appréciation des difficultés économiques. Celui-ci se définit au niveau du secteur d'activité du groupe auquel elle appartient, sans qu'il y ait lieu de circonscrire le groupe aux entreprises situées sur le territoire national. Les difficultés économiques doivent donc être

30 *Cass. Soc.*, 12 février 2003 (3 arrêts), D. 2003, p. 1656, n. N. Daimez.

appréciées à un niveau supranational si le groupe est de dimension de même nature³¹. À ceci s'ajoute le périmètre d'application de l'obligation qui incombe à l'employeur toujours régi, en l'absence de législation locale, par la jurisprudence de la Cour de cassation constante jusqu'alors sur ce point. De ce fait, le reclassement des salariés doit être recherché lui aussi dans l'ensemble des entreprises du groupe dont les activités, l'organisation ou le lieu d'exploitation permettent d'effectuer la permutation de tout ou partie du personnel³².

Le cas des salariés recrutés sous contrat de travail à durée déterminée n'est guère plus rassurant pour l'entreprise confrontée à un événement naturel empêchant la poursuite des contrats. En effet, le Code du travail de Nouvelle-Calédonie limite les cas de rupture anticipée au commun accord, à la faute grave ou au cas de force majeure. Or, à l'instar de la jurisprudence applicable aux contrats de travail à durée indéterminée, la solution retenue par la Cour de cassation est identique pour les travailleurs précaires. La différence tient au fait que dans ce cas précis, ni le Code du travail ni la jurisprudence n'accepte la rupture anticipée du contrat à durée déterminée pour motif économique. L'employeur qui veut procéder à une rupture anticipée du contrat de travail à durée déterminée devra verser à titre de dommages et intérêts l'ensemble des salaires restant dus jusqu'à la fin du contrat.

On l'aura bien compris, tant le Code du travail de Nouvelle-Calédonie que la Cour de cassation ont pour objet de maintenir les emplois.

Ainsi, avant même d'envisager une quelconque rupture du contrat de travail, l'employeur devra rechercher des mesures alternatives comme le recours au chômage partiel total. Tel est le cas lorsque l'employeur doit envisager la fermeture temporaire de son entreprise suite au sinistre. Le Code du travail de Nouvelle-Calédonie prévoit alors que le salarié a droit au bénéfice du chômage partiel permettant de l'indemniser de l'absence de travail et par conséquent de salaire en cas de sinistre ou encore d'intempéries de caractère exceptionnel³³. L'indemnisation du chômage partiel demeure limitée dans le temps, à quatre semaines en principe et exceptionnellement jusqu'à deux mois. Elle est au demeurant soumise à l'avis préalable des représentants du personnel. Si la situation perdure au-delà de la période d'indemnisation, la jurisprudence considère que le licenciement intervient de fait en l'absence d'action en ce sens de l'employeur et qu'il est donc dépourvu de cause réelle et sérieuse³⁴. L'employeur doit alors indemniser le salarié en conséquence. La mise en chômage partiel est donc un outil à la disposition des employeurs mais, au vu de son caractère très temporaire, il ne faut pas que les employeurs tardent soit à rouvrir l'entreprise, soit à procéder à des licenciements sur la base d'un motif économique au regard de la sévérité de la Cour de cassation à l'égard de la force majeure. La solution la moins onéreuse pour l'entreprise pourrait consister à cesser toute activité sur le fondement de la force majeure, mais encore faut-il que les juges soient enclins à la reconnaître. À défaut, l'employeur ne pourra pas se libérer de son obligation de respecter le préavis et le versement des indemnités de licenciement³⁵.

31 *Cass. soc.*, 5 avril 1995, arrêt « Vidéocolor », n° 93-42.690 ; *Cass. soc.*, 12 juin 2001, n° 99-41.571.

32 *Cass. soc.*, 5 avril 1995, préc. ; *Cass. soc.*, 17 janvier 2013, n° 11-23.313.

33 Articles Lp. 442-1 et R. 442-1 et s. du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

34 *Cass. soc.*, 2 mai 2000, n° 97-44.128.

35 Article Lp. 122-29 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

2. La gestion des autres relations contractuelles

Au-delà des relations de travail salarié, le chef d'entreprise est contractuellement lié par des conventions d'autre nature, notamment des contrats commerciaux ou de prestation de service. De même, lorsque le dommage causé par l'événement d'ordre naturel s'abat sur l'entreprise, il n'est pas rare que soient présents au sein de celle-ci, d'autres « travailleurs », tels qu'entendus par le Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

En effet, le Code impose à l'employeur d'assurer la sécurité certes des salariés mais aussi des autres travailleurs³⁶ de l'entreprise. Cette notion de « travailleurs » mérite d'être clarifiée. La notion de travailleur se révèle plus large que celle de salarié, en ce sens qu'elle englobe les stagiaires, les travailleurs temporaires et par extension les sous-traitants. L'employeur est donc pleinement responsable de la main-d'œuvre extérieure présente au sein de son entreprise lors de la survenance du sinistre. À titre d'exemple, l'article Lp. 124-27 du Code du travail précise que « pendant la durée de la mission, l'utilisateur est responsable des conditions d'exécution du travail », ce qui inclut nécessairement la santé et la sécurité au travail. Le travailleur temporaire engagera donc la responsabilité de l'entreprise de travail temporaire qui exercera une action récursoire contre l'entreprise utilisatrice.

La question se pose de manière similaire pour les sous-traitants de l'entreprise, ayant eux-mêmes subi un préjudice. Ainsi, en cas de manquement du maître de l'ouvrage quant au respect des règles préventives en matière de sécurité, sa faute pourra être retenue et permettra d'engager sa responsabilité civile à l'égard de l'entrepreneur.

Enfin, l'entreprise est engagée dans d'autres contrats, tels que des contrats de prestations de service, de vente et autres... Le chef d'entreprise peut en cas de sinistre important causé à l'entreprise ou au personnel être dans l'impossibilité de remplir ses obligations contractuelles. Dans ce cadre précis, hors du champ d'application d'ordre public du droit du travail, l'employeur pourra invoquer à juste titre un cas de force majeure pour s'exonérer de toute responsabilité. Il n'en demeure pas moins qu'en cas de force majeure, la théorie des risques trouve à s'appliquer. Ainsi, si l'entreprise était débitrice d'une obligation, le principe selon lequel le débiteur supporte les risques³⁷ jouera pleinement. Elle supportera donc la perte de la chose. Tel ne sera pas le cas si le contrat emportait un transfert de propriété, l'entreprise ayant subi le dommage pourra alors se prévaloir du principe contraire *res perit domino* conformément à l'article 1196 du Code civil. Par application de ce principe, le transfert des risques s'opère au profit du propriétaire de la chose dès l'échange des consentements, sauf clause de réserve de propriété stipulée dans le contrat. Selon la situation du débiteur dans laquelle l'entreprise se trouve, cette dernière pourra subir de plein fouet la perte de la marchandise.

Pour finir, dans l'hypothèse où les juges ne retiennent pas la force majeure, l'entreprise débitrice victime du sinistre engagera sa responsabilité contractuelle sauf si elle a anticipé

³⁶ Article Lp. 211-3 préc.

³⁷ *Res perit debitori*. Le principe n'est pas énoncé en tant que tel mais figure au sein du Code civil et est applicable à divers contrats n'emportant pas transfert de la propriété, tel le contrat de bail (article 1722 du Code civil) ou le contrat de louage d'ouvrage ou d'industrie (1788 et 1790 du Code civil). Voir pour une analyse approfondie, « Rapport annuel 2011 – Le risque », Cour de cassation, 3^e partie : étude : le risque.

l'ensemble des aléas susceptibles de perturber la bonne exécution du contrat conclu et qu'y figure, sinon une clause exonératoire, au moins limitative de responsabilité mentionnant précisément le risque naturel.

Force est de constater qu'en cette période de crise, le chef d'entreprise doit faire tout son possible pour maintenir les emplois avant d'envisager une quelconque rupture du contrat de travail. Si celle-ci intervient, il s'agira souvent de mettre en œuvre une procédure de licenciement pour motif économique avec l'ensemble des contraintes que cela recouvre. Il doit en même temps faire face à ses responsabilités contractuelles non salariées, qu'il s'agisse d'autres travailleurs au sein de l'entreprise ou de ses clients. Il sera difficile pour lui d'écarter sa responsabilité civile, du fait d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution de ses engagements contractuels, pouvant l'amener à verser des dommages et intérêts à ce titre. De plus, même s'il parvient à s'exonérer de cette responsabilité, rien n'indique qu'il ne supportera pas la perte des marchandises et autres biens par le jeu de la théorie des risques.

B. Les effets sur l'entreprise de la réalisation d'un risque naturel subi par une autre entreprise

L'entreprise peut faire face à deux situations opposées. Dans le premier cas, elle va bénéficier des conséquences positives de la survenance de la catastrophe naturelle, qui va générer du travail, tel est le cas fréquemment pour les entreprises du secteur du bâtiment et des travaux publics (1). Dans le second cas, l'entreprise va au contraire être une victime collatérale de l'événement naturel qui s'est abattu sur une autre entreprise avec laquelle elle est en contrat d'affaires (2).

1. L'événement climatique générateur de travail et d'emploi

Suite aux avaries causées par la catastrophe naturelle, l'activité de nombreuses entreprises, principalement dans le bâtiment et les travaux publics, mais pas seulement, comme dans le domaine de la construction ou de la réparation navale, etc., va connaître un accroissement. Tel est le cas notamment des entreprises de construction, de rénovation, de plomberie, électricité, etc.

Le chef d'entreprise, aussi ravi soit-il de cette situation, peut alors être confronté au besoin d'accroître la durée du travail des salariés qu'il emploie, et/ou de recruter pour arriver à faire face au surcroît temporaire de travail.

En effet, selon l'ampleur de la surcharge de travail, l'employeur pourra d'abord avoir recours à la réalisation d'heures supplémentaires par les salariés. Le Code du travail lui permet de le faire, mais dans certaines limites, même si celles-ci sont susceptibles de dérogation. Ainsi, l'employeur devra respecter les durées maximales de travail quotidiennes et hebdomadaires, ainsi que le contingent annuel d'heures supplémentaires au-delà duquel il est obligé de demander à l'inspecteur du travail une autorisation de dépassement pour toute heure supplémentaire effectuée au-delà et accorder un repos compensateur obligatoire de 50 %³⁸. À ces obligations légales, viennent s'ajouter à l'intérieur même du contingent annuel, l'octroi aux salariés effectuant au-delà de 42 heures hebdomadaires de travail un repos compensateur obligatoire d'au moins 20 % si l'entreprise emploie plus de dix salariés. L'employeur doit en

38 Article Lp. 221-6 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

outre respecter le droit au repos quotidien et hebdomadaires du salarié. Enfin, la majoration de salaire d'au moins 25 % ou 50 % selon le nombre d'heures supplémentaires accompli sur la semaine³⁹ doit aussi être prise en considération par l'employeur, notamment pour fixer le tarif de ses prestations commerciales.

Si l'employeur atteint les limites des dispositions relatives à la durée du travail salarié, ou s'il entend recruter de nouveaux salariés pour faire face au surcroît de travail, il peut avoir recours au contrat de travail à durée déterminée. Le législateur permet d'y recourir précisément en cas de surcroît temporaire d'activité et la plupart des activités qui vont bénéficier des conséquences dommageables du sinistre d'ordre naturel font partie des secteurs dans lesquels il n'est pas d'usage de recourir au contrat de travail à durée indéterminée. De ce fait, l'employeur pourra pleinement bénéficier de la législation des contrats de travail à durée déterminée pour faire face au surcroît temporaire d'activité. Telle est peut-être la stratégie à développer sans trop de contrainte, sauf à respecter les conditions de forme du contrat de travail à durée déterminée, sous peine de voir la relation de travail requalifiée en contrat de travail à durée indéterminée.

Malheureusement, un certain nombre d'entreprises ne connaissent que les aspects négatifs de la catastrophe. Il reste à envisager le cas dans lequel l'employeur ne pourra pas profiter des conséquences de la catastrophe naturelle alors même qu'il n'est pas directement impacté par celle-ci.

2. L'événement climatique ayant des répercussions indirectes sur l'entreprise

Il est possible d'envisager au moins trois situations différentes dans lesquelles l'entreprise n'est pas directement frappée par la catastrophe naturelle mais sera néanmoins victime de ses effets.

Tel est le cas, en premier lieu, des salariés qui sont empêchés de se rendre au travail en raison de la catastrophe naturelle ou de ses effets, comme en cas de glissements de terrains entravant la circulation, d'alerte cyclonique, d'inondations, de coulées de boue...

Dans ces hypothèses, l'entreprise ne fonctionnera pas normalement et pourra éventuellement demander aux salariés qui ont pu se rendre sur les lieux de travail d'effectuer des heures supplémentaires dans les limites évoquées précédemment. Elle pourra véritablement tourner au ralenti, voire selon l'ampleur du phénomène être fermée temporairement. Elle pourra alors avoir recours également à l'indemnisation du chômage partiel.

Lorsque la situation sera revenue à la normale, l'employeur pourra récupérer les heures perdues, car les causes accidentelles, d'intempéries ou de cas de force majeure, le permettent. Il s'agira ainsi de faire exécuter des heures au-delà de la durée légale dans la limite des heures réellement perdues après information de l'inspecteur du travail⁴⁰, sans pour autant que ces heures soient soumises au régime juridique des heures supplémentaires.

³⁹ Article Lp. 221-4 du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

⁴⁰ Article R. 222-4 du Code du travail. Cet article dispose en outre que la récupération doit avoir lieu que dans les douze mois qui précèdent ou suivent leur perte. Elles obéissent notamment à un régime juridique contraignant pour leur exécution (Articles R. 222-6 et s.).

S'agissant enfin de la rémunération des salariés empêchés, le principe d'exception d'inexécution trouve à s'appliquer et libère l'entreprise de son obligation de payer les salaires des salariés empêchés⁴¹. En revanche, ceux-ci ne peuvent pas faire l'objet d'une sanction disciplinaire en raison précisément du cas de force majeure qui sera retenu dans ce cas. À l'inverse, les salariés qui ne pourraient regagner leur domicile pour des raisons climatiques devraient certainement être hébergés au sein de leur entreprise, par application de l'obligation de sécurité de l'employeur vis-à-vis des salariés qu'il emploie.

En second lieu, il s'agit également de la situation dans laquelle des salariés, par solidarité avec les victimes de la catastrophe naturelle, souhaitent à titre individuel, s'absenter temporairement de l'entreprise. Tel est le cas de congés sans solde que peuvent solliciter des salariés ou des congés sabbatiques, même si, dans ce cas, cela nécessite de remplir certaines conditions relatives notamment à l'ancienneté du salarié au sein de l'entreprise. L'employeur peut être amené à autoriser des congés à des salariés en raison de leur qualité particulière. Tel est le cas de ceux qui seraient par ailleurs sauveteur en mer. Le Code du travail prévoit un congé non rémunéré par l'entreprise de six jours maximum par an au bénéfice de ces salariés⁴². L'employeur conserve néanmoins la possibilité de refuser ce congé « s'il estime qu'il aura des conséquences préjudiciables sur la production ou le fonctionnement de l'entreprise ».

En dernier lieu, l'entreprise qui ne subit pas directement les conséquences de la catastrophe naturelle pourra en être victime, lorsqu'elle dépend pour son activité d'un autre partenaire impacté lourdement par cet événement climatique. L'entreprise est alors affectée, que la catastrophe ait eu lieu sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie ou à l'étranger, en ce sens qu'elle ne pourra pas respecter ses obligations contractuelles suite à l'inexécution des siennes par son propre fournisseur. Or, la Nouvelle-Calédonie est largement tributaire des importations de matériels, comme a pu le mettre en évidence l'échouement du Kea Trader au large de Maré⁴³, même si celui-ci ne résultait pas d'un aléa climatique. Certaines entreprises se sont vues empêcher et n'ont pu honorer leurs obligations contractuelles, ce qui les a amenées à payer de lourdes indemnités de retard au titre de clauses pénales par exemple.

Dans les années à venir, comme beaucoup d'autres pays, la Nouvelle-Calédonie va devoir faire face à des phénomènes naturels de plus en plus fréquents en raison du réchauffement climatique et les entreprises de ce territoire, particulièrement exposé à certains risques naturels, doivent s'en préoccuper à titre préventif. Cette action permettra d'anticiper au mieux les effets de ces événements. Si les employeurs ne parviennent pas à s'exonérer totalement de leur responsabilité, les actions préventives leur permettront d'amoin-drir leur responsabilité en cas de réalisation du risque naturel qui résulterait d'une violation de son obligation contractuelle de sécurité. À défaut, ou si le phénomène dépasse les prévisions, la législation actuelle s'avère très contraignante pour les entreprises en raison de la mise à l'écart quasi-systématique de la force majeure. S'il ne semble pas que la jurisprudence évolue vers une appréciation plus extensive de cette notion et ce, afin de protéger au mieux les intérêts des salariés, il apparaît en revanche que l'intervention du législateur serait souhaitable. Elle permettrait d'adapter le droit existant qui se cantonne à la prévention des risques technologiques

41 En ce sens : *Cass. soc.* 21 mars 2012, n° 10-21.097.

42 Article Lp. 242-60 et s. du Code du travail de Nouvelle-Calédonie.

43 Une des trois îles Loyauté composant la Nouvelle-Calédonie.

en ajoutant des dispositions spécifiques et adaptées à la prévention des risques naturels afin que les entreprises soient le moins possibles confrontées à la gestion de ces crises à la fois économiques et sociales.

Le maître mot pour les employeurs est donc la prévention : prévention des risques par la suppression ou la réduction des effets de ceux-ci, prévention aussi en amont lors de la production par une politique affirmée et ambitieuse au titre de la responsabilité sociale et environnementale et notamment par la limitation de l'empreinte écologique des entreprises. L'objectif des chefs d'entreprise en la matière devrait être de contribuer le moins possible au réchauffement climatique, sous peine de devoir en assumer les conséquences par la suite !

MONTÉE DES EAUX, MONTÉE DES MAUX : LE DROIT DE LA MER ET LES EFFETS DE LA MONTÉE DU NIVEAU DES OCÉANS SUR LES ESPACES MARITIMES DE L'ÉTAT CÔTIER

Vincent P. Cogliati-Bantz

The University of Auckland

105

La montée du niveau des mers pose, à terme, des problèmes encore plus critiques que le maintien des espaces maritimes. La doctrine se penche depuis plusieurs années sur la question de la continuité de la personnalité juridique de l'État « déterritorialisé », sur la possibilité de transfert de populations sur des plateformes maritimes (et donc, la question du statut de ces dernières), sur les déplacements ou migrations de populations pour cause de désastre environnemental¹. Cette étude se concentre sur la convention des Nations unies sur le droit de la mer (la Convention) et sur les effets de la hausse du niveau des mers sur les espaces maritimes de l'État côtier ; elle présente le droit actuel et évalue de manière critique les propositions de « gel » des zones maritimes qui sont faites fréquemment en doctrine et, plus récemment, par l'Association de droit international.

La hausse du niveau des océans est loin de n'affecter que les États du Pacifique². La présente étude se penche cependant plus particulièrement sur les Petits États Insulaires en Développement (PEID) du Pacifique, cet océan étant l'objet du colloque de Nouméa.

I. PEID ET MONTÉE DES MERS : SIGNAL D'ALARME

Dès 1989, dans la déclaration de Malé sur le réchauffement climatique et la hausse du niveau des mers, quatorze petits États côtiers et insulaires considérèrent que l'augmentation de la concentration atmosphérique des gaz à effet de serre menace de causer des changements climatiques et la hausse du niveau des océans. Ils mirent en avant le fait que la montée des mers peut menacer l'existence même de certains États insulaires. La Déclaration pose aussi le principe de la responsabilité morale des États industrialisés de mettre en place un programme mondial d'action qui permettrait, en particulier aux petits États, de faire face aux conséquences de la montée du niveau des eaux, notamment la protection des aquifères et des écosystèmes vulnérables³.

1 La disparition de l'État pour cause d'intégration à un État existant ou de dissolution est bien connue. Inconnue est la disparition totale due à l'engloutissement. Il est symptomatique que l'ouvrage acclamé de James Crawford, qui envisage brièvement les cas de réduction territoriale, ne parle pas de la disparition territoriale complète. J. R. Crawford, *The Creation of States in International Law*, Oxford, 2007, p. 705 et suiv. Fitzmaurice, en porte-à-faux avec la majorité de la doctrine, doutait de l'existence d'une règle de droit positif selon laquelle un État doit avoir un territoire spécifique ; il avait considéré qu'on pouvait imaginer un État basé sur une flotte permanente de navires en mer : G. Fitzmaurice, "The general principles of international law considered from the standpoint of the rule of law", *Recueil des cours*, vol. 92 (1957), p. 165-166. Les problèmes soulevés dans cette étude sont également présentés par l'auteur in V. Cogliati-Bantz, "Sea-Level Rise and Coastal States' Maritime Entitlements: A Cautious Approach", *Journal of Territorial and Maritime Studies*, vol. 7, 2020, p. 86-110.

2 Pour une présentation concentrée sur l'Asie, l'Afrique, l'Amérique latine et les Caraïbes, voir *World Bank, Policy Research Working Paper 4136*, "The Impact of Sea Level Rise on Developing Countries: A Comparative Analysis", 2007.

3 Déclaration du 18 novembre 1989, texte reproduit in Doc. OIC/OPC-IV/Inf.2, Fourth session of the OIC Committee

Des appels furent faits à Rio en 1992 pour la survie de certains États et les conditions catastrophiques que l'augmentation du niveau des mers entraînerait⁴. Le chapitre 17 d'Action 21 (protection des océans), bien qu'en mettant en avant les nombreuses incertitudes au sujet des changements climatiques et, en particulier de l'élévation du niveau des mers, indiquait que dans l'immédiat il conviendrait de prendre des mesures de précaution pour réduire les risques et les effets, en particulier pour les petits pays insulaires⁵. Les PEID furent identifiés comme étant extrêmement vulnérables au réchauffement de la planète et à l'élévation du niveau des mers⁶. La Conférence recommanda la création à l'échelle régionale de centres assurant la mise au point d'informations scientifiques et conseillant sur les moyens techniques convenant aux PEID, en particulier la gestion de la zone côtière, de la zone économique exclusive (ZEE) et des ressources marines⁷. La conférence de Rio reconnut les PEID, écologiquement fragiles et vulnérables, comme un groupe constituant un cas particulier du point de vue de l'environnement et du développement⁸. En parallèle, peu après la déclaration de Malé, les petits États côtiers ou insulaires vulnérables aux changements climatiques s'organisèrent à partir de 1990 (conférence de La Haye sur le climat) en une coalition dite «AOSIS»⁹, un groupe *ad hoc* de trente-neuf États membres et cinq observateurs qui donne une voix aux PEID au sein du système des Nations unies. Il faut aussi noter que le sous-groupe des PEID du Pacifique (PEID-P) s'est matérialisé à l'ONU¹⁰.

Deux ans après la conférence de Rio, la conférence de la Barbade indiquait dans sa déclaration que :

1. Les [PEID] sont particulièrement vulnérables aux catastrophes naturelles et écologiques et ils n'ont guère les moyens d'en supporter les effets ou de s'en remettre rapidement. 2. Les [PEID]

on Ocean Processes and Climate, Paris, 27 February – 1 March 1991.

- 4 Doc. A/CONF.151/26/Rev.I, « Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992) », vol. III, « Allocutions prononcées par les chefs d'État ou de gouvernement au cours du Sommet de la Conférence », p. 46 (Saint-Kitts et Nevis), p. 58 (Monaco, le Prince Rainier III parlant déjà de réfugiés environnementaux), p. 62 (Micronésie et Forum du Pacifique Sud), p. 109 (Jamaïque), p. 149 (îles Cook), p. 241 (Kiribati, qui envisagea « avec la plus grande inquiétude les problèmes que posent le réchauffement de la planète et l'élévation du niveau de la mer »), p. 244 (Tuvalu), p. 263 (Samoa occidentale), p. 265 (îles Salomon).
- 5 Doc. A/CONF.151/26/Rev.I, « Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992) », vol. I, « Résolutions adoptées par la Conférence », p. 271, § 17.98.
- 6 *Ibid.*, p. 279, § 17.126.
- 7 *Ibid.*, p. 282, § 17.134.
- 8 *Ibid.*, p. 279, section G du chapitre 17 d'Action 21. C'est à la troisième session de la CNUCED en 1972 que les membres ont reconnu pour la première fois les problèmes des PEID, in la résolution 65(III) : voir Doc. TD/B/64/9 (10 juillet 2017), p. 3. La CNUCED liste 28 PEID pour des raisons statistiques uniquement, et indique que l'ONU n'a jamais adopté de liste officielle : <https://unctad.org/en/pages/aldc/Small%20Island%20Developing%20States/UNCTAD%C2%B4s-unofficial-list-of-SIDS.aspx>. Le Bureau du Haut représentant de l'ONU pour les pays les moins avancés, les pays en développement sans littoral et les petits États insulaires en développement identifie 10 États supplémentaires (dont Singapour et Bahreïn, auxquels s'ajoutent 20 États non-membres des Nations unies et États associés. Voir <http://unohrrls.org/about-sids/country-profiles/>.
- 9 Alliance of Small Island States : voir <http://aosis.org>.
- 10 Voir M. Powles, « Making Waves in the Big Lagoon: The Influence of Pacific Island Forum Countries in the United Nations », *Revue juridique polynésienne*, vol. 2, 2002, p. 59-76 et F. Manoa, « The New Pacific Diplomacy at the United Nations: The Rise of the PSIDS », in Greg Fry et Sandra Tarte (eds.), *The New Pacific Diplomacy*, Canberra, ANU Press, 2015, p. 89-98.

*sont au nombre de ceux qui contribuent le moins aux changements climatiques mondiaux et à l'élévation du niveau de la mer, mais ils font partie de ceux qui souffriraient le plus des effets de ces phénomènes, pouvant, dans certains cas, devenir inhabitables.*¹¹

Un programme d'action concernant, entre autres, les changements climatiques et l'élévation du niveau des mers indiquait que « [l']inondation des îles périphériques et de terrains situés au-dessus de la laisse de haute mer peut invalider les droits économiques exclusifs sur de vastes superficies, détruire l'infrastructure économique et provoquer la disparition d'établissements humains »¹². Cinq ans plus tard, l'Assemblée générale de l'ONU prenait note avec satisfaction des efforts déployés par les PEID pour tenir les engagements pris dans le programme d'action et de l'appui fourni par la communauté internationale, mais signalait aussi que ces efforts ont été affectés par les problèmes économiques (et environnementaux) au niveau mondial¹³. L'accent fut mis sur le renforcement des capacités des PEID et il fut noté cependant que les niveaux d'aide extérieure restent préoccupants¹⁴.

Au cours des quinze années suivantes, la communauté internationale continuait de rappeler que, à long terme, les changements climatiques pourraient menacer l'existence même de certains PEID¹⁵, que l'élévation du niveau de la mer continuait de présenter des risques considérables pour les PEID de compromettre leurs efforts de développement durable, et menaçait au plus haut point la survie et la viabilité de certains¹⁶. En parallèle, l'importance des ressources biologiques et autres des PEID était mise en avant : le Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable tenu à Johannesburg en 2002 indique expressément qu'il faut « [a]ider les [PEID], notamment en élaborant des initiatives concrètes, à délimiter et à gérer de manière durable leurs zones côtières et [ZEE] et le plateau continental »¹⁷. Déjà, la déclaration de la Barbade avait mentionné les « droits souverains sur les ressources naturelles » des PEID¹⁸. La montée du niveau des mers reçut une place légitime dans la déclaration de Rio + 20 en 2012, les chefs d'États y déclarant que la « montée du niveau des mers et les autres conséquences préjudiciables du changement climatique continuent de menacer gravement les [PEID] et de compromettre leurs efforts pour parvenir à un développement durable »¹⁹.

11 Doc. A/CONF.167/9, conférence mondiale sur le développement durable des PEID (Bridgetown, 25 avril – 6 mai 1994), *Rapport de la Conférence*, résolution I, annexe I (Déclaration de la Barbade), p. 3.

12 *Ibid.*, p. 13, § 18.

13 Doc. A/S-22/9/Rev.1, Assemblée générale, *Documents officiels*, « Vingt-deuxième session extraordinaire », Supplément n° 3, « Rapport du Comité plénier spécial : Déclaration et progrès accomplis dans l'application du Programme d'action pour le développement durable des PEID et initiatives en la matière », p. 5, 1999.

14 *Ibid.*, Progrès accomplis dans l'application du Programme d'action, p. 17, §. 26.

15 Doc. A/CONF.207/11, « Rapport de la Réunion internationale chargée d'examiner la mise en œuvre du Programme d'action pour le développement durable des PEID (Port-Louis, 10-14 janvier 2005) », Annexe II (Stratégie de Maurice pour la poursuite de la mise en œuvre du programme d'action pour le développement durable des PEID), p. 10, § 16. La réunion exhorta la communauté internationale à prendre des mesures pour faire face aux changements climatiques, notamment dans le cadre du protocole de Kyoto (*ibid.*, p. 31, § 84).

16 Doc. A/RES/65/2, « Document final de la réunion de haut niveau chargée d'examiner l'application de la Stratégie de Maurice (25 septembre 2010) », § 6.

17 A/CONF.199/20, « Rapport du Sommet mondial pour le développement durable (Johannesburg, 26 août-4 septembre 2002) », « Plan de mise en œuvre », p. 47, § 58(c).

18 Voir note 11, p. 2.

19 Doc. A/CONF.216/16, « Rapport de la Conférence des Nations Unies sur le développement durable (Rio de Janeiro, 20-22 juin 2012) », « Déclaration finale. L'avenir que nous voulons », p. 40, § 178.

À la conférence de Samoa, les effets de l'élévation du niveau des mers sur les espaces maritimes semblent avoir été expressément à l'esprit des participants, les chefs d'États demandant que les PEID reçoivent un appui pour « [a]méliorer les systèmes de surveillance des *lignes de base insulaires* et les projections relatives à la réduction d'échelle des modèles climatiques afin de mieux prévoir les effets futurs sur les petites îles »²⁰. La Conférence nota que les PEID disposent de vastes zones maritimes et qu'ils ont pris des initiatives notables en vue de la conservation et de l'exploitation durable de ces zones et de leurs ressources²¹. Les représentants soutinrent les mesures visant la fourniture d'une assistance technique pour la délimitation des zones maritimes des PEID et l'élaboration des demandes présentées à la Commission des Limites du Plateau Continental (CLPC)²², mais rien n'indique que la protection des lignes de base serait entreprise par des mesures autres que matérielles et prophylactiques, dans le cadre du renforcement des capacités des PEID, et des ressources techniques et juridiques de la Convention-cadre sur les changements climatiques²³. Dans une résolution récente sur le suivi et l'application des orientations de Samoa et de la stratégie de Maurice, l'Assemblée générale de l'ONU se félicita que la communauté internationale demeure déterminée à prendre d'urgence des mesures concrètes et à continuer de rechercher de nouvelles solutions aux principaux problèmes auxquels se heurtent les PEID²⁴. Parmi ces mesures concrètes, on peut relever le cadre de partenariats pour les PEID²⁵. Des solutions *juridiques* concernant spécifiquement les lignes ou points de base ne sont pas identifiées²⁶.

II. MONTÉE DES MERS ET ESPACES MARITIMES

A. Changements climatiques et montée du niveau des mers

Les conséquences humaines et matérielles des changements climatiques sont bien documentées et ont été rappelées maintes fois²⁷. Les effets dévastateurs de la hausse du niveau des mers l'ont été aussi : ainsi, le secrétaire général de l'ONU indique en 2017 que :

[...] [la] hausse du niveau de la mer engendre une érosion du littoral, des inondations [...], la pénétration des eaux de mer dans [...] les bassins hydrographiques [...], la contamination de

20 Doc. A/CONF.223/10, « Rapport de la troisième Conférence internationale sur les PEID (Apia, 1-4 septembre 2014) », « Modalités d'action accélérées des PEID (Orientations de Samoa) », p. 14, § 44(b). Le texte anglais dit : « *baseline monitoring of island systems* ». Comme à Rio en 2012, la hausse du niveau des mers est présentée comme un effet néfaste des changements climatiques : *ibid.*, § 32.

21 *Ibid.*, p. 17, § 54.

22 *Ibid.*, 19, § 58(f).

23 Voir notamment *ibid.*, § 41-43.

24 Doc. A/RES/72/217 (20 décembre 2017), § 4. De telles mesures furent déjà annoncées dans la déclaration « L'océan, notre avenir : appel à l'action », adoptée à l'issue de la conférence de l'ONU visant à appuyer la réalisation de l'objectif de développement durable n° 14 du Programme de développement durable à l'horizon 2030 (texte *in* Doc. A/RES/71/312, 6 juillet 2017), Annexe, § 13(k).

25 Pour la liste des partenariats, voir <https://sustainabledevelopment.un.org/partnerships/sids/analysis>.

26 L'Assemblée réaffirme sa décision de convoquer, au siège de l'ONU en septembre 2019, une réunion de haut niveau d'une journée en vue d'examiner les progrès accomplis pour répondre aux besoins prioritaires des PEID : Doc. A/RES/72/217, 20 décembre 2017, § 27.

27 Citons pour tous Doc. E/HLS/2017/1, « Déclaration ministérielle du Forum politique de haut niveau pour le développement durable organisé sous les auspices du Conseil économique et social en 2017 » sur le thème intitulé « Éliminer la pauvreté et promouvoir la prospérité dans un monde en mutation », 20 juillet 2017.

*réserves d'eau douce [...] ainsi que le déplacement de basses terres littorales et de zones humides côtières [...]. Certaines estimations indiquent que le terrain sur lequel sont établis entre 11 et 15 % au moins de la population des [PEID] se trouve à 5 mètres ou moins au-dessus du niveau de la mer, et qu'une hausse du niveau de l'eau de 0,5 mètre pourrait provoquer le déplacement de 12 millions d'habitants d'îles de la mer des Caraïbes ainsi que des océans Indien et Pacifique – ce nombre doublerait presque si le niveau de la mer montait de 2 mètres.*²⁸

Le rapport du secrétaire général indique également que le « réchauffement de l'atmosphère et des océans dû à l'action de l'homme est incontestable »²⁹. Ces quatre dernières décennies, la hausse du niveau des océans s'explique aux trois-quarts par la perte de masse des glaciers et l'expansion thermique des océans³⁰. Ainsi, le Groupe d'Experts Intergouvernemental sur l'Évolution du Climat (GIEC) concluait en 2013 dans son cinquième rapport d'évaluation des changements climatiques qu'il est « extrêmement probable » que l'influence de l'homme soit la cause principale du réchauffement de l'atmosphère et de l'océan observé depuis le milieu du XX^e siècle. En sus, il était noté qu'il est « très probable » que la contribution anthropique à l'élévation du niveau des mers depuis les années 1970 est « importante » ; ce résultat découlait du degré de confiance élevé quant à l'influence anthropique sur les deux principales contributions à l'élévation du niveau des mers que sont l'expansion thermique des océans et la perte de masse des glaciers³¹. L'évaluation scientifique de ces affirmations est en dehors du cadre de la présente étude ; elles sont acceptées par les organes de l'ONU et la majorité de la communauté scientifique³². Il est cependant important de rappeler que l'évolution régionale et locale du niveau des mers est aussi influencée par des facteurs naturels, tels que la variabilité régionale des vents et des courants océaniques, les déplacements verticaux de la masse terrestre, l'ajustement isostatique du niveau des sols en réponse aux modifications des pressions physiques qui s'exercent sur eux et l'érosion côtière, combinés aux perturbations humaines que constituent le changement d'affectation des terres et le développement littoral³³. Une étude pilote montre cependant qu'il est extrêmement probable que moins de 50 % de la hausse du niveau des mers observée au cours du XX^e siècle aurait eu lieu en l'absence de réchauffement climatique³⁴. Malgré tout, des lacunes en matière de connaissances subsistent en ce qui concerne la température de la mer, l'élévation du niveau de la mer ou l'absorption du dioxyde de carbone³⁵. De manière

28 Doc. A/72/70, « Les océans et le droit de la mer. Rapport du Secrétaire général », 6 mars 2017, § 18, 20.

29 *Ibid.*, § 4.

30 *Ibid.*, § 17.

31 GIEC, 2013, « Changements climatiques 2013 : Les éléments scientifiques. Résumé à l'intention des décideurs », p. 17, 19. Le niveau moyen de la mer à l'échelle du globe s'est élevé de 0,19 m entre 1901 et 2010. Il est très probable que l'élévation moyenne du niveau de la mer ait été de 1,7 mm par an entre 1901 et 2010. De 1993 à 2010, cette tendance s'est très probablement accentuée, passant à 3,2 mm par an : *ibid.*, « Résumé technique », p. 46. Le GIEC prévoit un « Rapport spécial sur les effets du changement climatique sur les océans » (notamment la hausse du niveau des mers) pour la fin de son sixième cycle en 2022 : voir http://ipcc.ch/meetings/session46/AR6_WGI_outlines_P46.pdf.

32 Une minorité réfute les conclusions du GIEC : voir notamment « Nongovernmental International Panel on Climate Change », 2014, *Climate Change Reconsidered II: Biological Impacts*, Chicago, The Heartland Institute. Pour un exemple de critique adressée au GIEC, voir Q. Schiermeier, « IPCC flooded by criticism », *Nature*, vol. 463, 2010, p. 596.

33 Doc. A/70/112, « Résumé de la première évaluation mondiale intégrée du milieu marin », 22 juillet 2015, p. 16, § 48.

34 R. Kopp *et al.*, « Temperature-driven global sea-level variability in the common era », *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, vol. 113, n° 11, mars 2016, p. E1438.

35 Doc. A/70/112, *op. cit.*, p. 60, § 207.

générale, la connaissance des phénomènes océaniques et côtiers est lacunaire et une modélisation climatique de meilleure résolution permettrait d'observer avec plus de précision les effets des changements climatiques³⁶.

L'impatience des PEID est bien connue : en 2002, le premier ministre de Tuvalu envisagea de traîner les États-Unis et l'Australie devant la Cour internationale de justice à propos de leurs émissions de gaz à effet de serre. L'idée fut abandonnée en 2006 pour faute de preuve d'un lien causal entre la hausse du niveau des mers affectant Tuvalu et les émissions des deux pays³⁷. En 2011, des petits États insulaires, avec Palau en tête, requièrent que l'Assemblée générale de l'ONU demande un avis consultatif à la Cour internationale de justice sur les responsabilités des États d'après le droit international de faire en sorte que les activités sous leur juridiction ou contrôle produisant des gaz à effet de serre ne causent pas de préjudice aux autres États³⁸. Les interrogations se développent sur les possibles litiges internationaux en rapport avec les changements climatiques, le possible rôle des cours et tribunaux internationaux, la nature des obligations en cause, l'existence et la réfutation de preuves scientifiques, les questions de causalité, de responsabilité conjointe ou de réparation³⁹. Jusqu'à présent, la communauté internationale, au travers de la Convention-cadre sur les changements climatiques (1992) et l'accord de Paris (2016), a fixé des objectifs d'atténuation et d'adaptations. Lors de sa dix-neuvième session à Varsovie en novembre 2013, la conférence des parties à la Convention-cadre adopta le « Mécanisme international de Varsovie » relatif aux pertes et préjudices liés aux incidences des changements climatiques⁴⁰, notamment les phénomènes météorologiques extrêmes et ceux qui se manifestent lentement, dans les pays en développement particulièrement exposés⁴¹. Ces engagements ont été repris dans l'accord de Paris⁴².

36 Doc. A/72/70, *op. cit.*, p. 21, § 56-57.

37 Voir H. Janin et S. Mandia, *Rising Sea Levels. An Introduction to Cause and Impact*, Jefferson, McFarland Publishers, 2012, p. 86.

38 Voir https://www.un.org/press/en/2012/120203_ICJ.doc.htm.

39 Voir, par exemple, Ch. Voigt, "Climate Change and Damages", in C. Carlane, K. Gray et R. Tarasofsky (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 464-494 ; R. Verheyen et C. Zengerling, "International Dispute Settlement", in Cinnamon Carlane, Kevin Gray et Richard Tarasofsky (eds.), *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*, Oxford, Oxford University Press, 2016, p. 418-440 ; Ph. Sands, "Climate Change and the Rule of Law: Adjudicating the Future in International Law", *Journal of Environmental Law*, vol. 28, 2016, p. 19-35. Les litiges judiciaires se développent aussi au niveau national : pour les États-Unis, voir par exemple <http://climatecasechart.com/us-climate-change-litigation/>.

40 Au titre du cadre de l'adaptation de Cancún : voir Doc. FCCG/CP/2010/7/Add.1, « Rapport de la Conférence des Parties sur sa seizième session », Cancún, 29 novembre-10 décembre 2010, décisions adoptées par la conférence des Parties, Décision 1/CP.16, 15 mars 2011.

41 Doc. FCCG/CP/2013/10/Add.1, « Rapport de la Conférence des Parties sur sa dix-neuvième session » (Varsovie, 11-23 novembre 2013), décisions adoptées par la conférence des Parties, Décision 2/CP.19 (31 janvier 2014). Les fonctions du Mécanisme sont d'améliorer la connaissance et la compréhension des démarches globales en matière de gestion des risques, de consolider le dialogue et la coordination, de favoriser l'action à engager et l'appui à fournir, notamment en matière de financement, de technologie et de renforcement des capacités, « sous réserve de la disponibilité de ressources financières ».

42 Article 8. D'après l'article 9(1), les « pays développés Parties fournissent des ressources financières pour venir en aide aux pays en développement Parties aux fins tant de l'atténuation que de l'adaptation dans la continuité de leurs obligations au titre de la Convention ». Le comité exécutif du mécanisme de Varsovie escompte la production d'un document technique qui « détaillera les sources de financement disponibles » ainsi qu'un « document définissant clairement les domaines prioritaires » : Doc. FCCG/SB/2017/1/Add.1, « Rapport du Comité exécutif du Mécanisme international de Varsovie », Annexe : Plan de travail quinquennal glissant, p. 10, 16 (2 novembre 2017). Pour le type et la nature des actions à entreprendre pour faire face aux pertes et préjudices dont le financement pourrait être requis, voir le document préparé par les membres de l'Alliance « AOSIS » : <http://aosis>.

La conférence de Bonn de 2017, 23^e conférence annuelle des parties à la Convention-cadre (« COP 23 »), fut l'occasion de rappeler le soutien de la communauté internationale aux petits États du Pacifique, notamment dans le cadre du partenariat de Marrakech pour l'action climatique globale lancée par la COP 22 en 2016, ainsi que le soutien aux initiatives régionales telles que le cadre en faveur d'un développement résilient dans le Pacifique, élaboré par le Forum des îles du Pacifique⁴³. Les chefs d'États des PEID-P, qui lancèrent en juillet 2017, à Suva, le partenariat du Pacifique pour l'action climatique, exhortèrent aussi les pays du G20 à réaffirmer leurs engagements pris dans l'accord de Paris⁴⁴. La présidence de la Conférence, assumée par Fidji, lança le partenariat « Ocean Pathway » afin de reconnaître officiellement les liens entre l'océan et le changement climatique⁴⁵, ainsi que le partenariat global pour une assurance en faveur de la résilience, visant à fournir aux pays vulnérables une protection financière pour gérer les risques climatiques⁴⁶.

B. Montée du niveau des mers et droit de la mer : questions récentes à l'ONU

Bien que les conséquences humaines et matérielles de la hausse du niveau des mers soient bien documentées, les conséquences juridiques le sont moins. Outre les questions possibles de responsabilité des pays industrialisés identifiées plus haut, la question des zones maritimes des États côtiers et de leur maintien se pose de plus en plus. Cela n'a rien de surprenant, au regard de la relative lenteur des progrès pour faire face au changement climatique, et dans la mesure où « le niveau des mers devrait continuer d'augmenter des siècles durant, compte tenu du lent réchauffement des zones profondes des océans et du nouveau bilan de masse en surface des imposantes calottes glaciaires »⁴⁷. Dans son rapport de mars 2017, le secrétaire général avait dit :

Ni la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ni le droit international coutumier ne traitent des effets sur les limites maritimes d'une perte totale ou partielle du territoire terrestre susceptible de résulter de l'élévation du niveau de la mer. La superficie maximale des zones maritimes, ainsi que la souveraineté, les droits souverains et la compétence que peuvent exercer les États côtiers sur lesdites zones, sont précisés dans la Convention. [...] En conséquence de l'élévation du niveau de la mer, la superficie du territoire terrestre des États côtiers peut se voir considérablement réduite, voire, dans les cas extrêmes, disparaître. Il se peut que les lignes de base droites – ainsi que les lignes extérieures ou de délimitation des zones maritimes qu'elles ont permis de mesurer – qui ont été définies et consignées dans la documentation confiée au Secrétaire général, donnent à voir la configuration du littoral tel qu'il était avant l'élévation du niveau de la mer. Or, excepté au paragraphe 2 de son article 7, [...] la Convention ne traite pas des variations de la géographie du littoral.⁴⁸

org/wp-content/uploads/2018/06/AOSIS-Submission-on-22type-and-nature-of-actions-to-address-loss-and-damage-for-which-finance-may-be-required22-1.pdf (26 février 2018).

43 Voir *Framework for Resilient Development in the Pacific: An Integrated Approach to Address Climate Change and Disaster Risk Management 2017 – 2030*, Suva, Pacific Community (2016).

44 <https://cop23.com.fj/pacific-small-island-developing-states-statement/> (5 juillet 2017).

45 <http://sdg.iisd.org/news/ocean-pathway-launched-at-cop-23/>

46 Voir <https://www.insuresilience.org/about/>

47 Doc. A/72/70, *op. cit.*, p. 9, § 17.

48 Doc. A/72/70, *op. cit.*, p. 33, § 54. Le paragraphe ne comporte aucune note de bas de page justifiant plus en avant la position du Secrétariat. On peut douter que le droit coutumier ou la Convention ne traite pas des effets de la perte de territoire terrestre : voir *infra*. On note cependant qu'on cherchera en vain des références au changement

Le rapport fut établi afin de faciliter les débats de la dix-huitième réunion du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer, qui en mai 2017 eu pour thème : « Les effets des changements climatiques sur les océans ». À cet égard, les questions posées dans le rapport du secrétaire général furent reprises par de nombreuses délégations, qui s'inquiétèrent des conséquences d'une perte totale ou partielle de territoires sur les zones et les frontières maritimes, en particulier pour les îles et les côtes de faible altitude⁴⁹. Certaines délégations « demandèrent que la sixième commission de l'Assemblée générale ou la Commission du droit international examinent la question de l'élévation du niveau des mers et de ses conséquences juridiques pour les [PEID] ». L'une d'elles a expressément indiqué qu'il fallait analyser les implications juridiques de la hausse du niveau des mers sur la délimitation des frontières maritimes. Cependant, ces propositions ont suscité des réserves⁵⁰.

Il faut aussi noter que, lors de la conférence de l'ONU pour soutenir la mise en œuvre de l'objectif de développement durable 14 (juin 2017), le Premier ministre de Tuvalu avança l'idée que les négociateurs de la Convention n'eurent pas à l'esprit la montée du niveau des mers causée par le changement climatique; il demanda donc une clarification des conséquences de la montée du niveau des mers sur les lignes de base, et donc les zones maritimes. Pour le Premier ministre, ces conséquences pourraient avoir des incidences graves pour la mer territoriale et la ZEE et l'économie maritime de Tuvalu. Il recommanda que la Conférence demande un avis juridique à la Commission du Droit international sur les changements des lignes de base due à la hausse du niveau des eaux. Pour lui, les lignes de base et les espaces maritimes une fois établis devraient demeurer en l'état⁵¹. La Conférence ne prit pas de décision sur le sujet. Cinq membres de la Commission du Droit international ont récemment proposé que le sujet « L'élévation du niveau de la mer au regard du droit international » soit étudié par un groupe au sein de la Commission, sous les angles du droit de la mer, de la survivance de l'État, et de la protection des personnes touchées⁵². « Cet examen pourrait contribuer aux efforts déployés par la communauté internationale pour déterminer la mesure dans laquelle le droit international actuel est en mesure de répondre aux questions suscitées par l'élévation du niveau de la mer et s'il y a lieu pour les États d'élaborer des solutions pratiques à leur égard »⁵³. Il est également souligné qu'il « n'est pas question de proposer des modifications au droit international en vigueur, notamment à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 »⁵⁴.

climatique ou à la montée du niveau des mers lors des négociations de la Convention. La résolution annuelle de l'Assemblée générale sur les océans et le droit de la mer (Doc. A/RES/72/73 (5 décembre 2017)) ne reprend pas en soi les commentaires du § 54.

49 Doc. A/72/95, Rapport sur les travaux du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer à sa dix-huitième réunion (16 juin 2017), p. 5, § 25.

50 *Ibid.*, p. 5, § 26. Une autre délégation nota que la charge de travail de la sixième commission était déjà considérable et qu'une future réunion du processus consultatif pourrait porter sur cette question : *ibid.*, p. 22, § 111. Lors des débats à la sixième commission, en novembre 2017, les délégués de Roumanie, d'Indonésie, du Pérou et des PEID-P demandèrent expressément que la Commission du Droit international examine le problème : voir Doc. A/C.6/72/SR.19-20, SR.22 et SR.24.

51 Statement by the Hon. Enele Sopoaga during the Partnership Dialogue 7, disponible sur <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/24716tuvalu.pdf>.

52 Doc. A/73/70, « Rapport de la Commission du droit international. Soixante-dixième session », p. 322, § 369, (21 septembre 2018).

53 *Ibid.*, p. 352-353, § 5.

54 *Ibid.*, p. 355, § 14.

C. Les espaces maritimes des PEID : question économique cruciale

Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur l'importance des ressources maritimes pour les PEID. Déjà, lors de la négociation de la Convention, Fidji notait que les insulaires y sont les fermiers de la mer⁵⁵. On peut penser de prime abord que les PEID ont reçu des avantages disproportionnés dans la Convention par rapport à leur surface terrestre. Ainsi, Tuvalu dispose d'une masse terrestre de 26 km² et d'une ZEE de 749 790 km²; pour les États fédérés de Micronésie, ces chiffres sont 701 km² et 2 996 420 km² respectivement. La ZEE de Nauru est presque quinze mille fois plus vaste que son territoire terrestre⁵⁶. Cependant, ce serait oublier que la pêche et le tourisme constituent une part large de l'économie des PEID, qui ont les PIB par habitant parmi les plus bas du monde. Par exemple, l'exportation des produits de la pêche représente plus de 60 % du PIB des îles Marshall et presque 60 % de celui de Kiribati. Sur les 2,4 millions de tonnes de thonidés pêchés dans le Pacifique ouest, 58 % proviennent des PEID⁵⁷. Le budget de Kiribati pour 2018 prévoit des recettes de 204 millions de dollars australiens, dont 135 millions proviennent des permis de pêche et transbordement⁵⁸. Le budget du Tuvalu en 2017 indiquait des recettes de 51 millions de dollars américains, dont 25 millions provenant des permis de pêche⁵⁹. Les PEID comptent aussi sur les recettes du tourisme durable et, plus récemment, sur les ressources minérales de leur plateau continental⁶⁰.

III. MONTÉE DES MERS ET CONSÉQUENCES POUR LE TITRE DE L'ÉTAT SUR SES ZONES MARITIMES : LE DROIT ACTUEL

Il y a peu de principes aussi fondamentaux en droit de la mer que celui selon lequel la terre domine la mer : c'est la souveraineté sur la masse terrestre qui engendre les espaces maritimes des continents ou des îles. Dès l'affaire de *Grisbadarna*, le tribunal arbitral avait indiqué que le « territoire maritime est une dépendance nécessaire d'un territoire terrestre »⁶¹. Ce principe ayant été rappelé maintes fois, on peut parler d'une jurisprudence constante⁶².

55 UNCLOS III, *Official Records*, vol. I, p. 113, § 44 (1974).

56 Chiffres disponibles sur <https://www.spc.int/fr/nos-membres/>. Les espaces maritimes d'après la Convention sont examinés *infra*.

57 Discours, au nom de l'Alliance « AOSIS », de l'ambassadeur Marlene Moses, représentante permanente de Nauru à l'ONU, prononcé au cours de la dix-huitième réunion du Processus consultatif informel ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer (16 mai 2017), disponible sur http://www.un.org/depts/los/consultative_process/icp18_presentations/moses.pdf.

58 http://www.mfed.gov.ki/sites/default/files/Government%20of%20Kiribati%202018%20Budget%20-%20as%20presented%205%20Dec_o.pdf, p. 5.

59 http://www.tuvaluaudit.tv/wp-content/uploads/2014/05/FINAL_2017-National-Budget.pdf, p. 116.

60 Pour l'exemple du Kiribati, voir http://www.un.org/depts/los/nippon/uniff_programme_home/fellows_pages/fellows_papers/Tanielu_1314_Kir.pdf

61 *Affaire des Grisbadarna (Norvège, Suède)*, 1909, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 159.

62 Par exemple, *Plateau continental de la mer du Nord*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1969, p. 51, § 96 ; *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1985, p. 41, § 49 : « Le pouvoir générateur de droits [...] procède non pas de la masse terrestre, mais de la souveraineté sur cette masse terrestre » ; *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, fond, arrêt, *C.I.J. Recueil* 2001, p. 97, § 185 : « [L]es droits sur la mer dérivent de la souveraineté de l'État côtier sur la terre ».

A. Côte et lignes de base

La Convention ne mentionne pas explicitement le principe que la terre domine la mer. Elle dit cependant que les espaces maritimes sont délimités à partir des lignes de base⁶³. Les lignes de base sont la représentation juridique de la côte. La Convention distingue quatre types de lignes de base, qui sont toutes dépendantes pour leur tracé de l'existence d'une côte, c'est-à-dire d'une *terra firma*.

Premièrement, la Convention indique que la ligne de base normale est la laisse de basse mer⁶⁴ le long de la côte (article 5). Le terme « côte » n'est pas défini par la Convention. Le dictionnaire hydrographique de l'OHI définit la côte comme « la bande de terre située au voisinage de la mer », ou encore « la ligne de contact entre la terre et la mer ». La « terre » est définie comme « la partie solide émergée de la surface du globe »⁶⁵. La Convention attribue des zones maritimes aux continents ou aux îles⁶⁶, mais elle interdit aux îles, installations ou structures artificielles de générer une mer territoriale (article 60(8)) et donc toute autre zone maritime.

Deuxièmement, la Convention permet aux États, sous certaines conditions, de tirer des lignes droites à l'embouchure des fleuves entre les points limites de la laisse de basse mer sur les rives et entre les deux laisses de basse mer aux points d'entrée naturels d'une baie (ou à l'intérieur de la baie, selon le cas)⁶⁷.

Troisièmement, la Convention autorise les États à employer des lignes de base droites reliant des points appropriés (sur la laisse de basse mer), là où la côte est profondément échancrée et découpée, ou s'il existe un chapelet d'îles le long de la côte, ou encore si la côte est extrêmement instable en raison d'un delta et d'autres caractéristiques naturelles⁶⁸.

Enfin, quatrièmement, les États archipels peuvent tracer des lignes de base archipélagiques droites reliant les points extrêmes (de la laisse de basse mer) des îles les plus éloignées et des récifs découvrant de l'archipel (article 47(1)).

Il faut également noter que la limite extérieure du plateau continental ne peut excéder, soit une distance de 350 milles marins des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, soit une distance de 100 milles marins de l'isobathe de 2 500 mètres (article 76(5)). Ce dernier est aussi déterminé à partir des lignes de base⁶⁹.

63 Articles 4 (mer territoriale), 33(2) (zone contiguë), 57 (ZEE), 76(5) (plateau continental), 48 (cas des États archipels).

64 L'Organisation Hydrographique Internationale (OHI) a décidé d'adopter la plus basse mer astronomique (PBMA), ou le niveau équivalent qui se rapproche le plus de celui que les services hydrographiques acceptent dans la pratique, comme niveau de référence des cartes marines là où les marées ont un effet notable sur le niveau de l'eau : résolution 3/1919 telle qu'amendée.

65 *Dictionnaire hydrographique*, 1998, 5^e ed., référence 850a. Cette définition est reprise par exemple par G. Walker, *Definitions for the Law of the Sea. Terms Not Defined by the 1982 Convention*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2012, p. 130.

66 « Une île est une étendue naturelle de terre entourée d'eau qui reste découverte à marée haute » : article 121(1).

67 Articles 9 et 10.

68 Article 7. Entre autres, le tracé des lignes de base droites ne doit pas s'écarter sensiblement de la direction générale de la côte : article 7(3).

69 Voir Doc. CLCS/11, « Directives scientifiques et techniques de la CLPC », p. 39, § 4.4.2 (13 mai 1999), et Doc. CLCS/11/Add.1, « Annexes des Directives », p. 11 (3 septembre 1999).

B. Caractère ambulateur des lignes de base

L'article 5 de la Convention, concernant la ligne de base normale, ajoute que la laisse de basse mer est celle qui est « indiquée sur les cartes marines à grande échelle reconnues officiellement par l'État côtier ». Les lignes de base droites et autres lignes droites et lignes de base archipélagiques droites sont aussi indiquées sur des cartes marines ou des listes de coordonnées géographiques (articles 16(1) et 47(8)). La question de pose donc de savoir si la ligne de base est celle qui est indiquée sur les cartes produites ou reconnues par l'État côtier, et dans la législation de l'État côtier, ou celle qui existe dans la réalité physique, dépendant de la laisse de basse mer et donc aussi de la hausse du niveau des mers. La grande majorité de la doctrine, avec de rares exceptions⁷⁰, s'accorde à penser que les cartes ou listes de coordonnées ne sont que la représentation de la réalité ; elles ne sont pas la source du titre de l'État sur ses espaces maritimes⁷¹. Ceci n'est que l'expression générale du principe selon lequel les cartes « ne constituent jamais – à elles seules et du seul fait de leur existence – un titre territorial »⁷². Pendant les discussions sur la laisse de basse mer à la conférence de La Haye en 1930, il fut mis en exergue par la sous-commission II que la ligne de basse mer est celle qui est indiquée sur la carte officielle de l'État côtier, pour autant que cette ligne « ne s'écarte pas sensiblement de la laisse moyenne des plus basses mers bimensuelles et normales »⁷³. Cette clause n'apparaît pas dans l'article 3 de la convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contiguë, prédécesseur de l'article 5, mais la Commission du Droit international n'a pas estimé qu'il y avait lieu de craindre que cette omission « soit de nature à inciter les gouvernements à déplacer les laisses de basse mer sur leurs cartes de façon exagérée »⁷⁴. La Commission sur les lignes de base de l'Association du Droit International (ADI) a examiné de nombreuses législations nationales, beaucoup ne faisant pas référence aux cartes dans la définition des lignes de base, et un certain nombre y faisant expressément référence⁷⁵. Certaines législations attribuent aussi un rôle probant aux cartes, le rôle variant de preuve réfragable, *prima facie*, ou suffisante de la position de la ligne de base. Dans certains cas, la carte est élevée au rang de preuve concluante⁷⁶, mais cette solution ne saurait être valable pour des cartes désuètes⁷⁷. La jurisprudence internationale confirme que la ligne de base est celle observée au sol : ainsi, dans l'arbitrage entre le Guyana et le Surinam, le Guyana contesta un des points de base du Surinam, situé sur la laisse de basse mer du Vissers Bank et représenté sur une carte récente. Le Tribunal arbitral, au lieu de rejeter les prétentions du Guyana du chef de l'existence d'une carte, évalua les preuves géographiques des parties quant au tracé de la laisse de basse mer⁷⁸.

70 Citons par exemple D. Kapoor et A. Kerr, *A Guide to Maritime Boundary Delimitation*, Toronto, Carswell, 1986, p. 31.

71 Ceci est confirmé par une lecture littérale de l'article 5 qui conclurait que l'absence de carte conduit à l'impossibilité de retenir la laisse de basse mer comme ligne de base, résultat absurde : voir aussi Doc. A.CONF.13/C.1/L.87, « Proposition des États-Unis, Commentaire (g) (29 mars 1958), et M. Voelckel, « Les lignes de base dans la Convention de Genève sur la mer territoriale », *Annuaire français de droit international*, vol. 19, 1973, p. 825.

72 *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*, arrêt, *C.I.J. Recueil* 1986, p. 582, § 54.

73 Publications de la Société des Nations, V., « Questions juridiques », 1930.V.14 (document C.351.M.145.1930.V), p. 181.

74 Doc. A/CN.4/61/Add.1, Additif au deuxième rapport de J. P. A. François, rapporteur spécial, Annexe : « Rapport du Comité d'experts » (18 mai 1953).

75 International Law Association, Committee on baselines, *Report of the seventy-fifth Conference (Sofia, 2012)*, p. 405.

76 *Ibid.*, p. 408 (citant le cas des Seychelles) et p. 412 (citant des décisions judiciaires néerlandaises).

77 *Ibid.*, p. 413 et *Annuaire de la Commission du droit international*, 1952, vol. 1, 170^e réunion (23 juillet 1952), § 52 (M. Scelle).

78 *Award in the arbitration regarding the delimitation of the maritime boundary between Guyana and Suriname, 2007*, *Reports of International Arbitral Awards*, vol. XXX, p. 110, § 396. La Cour internationale de justice a, depuis, eu l'occasion de rappeler que des levés réalisés des années, voire des décennies avant l'instance, sont de peu d'utilité ;

La conclusion inéluctable est que la ligne de base normale est ambulatoire (qu'elle avance vers la terre, par exemple en cas de hausse du niveau des eaux ou d'érosion, ou vers la mer en cas par exemple d'accrétion) puisqu'elle change avec la laisse de basse mer. La doctrine majoritaire et la Commission de l'ADI ne concluent pas autrement⁷⁹. Il faut ajouter que le caractère ambulatoire des lignes de base n'est pas limité à la ligne de base normale mais s'applique aussi aux autres lignes de base, eu égard au mode de leur construction identifié plus haut⁸⁰. Ni les premières analyses doctrinales sur les conséquences de la montée du niveau des mers, ni l'ADI ne diffèrent sur ce point⁸¹. Ainsi, la Cour internationale de justice dans l'affaire *Nicaragua c. Honduras*, rejeta un point de base retenu par le Honduras dans son système de lignes de base droites, dans la mesure où ce point ne se trouvait plus à l'embouchure d'un fleuve, alors que ses coordonnées géodésiques étaient décrites comme tel dans la législation du Honduras⁸². On note ainsi plus généralement que, bien que la Convention n'indique pas dans ses articles 5 ou 16 à quelle fréquence les cartes ou liste de coordonnées doivent être actualisées, il arrive un moment où les cartes et listes ne correspondent plus raisonnablement à la réalité au sol⁸³. En tout état de cause, c'est la réalité physique qui prime en cas de litige, par exemple quand il s'agit de savoir dans quel espace maritime un acte concret a eu lieu.

La limite extérieure des zones maritimes de l'État côtier est, de ce chef, également ambulatoire, puisqu'elle est définie en fonction d'une distance maximale par rapport à la ligne de base. Il y a deux exceptions à ce principe. L'une est temporaire : il s'agit des lignes de base droites qui, dans le cas d'une côte extrêmement instable en raison d'un delta et d'autres caractéristiques naturelles, peuvent rester en vigueur même en cas de recul ultérieur de la laisse de basse mer, tant qu'elles n'ont pas été modifiées par l'État côtier (article 7(2)). L'autre est apparemment permanente : il s'agit de l'article 76(8) qui indique que les limites fixées par un État côtier sur la base des recommandations de la CLPC sont définitives. Ces deux dispositions sont examinées plus loin.

C. Solutions possibles en cas de menaces sur les lignes de base causées par la montée du niveau des mers

1. Quelles sont ces menaces ?

La menace la plus sévère est la disparition de terres. Des études scientifiques récentes montrent que le taux actuel de la hausse du niveau des mers est globalement de 3,4 mm par an⁸⁴. Ce taux n'est pas uniforme ; en Micronésie, par exemple, ou plusieurs îles ont disparu ou se sont trouvées transformées par la montée des eaux, le taux moyen fut de 10-12 mm par

elle estima que ce sont les éléments de preuve contemporains qui sont pertinents : *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 644, § 35-36.

79 *Supra*, note 75, p. 426.

80 *Supra*, III.1.

81 *Supra*, note 75, p. 414.

82 *Différend territorial et maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes (Nicaragua c. Honduras)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2007, p. 743, § 278.

83 Ainsi la règle 27 du chapitre 5 de la convention internationale pour la sauvegarde de la vie humaine en mer (The International Convention for the Safety of Life at Sea, SOLAS) indique que les cartes marines et les publications nautiques doivent être appropriées et tenues à jour.

84 <https://climate.nasa.gov/news/2680/new-study-finds-sea-level-rise-accelerating/> (13 février 2018).

an entre 1993 et 2012⁸⁵. Aux îles Salomon, des données s'étendant de 1947 à 2014 montrent que cinq îles à végétation ont disparu pendant la période et que six autres ont connu un retrait très prononcé de la côte⁸⁶. Deux mille îles indonésiennes pourraient disparaître d'ici à 2030⁸⁷. À titre d'exemple, l'élévation moyenne au Tuvalu, aux îles Marshall et à Kiribati est de 2 m⁸⁸. La disparition d'une île, ou d'une partie de côte, signifie que la ligne base normale disparaîtra aussi puisqu'il n'y a plus de laisse de basse mer. L'engloutissement d'un Haut-Fond Découvrant (HFD)⁸⁹ se trouvant (entièrement ou en partie) à une distance (du continent ou d'une île) inférieure à la largeur de la mer territoriale de l'État côtier aura aussi pour conséquence que la laisse de basse mer sur ce HFD ne pourra plus être prise comme ligne de base pour mesurer la largeur de la mer territoriale (article 13(1)). Les lignes de base droites se trouvent aussi affectées⁹⁰ : ainsi, la disparition d'îles peut modifier la configuration du chapelet d'îles le long de la côte qui permet à l'État de tracer des lignes de base droites selon l'article 7(1). Plusieurs PEID-P, s'étant déclarés États archipels selon la partie IV de la Convention⁹¹, bénéficient de la possibilité de tracer des lignes de base archipélagiques droites, dont le tracé sera modifié par la disparition de points de base. Leur disparition peut aussi avoir pour conséquence que la longueur maximale des lignes de base ou le rapport de la superficie des eaux à celle des terres, ou encore le tracé en fonction du contour général de l'archipel peuvent se trouver modifiés⁹². De plus, les articles 7 et 47 permettent l'utilisation des HFD comme points de base sous certaines conditions⁹³. Mais la Convention ne permet pas l'utilisation de points de base submergés⁹⁴. La Convention, cependant, ne requiert pas de méthode spécifique pour déterminer la marée haute ou la marée basse. L'État choisi donc le moyen de calcul le plus avantageux afin de déterminer si une terre reste émergée à marée haute (une « île » selon l'article 121(1)) ou découverte à marée basse (un HFD)⁹⁵.

85 P. Nunn, A. Kohler et R. Kumar, "Identifying and assessing evidence for recent shoreline change attributable to uncommonly rapid sea-level rise in Pohnpei, Federated States of Micronesia, Northwest Pacific Ocean", *Journal of Coastal Conservation*, vol. 21, 2017, p. 721.

86 S. Albert *et al.*, "Interactions between sea-level rise and wave exposure on reef island dynamics in the Solomon Islands", *Environmental Research Letters*, vol. 11, no. 5 (mai), 2016, p. 1.

87 https://www.dni.gov/files/documents/2010%20Conference%20Report_Southeast%20Asia_The%20Impact%20of%20Climate%20Change%20to%202030.pdf

88 https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/fields/print_2020.html

89 D'après l'article 13(1) de la Convention, un HFD est une élévation naturelle de terrain entourée par la mer, découverte à marée basse et recouverte marée haute.

90 Environ 50 % des États côtiers utilisent un système de lignes de base droites ; par exemple Kiribati, Nauru ou le Vanuatu dans le Pacifique Sud. Les lignes de base droites sont par nature moins vulnérables à la montée du niveau des mers, puisque qu'elles requièrent une sélection de certains points de base appropriés.

91 Fidji, Kiribati, îles Marshall, Papouasie-Nouvelle-Guinée, îles Salomon, Tuvalu, Vanuatu : voir http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/PDFFILES/table_summary_of_claims.pdf.

92 Article 47(1)-(3). Pour un examen de la partie IV et du tracé des lignes de base archipélagiques droites, citons pour tous V. Cogliati-Bantz, "Archipelagic States and the New Law of the Sea", in Lilian del Castillo (ed.), *Law of the Sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, p. 299-317.

93 L'article 7(4) exige l'existence d'un phare ou installation similaire émergée en permanence, ou la reconnaissance internationale générale du tracé des lignes de base droites. L'article 47(4) demande soit la présence de phares ou installations similaires émergées en permanence ou bien que le HFD (les « récifs découvrants » de l'article 47(1)) soit situé, entièrement ou en partie, à une distance de l'île la plus proche ne dépassant pas la largeur de la mer territoriale.

94 Les États-Unis ont ainsi protesté contre l'utilisation par les Seychelles de points de base en mer : voir <https://www.state.gov/documents/organization/221872.pdf>, p. 4.

95 Voir South China Sea Arbitration (Philippines / People's Republic of China), Award of 12 July 2016, p. 133, § 311.

La disparition complète d'un territoire et donc des espaces maritimes qu'il génère n'est que le stade final de la menace sur les terres ; ainsi, la configuration de la côte peut se voir modifiée sous l'effet de la montée du niveau des eaux, accompagnée souvent d'érosion ou de subsidence hydro-isostatique de la sédimentation littorale. Ceci peut par exemple affecter l'échancrure d'une baie ou la distance des laisses de basse mer aux points d'entrée naturels de la baie et donc la ligne de délimitation (article 10 de la Convention). Le recul de la terre signifie plus généralement le recul des zones maritimes, mais l'effet sur une zone aussi vaste que la ZEE sera minimal⁹⁶. Cependant, l'effet sera plus préoccupant lorsque la transgression marine affecte le statut des formations terrestres. Ainsi, une île déjà basse peut se voir transformée en HFD, dont l'utilisation dans le système de lignes de base est, comme on l'a vu, soumise à des critères bien spécifiques. Subissant les conséquences environnementales de la montée des mers, une île pourrait aussi se voir changée en rocher qui ne se prête pas à l'habitation humaine ou à une vie économique propre, et donc perdre la capacité de générer une ZEE et un plateau continental (article 121(3))⁹⁷. L'arbitrage entre les Philippines et la Chine dans l'affaire de la Mer de Chine méridionale offre cependant une modération salutaire du point de vue des PEID⁹⁸.

Enfin, la Convention permet à l'État côtier, s'agissant de parties insulaires d'une formation atolienne ou d'îles bordées de récifs frangeants, de choisir, comme ligne de base, la laisse de basse mer sur le récif, côté large (article 6). Les États archipels, quant à eux, peuvent, aux fins du calcul du rapport de la superficie des eaux à la superficie des terres, considérer comme faisant partie des terres les eaux situées en deçà des récifs frangeants bordant les îles et les atolls, ainsi que toute partie d'un plateau océanique à flancs abrupts entièrement ou presque entièrement cernée par une chaîne d'îles calcaires et de récifs découvrants (article 47(7)). La montée du niveau des mers peut donc aussi affecter les systèmes de lignes de base établis selon ces dispositions, par exemple, si les récifs se trouvent interrompus (en autres par submersion ou érosion) : bien que l'État côtier puisse raisonnablement joindre des parties discontinues de récifs par des lignes droites⁹⁹, il arrive un moment où l'écart est tel qu'il ne semble pas raisonnable de considérer les eaux en deçà du récif comme eaux intérieures (cas

96 La largeur maximale de la ZEE est de 200 milles marins des lignes de base: article 57 de la Convention.

97 Ainsi S. Kaye, "The Law of the Sea Convention and Sea Level Rise after the South China Sea Arbitration", *International Law Studies*, vol. 93, 2017, p. 429 (perte de terres arables due à l'infiltration d'eau de mer) ou E. Bird et V. Prescott, "Rising Global Sea Levels and Maritime Claims", *Marine Policy Reports*, vol. 1, 1989, p. 186 (perte des dépôts de guano sur une île basse). Les controverses entourant la définition des « rochers » selon l'article 121 vont au-delà des limites du présent article.

98 Le tribunal arbitral indiqua que le statut d'une île ou d'un rocher s'examine à la lueur de conditions naturelles et selon des critères qualitatifs, quantitatifs et temporels ; en cas de doute, la preuve la plus solide de la capacité à se prêter à l'habitation ou à une vie économique propre, est fournie par l'utilisation (ou non) qui a été faite du rocher dans le passé. Le tribunal considéra cependant qu'une formation insulaire ne perd pas forcément sa qualité d'île au sens de l'article 121 quand elle s'est dépeuplée, même sur une longue période, à cause d'événements externes tels que la guerre ou les dommages environnementaux. Voir V. Cogliati-Bantz, "The South China Sea Arbitration", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 31, 2016, p. 767-768. De tels dommages peuvent être occasionnés par la montée des eaux.

99 Ainsi, la section 5 du *Tokelau (Territorial Sea and Exclusive Economic Zone) Act 1977* : « La ligne de base à partir de laquelle est mesurée la largeur de la mer territoriale est la laisse de basse mer sur le récif, côté large, sauf qu'en cas de rupture ou de passage à travers ou au-dessus du récif, la ligne de base est une ligne droite reliant les points d'entrée de cette rupture ou passage » (traduction de l'auteur). Voir par exemple R. Hodgson et R. Smith, "The Informal Single Negotiating Text (Committee II). A Geographical Perspective", *Ocean Development and International Law*, vol. 3, 1976, p. 230.

de l'article 6) ou comme faisant partie des terres (cas de l'article 47(7))¹⁰⁰. Bien que des études scientifiques passées indiquent que la croissance des coraux serait en fait stimulée par une hausse modérée des mers¹⁰¹, on sait aujourd'hui que l'accrétion des récifs coralliens est aussi entravée par la montée de la température de l'eau, l'acidification des océans et les maladies¹⁰².

2. Méthodes matérielles de protection des lignes de base

Rien n'interdit à l'État côtier de prendre des mesures de protection des côtes, et donc de la laisse de basse mer ou des points de base. On en veut pour preuve le fait que les installations permanentes faisant partie intégrante d'un système portuaire, qui s'avancent le plus vers le large, sont considérées comme faisant partie de la côte¹⁰³. En 1956, la Commission du Droit international avait indiqué que « les constructions permanentes situées sur les côtes et se prolongeant en mer, comme les [...] ouvrages servant à la protection des côtes contre la mer, sont assimilées aux installations portuaires »¹⁰⁴. Le secrétariat de l'ONU avait inclus dans le système portuaire les jetées, épis, quais, terminaux, digues¹⁰⁵. La commission des lignes de base de l'ADI nota que, même s'il restait à déterminer si les ouvrages de protection des côtes qui ne font pas partie d'un système portuaire sont assimilés aux ouvrages portuaires selon l'article 11, ou sont considérés comme la « côte » d'après l'article 5, la pratique internationale les reconnaît clairement comme formant partie de la côte¹⁰⁶. Ainsi 17 % de la côte néerlandaise comportent des éléments protecteurs artificiels¹⁰⁷. Le Gouvernement néerlandais indiqua à l'ONU qu'il continuerait d'« agir » pour protéger le territoire contre de nouvelles hausses du niveau des eaux, et qu'il partagera volontiers ses connaissances avec d'autres pays, en particulier dans le monde en développement¹⁰⁸. De multiples projets de protection côtière peuvent être recensés au bénéfice des PEID-P, par exemple au Kiribati¹⁰⁹, à Tonga¹¹⁰, aux îles

100 Voir UN Office for Ocean Affairs and the Law of the Sea, 1989, *Baselines: An Examination of the Relevant Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, New York, United Nations, p. 12, § 27 et p. 37, § 85. Voir ainsi l'appréciation par les États-Unis des lignes de délimitation aux îles Fidji, <https://www.state.gov/documents/organization/58567.pdf>, p. 4.

101 Ainsi A. Neumann et I. Macintyre, "Reef Response to Sea Level Rise: Keep-up, Catch-up or Give-up", in C. Gabrie, J. L. Toffart et B. Salvat (eds.), *Proceedings of the Fifth International Coral Reef Congress*, vol. 3, Tahiti, 1985, p. 105-110.

102 Voir notamment <http://www.reefresilience.org/coral-reefs/stressors/climate-and-ocean-change/sea-level-rise/>

103 Article 11 de la Convention. La laisse de basse mer sur ces installations est donc la ligne de base. On voit mal comment les installations portuaires pourraient être assimilées à la côte alors que les mesures artificielles de protection de la côte ne le seraient pas.

104 Doc. A/3159, « Rapport de la Commission sur les travaux de sa huitième session », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1956, vol. II, p. 269 (commentaire sur l'article 8 du projet d'articles, identique à l'article 8 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë, lui-même identique en substance à l'article 11 de la Convention).

105 *Supra*, note 100, p. 34, 56 (incluant aussi des structures détachées de la côte comme les murs brise-lames).

106 *Supra*, note 75, p. 420. Les travaux de poldérisation sont en dehors du cadre de cette étude. La Commission de l'ADI n'a eu aucune difficulté pour conclure que la ligne de base peut être repoussée vers la mer par de tels travaux : *ibid.*, p. 421. On devrait cependant approcher la question avec grande prudence.

107 Ch. Carleton, "Problems Relating to Non-Natural and Man-made Basepoints under UNCLOS", in C. Simmons (ed.), *Selected Contemporary Issues in the Law of the Sea*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2011, p. 43.

108 Doc. S/PV.5663, « Conseil de sécurité », 5 663^e séance (17 avril 2007), p. 24.

109 Government of Kiribati, *Kiribati Development Plan 2016-19*, p. 12.

110 http://ccprojects.gsd.spc.int/wp-content/uploads/2016/01/web1-Project_Brief_USAID_ISACC.pdf.

Marshall¹¹¹ ou au Vanuatu¹¹². Un rapport récent de l'ONU (mai 2018) fait état de 133 projets au bénéfice PEID-P dans les domaines côtiers et maritimes, notamment la protection des côtes¹¹³. Les renforcements des côtes, cependant, ne sont pas sans leurs effets nuisibles ou pervers. Ainsi, la construction de murs de protection peut interrompre les flux de sédiments, et entraver le taux de calcification du corail et donc l'adaptabilité des récifs coralliens à la hausse du niveau des eaux¹¹⁴. Un mur brise-lames peut conduire à l'érosion des plages par les vagues qui claquent contre lui, ou encore avoir des conséquences négatives sur le tourisme¹¹⁵. Au bout du compte, les coûts de renforcement des lignes de base devront être mis en rapport avec les bénéfices que la portion de zone maritime qu'elles contribuent à générer apporte¹¹⁶.

Si les côtes peuvent être conservées, la même logique indique que rien ne semble interdire le renforcement d'une île ou d'un HFD par des moyens artificiels, car on voit mal pourquoi l'État serait privé de la faculté de préserver ses avantages, pour autant qu'ils n'aient pas été obtenus par la mauvaise foi ou l'abus de droit¹¹⁷. On pourrait donc distinguer les cas de transformation artificielle d'un HFD en île, ou de récifs submergés en HFD ou en île¹¹⁸, des situations où l'État consolide ou protège une île, un rocher ou un HFD sans en changer le statut¹¹⁹. Ainsi le Japon, à grands frais, préserva les îlots Okinotori (variant de 1,5 à 7,5 m²) de l'érosion avec des barrages métalliques pour préserver la ZEE de 400 000 km² autour de l'atoll¹²⁰. La controverse avec la Chine et la Corée sur le sujet ne concerne pas en soi le renforcement des îlots mais leur statut, même à l'état naturel, d'après l'article 121(1) ou 121(3) de la Convention¹²¹. L'existence d'une dispute a donc empêché la CLPC de prendre une décision sur

111 http://ccprojects.gsd.spc.int/wp-content/uploads/2016/06/GCCA-PSIS-Country-evaluation-report-RMI_FINAL_220516.pdf.

112 http://www.un.org/depts/los/consultative_process/icp18_presentations/barnerias.pdf.

113 https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/18577Review_of_Partnerships_for_SIDS.pdf

114 A. Webb et P. Kench, "The dynamic response of reef islands to sea-level rise: Evidence from multi-decadal analysis of island change in the Central Pacific", *Global and Planetary Change*, vol. 72, 2010, p. 244. Les deux scientifiques montrent que sur 27 atolls étudiés pendant une période s'étendant entre 19 et 61 ans, 86 % des îles sont restées stables ou ont augmenté en superficie ; 14 % ont décliné en taille. L'érosion d'une partie de la côte peut se voir compensée par l'accrétion d'une autre : *ibid.*, p. 234. Cependant, le déplacement des populations et des infrastructures d'une côte à l'autre n'est pas toujours facile, notamment dans des territoires exigus.

115 J. Stoutenburg, *Disappearing Island States in International Law*, Leiden/Boston, Nijhoff/Brill, 2015, p. 162-164. Pour une étude détaillée des différentes méthodes de protection, des coûts et des effets environnementaux, voir <https://www.theprif.org/documents/regional/other/guidance-coastal-protection-works-pacific-island-countries>.

116 Par exemple, A. Soons, "The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries", *Netherlands International Law Review*, vol. 37, 1990, p. 231.

117 Article 300 de la Convention. Tout dépend donc du statut de la formation en cause *avant* que soient entrepris les moyens artificiels de renforcement. Voir à ce sujet la sentence arbitrale sur la Mer de Chine méridionale, *op. cit.*, § 305-306, 511.

118 Voir même de création naturelle indirecte d'une île par des moyens artificiels, tels qu'une explosion artificielle qui causerait une éruption volcanique formant une île : par exemple N. Papadakis, *The International Legal Regime of Artificial Islands*, Leiden, Sijthoff, 1977, p. 93.

119 Ainsi C. Symmons, "Some Problems Relating to the Definition of 'Insular Formations' in International Law: Islands and Low-Tide Elevations", *IBRU Maritime Briefing*, vol. 1, 1995, No. 5, p. 3; D. Freestone et J. Pethick, "Sea Level Rise and Maritime Boundaries", in Gerald Blake (ed.), *Maritime Boundaries*, London, Routledge, 1994, p. 76.

120 Voir A. Silverstein, "Okinotorishima: Artificial Preservation of a Speck of Sovereignty", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 16, 1990, p. 409-432.

121 Voir la communication par la République de Corée (27 février 2009), http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpno8/kor_27feb09.pdf, et celle par la République populaire de Chine (6 février 2009), http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/jpno8/chn_6feb09_e.pdf.

la zone concernée¹²². En 2008, des scientifiques indonésiens indiquaient au comité consultatif sur le droit de la mer de l'OHI que certaines petites îles importantes pour les points de base du système de lignes de bases archipélagiques droites, devraient être protégées contre les risques naturels¹²³.

IV. SOLUTIONS JURIDIQUES

A. Côtes instables

Certains suggèrent parfois de faire usage de l'article 7(2) de la Convention au bénéfice des États qui font face à la hausse du niveau des mers¹²⁴. Ceci n'est pourtant pas justifié, ni au regard du texte de l'article 7(2) ni de son but¹²⁵. L'article 7(2) indique :

Là où la côte est extrêmement instable en raison de la présence d'un delta et d'autres caractéristiques naturelles, les points appropriés peuvent être choisis le long de la laisse de basse mer la plus avancée et, même en cas de recul ultérieur de la laisse de basse mer, ces lignes de base droites restent en vigueur tant qu'elles n'ont pas été modifiées par l'État côtier conformément à la Convention.

Même si on admet que l'applicabilité du paragraphe 2 de l'article 7 n'est pas soumise aux conditions du paragraphe 1 (côte profondément échancrée et découpée, ou présence d'un chapelet d'îles le long de la côte)¹²⁶, les conditions requises ne semblent pas remplies par la hausse du niveau des mers. La montée des eaux est très progressive, il est donc difficile de prétendre que la côte est rendue « extrêmement instable »¹²⁷. De plus, l'instabilité (érosion/sédimentation fluctuante et rapide) doit être causée par un « delta et d'autres caractéristiques naturelles ».

122 Commission on the Limits of the Continental Shelf, *Summary of recommendations of the Commission on the limits of the continental shelf in regard to the submission made by Japan on 12 November 2008* (19 April 2012), § 15-20. Les efforts islandais afin de renforcer l'îlot de Kolbeinsey dans les années 1980 ne semblent plus justifiés après l'adoption d'un accord de délimitation maritime (en 1997) avec le Danemark (Groenland) qui trace une ligne médiane entre les deux pays. L'îlot devrait être englouti d'ici à 2020 : voir <http://icelandreview.com/news/2011/08/29/icelands-northernmost-point-vanish-2020>.

123 https://www.iho.int/mtg_docs/com_wg/ABLOS/ABLOS_Conf5/Papers/Session6-Paper2-Patmasari.pdf, p. 7 8.

124 Par exemple R. Rayfuse, "Sea Level Rise and Maritime Zones", in Michael Gerrard et Gregory Wannier, *Threatened Island Nations. Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 181-182.

125 Dans ce sens D. Freestone et J. Pethick, "Sea Level Rise and Maritime Boundaries", in Gerald Blake (ed.), *Maritime Boundaries*, London, Routledge, 1994, p. 75.

126 Une telle soumission est avancée par le secrétariat de l'ONU, *supra* note 100, p. 24, § 48. Elle est basée sur le fait que les deux paragraphes ne faisaient qu'un seul dans des versions antérieures de la Convention (*ibid.*, p. 24, note 9), et que le paragraphe 2 mentionne « les points appropriés », qui semblent référer aux « points appropriés » du paragraphe 1. Elle est reflétée par une certaine pratique : voir <https://www.state.gov/documents/organization/58230.pdf>, p. 11. L'interprétation opposée peut être adoptée en mettant en avant le fait que les fondements du paragraphe 2 sont différents du paragraphe 1 et que les deux paragraphes sont bien séparés (International Law Association, Committee on baselines, *Report of the seventy-sixth Conference (Washington, 2014)*, p. 225-226, § 62). De plus, le Bangladesh, qui inspira cette disposition pour le delta du Ganges, l'envisagea séparément (le delta du Ganges ne remplit pas les conditions du paragraphe 1) : voir notamment M. Hoque Muhammad, *The Legal and Scientific Assessment of Bangladesh's Baseline in the Context of Article 76 of the United Nations Convention on the Law of the Sea*, New York, United Nations, 2006, p. 66-67.

127 Voir dans ce sens F. P. Shepard, "Classification and Changing Coastlines", *Geoscience and Man*, vol. 14, 1976, p. 53.

Les conditions semblent donc être cumulatives : le delta¹²⁸ en soi ne suffit pas. Par exemple, la mousson et les tempêtes peuvent constituer les autres caractéristiques naturelles. La version russe de la Convention est la seule qui contient l'alternative « ou »¹²⁹. Même si on considère que le but de l'article 7(2) est mieux servi par une lecture alternative plutôt que conjonctive¹³⁰, et que le « recul ultérieur de la laisse de basse mer » se produit évidemment aussi en cas de hausse du niveau des mers, il demeure que l'article 7(2) ne répond pas aux besoins des PEID-P. En tout état de cause, les points de base de l'article 7(2), même s'ils peuvent rester en vigueur en cas de régression de la côte (et donc se trouver submergés)¹³¹, devront finalement être modifiés par l'État côtier selon le texte de l'article¹³².

B. « Gel » des titres sur les espaces maritimes

1. Une pratique existe-t-elle ?

Depuis quelques années, les PEID-P ont accéléré, dans leur législation, l'adoption des points de base et donc de leurs lignes de base¹³³. Il faut remarquer que ces États définissent aussi les limites extérieures des zones maritimes (mer territoriale, zone contiguë, ZEE ou plateau continental), avec coordonnées géodésiques et cartes illustratives à l'appui. C'est ainsi le cas des îles Marshall¹³⁴, de Kiribati¹³⁵, Nioué¹³⁶, Palau¹³⁷, ou encore des îles Cook¹³⁸ ou de Tuvalu¹³⁹. On voit mal en quoi la détermination, par coordonnées géographiques, des limites extérieures des zones maritimes, constituerait une pratique par laquelle les limites des zones maritimes seraient ainsi « fixées », leur donnant par là une « présomption de permanence »¹⁴⁰. Certains

128 Qu'on peut définir comme une zone d'accumulation alluviale, de forme souvent triangulaire, à l'embouchure d'un cours d'eau.

129 Le changement de « ou » à « et » dans les versions précédentes anglaises de l'article 7 fut fait en 1976.

130 En ce sens, S. McDonald et V. Prescott, "Baselines along Unstable Coasts: An Interpretation of Article 7 (2)", *Ocean Yearbook*, vol. 8, 1989, p. 79.

131 Les points de base ne peuvent se trouver en mer avant le recul de la laisse de basse mer. Ainsi, la législation du Bangladesh de 1974 qui tire des lignes de base droites à partir de points de base en mer dans le golfe du Bengal n'est pas compatible avec l'article 7.

132 Voir notamment R. Churchill et A. Lowe, *The Law of the Sea*, 3^e ed., Manchester, Manchester University Press, 1999, p. 38 ; A. Soons, "The Effects of a Rising Sea Level on Maritime Limits and Boundaries", *Netherlands International Law Review*, vol. 37, 1990, p. 220.

133 Le dernier en date étant Samoa : "Maritime Zones Order 2017 (14 décembre 2017)", révisant la législation de 2014.

134 Maritime Zones Declaration Act 2016 et Declaration of Baselines and Maritime Zones Outer Limits 2016.

135 Territorial Sea Baselines Regulations 2014, Baselines Around the Archipelagos Regulations 2014, Territorial Sea Outer Limits Regulations 2014, Contiguous Zones Outer Limits Regulations 2014, Exclusive Economic Zone Outer Limits Regulations 2014.

136 Territorial Sea Baseline Notice 2013, Territorial Sea Outer Limits Notice 2013, Contiguous Zone Outer Limits Notice 2013, Exclusive Economic Zone Outer Limit Notice 2013, Continental Shelf Outer Limit Notice 2013.

137 Doc. M.Z.N. 62. 2008. LOS, Maritime Zone Notification (24 juin 2008).

138 Exclusive Economic Zone (Outer Limit) Order 2012.

139 Declaration of Archipelagic Baselines 2012, Declaration of Territorial Sea Baselines 2012, Declaration of the Outer Limits of the Territorial Sea 2012, Declaration of the Outer Limits of the Exclusive Economic Zone 2012, Declaration of the Outer Limits of the Continental Shelf 2012.

140 R. Rayfuse, "Sea Level Rise and Maritime Zones", in Michael Gerrard et Gregory Wannier, *Threatened Island Nations. Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 183, 185. En tout état de cause, cela s'accorde mal avec l'idée qu'une nouvelle règle de droit est nécessaire pour fixer les limites maritimes de manière permanente : *ibid.*, p. 187. Une critique similaire est adressée par J. Stoutenburg, *Disappearing Island States in International Law*, Leiden/Boston, Nijhoff/Brill, 2015, p. 201-203.

ont prétendu qu'il s'agit là « d'un effort régional coordonné afin de sécuriser les limites maritimes des PEID-P potentiellement menacés par la montée du niveau des mers »¹⁴¹. Si tel est le cas, ce n'est pas apparent dans les législations concernées. De plus, on note, d'une part, que certains États de la région établirent de longue date les limites extérieures de leur ZEE¹⁴². D'autre part, les États ont l'obligation d'indiquer, sur des cartes marines ou par liste des coordonnées géographiques, les lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale ou les limites qui en découlent. Les États doivent aussi déposer ces cartes ou listes auprès du secrétaire général de l'ONU¹⁴³. Cette obligation s'applique aussi pour les lignes de délimitations entre États dont les côtes sont adjacentes ou se font face¹⁴⁴. Ces lignes de base et accords de délimitation dans le Pacifique Sud sont développés avec l'assistance du projet « Pacific Maritime Boundaries », un partenariat entre la Communauté du Pacifique, le gouvernement australien, l'Agence des pêcheries du Forum des îles du Pacifique, le Global Resource Information Data Network, le secrétariat du Commonwealth et l'université de Sydney¹⁴⁵. Certaines publications officielles et déclarations récentes associent l'établissement des limites extérieures des espaces maritimes avec une réponse juridique contre les effets de la montée du niveau des mers. Ainsi en 2014, dans la déclaration de Palau, des dirigeants du Forum des îles du Pacifique avaient « demandé des efforts régionaux accrus pour fixer les lignes de base et les frontières maritimes afin d'assurer que les conséquences du changement climatique et de la hausse des mers ne diminuent pas la juridiction [maritime] »¹⁴⁶. En 2015, un groupe de dirigeants polynésiens (îles Cook, Nioué, Polynésie française, Samoa, Tokelau, Tonga, Tuvalu) appela les États parties à la Convention-cadre sur les changements climatiques à « reconnaître, dans le cadre de la Convention [...], l'importance des [ZEE] pour les États et Territoires insulaires polynésiens [...] et fixer de manière permanente les lignes de base établies en accord avec la [Convention] sans tenir compte de la hausse du niveau de l'océan »¹⁴⁷. En 2017, le secrétariat du Commonwealth indiqua que le dépôt des cartes marines ou des listes des coordonnées géographiques « renforcera la position des PEID-P face à la perte des espaces maritimes due à la montée des mers »¹⁴⁸. En mars 2018, huit dirigeants de PEID-P s'accordèrent à « poursuivre la reconnaissance juridique des lignes de base établies selon la Convention pour qu'elles demeurent en l'état sans prendre en compte les effets de

141 D. Freestone et C. Schofield, "Current Legal Developments. Republic of the Marshall Islands", *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 31, 2016, p. 740. Traduction de l'auteur.

142 Ainsi, les îles Fidji (Marine Spaces (Archipelagic Baselines and Exclusive Economic Zone) Order 1981) et Nauru (Proclamation of 12 August 1997 Providing the Geographical Coordinates of Points for the drawing of the Straight Baselines and Outer Limits of the Territorial sea, Contiguous Zone and Exclusive Economic Zone).

143 Articles 16 et 75. Fidji par exemple ne remplit ses devoirs de dépôt qu'en 2007. Quarante-et-un États côtiers ont rempli leurs obligations de dépôt. Il n'y a donc aucune spécificité des PEID-P à cet égard : voir <http://www.un.org/Depts/los/LEGISLATIONANDTREATIES/depositpublicity.htm>.

144 Ainsi, Samoa (*supra*, note 133) a publié les limites extérieures de sa mer territoriale et de sa zone contiguë, mais pas de sa ZEE car il n'a pas encore finalisé les accords de délimitation maritime avec ses voisins.

145 Robyn Frost *et al.*, "Redrawing the Map of the Pacific", *Marine Policy*, vol. 95, 2018, p. 302. Il s'agissait au départ d'établir les limites des ZEE dans le but de distribuer les droits de pêche d'après le traité de 1987 avec les États-Unis (Treaty on Fisheries between the Governments of Certain Pacific Island States and the Government of the United States of America).

146 <http://www.forumsec.org/wp-content/uploads/2017/11/2014-Palau-Declaration-on-%E2%80%98The-Ocean-Life-and-Future%E2%80%99.pdf>, § 10 (traduction de l'auteur).

147 Déclaration de Taputapuātea (6 juillet 2015), <http://archives2.presidence.pf/files/PLG/PLG%20-%20Polynesian%20PACT%20FR%20HD.PDF>.

148 Commonwealth Secretariat, 2017, *Ocean Governance: Our Sea of Islands*, London, p. 19. Traduction de l'auteur.

la montée du niveau des océans »¹⁴⁹. Contrairement à la Commission de l'ADI, on a du mal à voir dans ces déclarations une preuve de développement d'une pratique régionale visant à immuniser les espaces maritimes contre les effets des changements climatiques¹⁵⁰. On peut certainement parler d'une pratique visant à identifier les craintes des PEID-P, mais pas d'une pratique, ni régionale ni internationale, visant à geler les limites des zones maritimes. Même si les rudiments d'une telle pratique existaient, les interrogations posées à l'ONU sur les conséquences de la montée des océans et les requêtes d'examen par les organes compétents, interdisent de pouvoir identifier une quelconque *opinio juris* et donc une règle coutumière. Il est aussi impossible, à ce stade, et malgré l'allusion faite par la Commission de l'ADI, de déceler une « pratique ultérieurement suivie » dans l'application de la Convention par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation de la Convention¹⁵¹. En tout état de cause, il est présumé que la pratique ultérieure se situe dans le cadre du traité en cause, et ne vise point à le modifier¹⁵².

2. Modalités de gel des espaces maritimes

Les propositions en vue de fixer les limites des zones maritimes sont fondées sur le caractère ambulateur de ces limites. La seule exception à ce principe est la limite du plateau continental : quand cette limite s'étend au-delà de 200 milles marins et est basée sur les recommandations de la CLPC, elle est définitive et obligatoire (article 76(8)). Cette disposition spéciale s'explique par les coûts très élevés de préparation de la demande au titre de l'article 76, et les besoins de sécurité juridique des investisseurs¹⁵³. Les limites établies ne doivent donc pas changer en fonction de nouveaux levés géologiques ou d'altération de la ligne de côte¹⁵⁴. De plus, la stabilisation des limites du plateau continental est essentielle au regard de la compétence de l'Autorité¹⁵⁵ et des contractants. De nombreux PEID-P ont à ce jour déposé leur demande auprès de la CLPC. La même logique s'applique au plateau continental quand le rebord externe de la marge continentale se trouve à une distance inférieure à 200 milles marins des lignes de base : comme dans le cas précédent, la limite extérieure du plateau continental est indiquée de façon « permanente » par des cartes et données géodésiques remises à

149 Delap Commitment on Securing Our Common Wealth of Oceans – reshaping the future to take control of the fisheries, cité in International Law Association, Sydney Conference (2018), International Law and Sea Level Rise, Report, p. 16, http://www.ila-hq.org/images/ILA/DraftReports/DraftReport_SeaLevelRise.pdf. Traduction de l'auteur.

150 *Ibid.*, p. 18. La Commission s'appuie sur l'interprétation par Freestone et Schofield (tous deux membres de la commission) de l'intention des États : *ibid.*, p. 17 et Freestone et Schofield, *op. cit.*, p. 740-741. Si une telle intention existe, elle n'est pas exprimée dans les législations concernées : voir sur ce point Kaye, *op. cit.*, p. 444.

151 Article 31(3)(b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Voir *supra*, note 149, p. 18. Une telle pratique, quand elle existe, doit établir « l'accord de toutes les parties au traité » (souligné par l'auteur) : Doc. A/73/10, « Projet de conclusions sur les accords et la pratique ultérieurs dans le contexte de l'interprétation des traités et commentaires y relatifs », texte adopté par la Commission du droit international (2018), p. 32, § 16.

152 *Ibid.*, p. 67, § 38.

153 Ainsi, B. Oxman, "The Third United Nations Conference on the Law of the Sea: The Ninth Session", *American Journal of International Law*, vol. 75, 1981, p. 230.

154 Commission on Marine Science, Engineering and Resources, *Our Nation and the Sea. A plan for National Action*, 1969, Washington, US Government Printing Office, p. 145. C'est le pied du talus qui joue un rôle fondamental dans la définition du rebord externe de la marge continentale quand elle s'étend au-delà de 200 milles marins : article 76(4). La distance aux lignes de base et la profondeur jouent un rôle au stade des lignes de contrainte : article 76(5).

155 Articles 1(1)(1) et 157 de la Convention.

l'ONU et à l'Autorité (articles 76(9) et 84(2)). La hausse du niveau des mers n'affectera pas les limites extérieures du plateau continental établies selon l'article 76¹⁵⁶. On peut toutefois se demander si, en cas de disparition complète d'une île, la limite extérieure demeurera en vertu de l'article 76. Cette solution est préconisée par Soons et par Hayashi¹⁵⁷. Malgré tout, on peut noter que c'est la souveraineté sur la masse terrestre émergée qui génère les droits souverains sur le plateau continental¹⁵⁸ et que ni les hauts-fonds découvrants ni *a fortiori* les formations submergées « ne peuvent faire l'objet d'appropriation »¹⁵⁹. La possibilité d'appropriation de vastes étendues océaniques fut la source de la querelle bien connue entre Grotius et Selden à laquelle le droit de la mer moderne a mis fin.

Déjà Caron et Soons (tous deux membres de la Commission de l'ADI) avaient recommandé le développement d'une nouvelle norme selon laquelle les espaces maritimes sont maintenus « à un moment donné »¹⁶⁰. Cette norme pourrait être conventionnelle ou coutumière, et il est aussi suggéré que le « gel » des limites maritimes pourrait se faire grâce à une interprétation libérale de l'article 7 de la Convention ou par l'affirmation d'un titre historique sur les eaux concernées¹⁶¹. Pour Caron, le gel des limites maritimes permettrait non seulement de supprimer les coûts dus à la protection ou relocalisation des points de base, mais aussi de préserver la juridiction sur les ressources dans ces zones¹⁶². La Commission de l'ADI qui examina la question ne s'écarta pas des solutions proposées dans le passé et en grande partie se borne à les répéter. Il est admis explicitement que ces solutions sont *de lege ferenda*¹⁶³. Ainsi, la Commission se demanda s'il valait mieux maintenir les lignes de base, ou bien les limites extérieures des zones maritimes et pesa le pour et le contre dans les deux cas¹⁶⁴. Dans les deux cas, la Commission identifia des violations du droit actuel¹⁶⁵ et des effets néfastes sur la sécurité de la navigation et les intérêts collectifs¹⁶⁶. Dans les deux cas, l'État côtier maintiendrait

156 Notons que la permanence des limites extérieures du plateau continental est une question différente de celle de la délimitation des plateaux continentaux entre États : voir article 76(10). Il s'agit de deux opérations distinctes. Pour les questions de délimitation, voir *infra*, IV.3.

157 A. Soons, *op. cit.*, p. 219; M. Hayashi, "Sea Level Rise and the Law of the Sea: How Can the Affected States Be Better Protected?", in Clive Schofield, Moon-Sang Kwon et Seokwoo Lee (eds.), *Limits of Maritime Jurisdiction*, Brill, 2013, p. 613-614.

158 *Supra*, note 62.

159 *Différend territorial et maritime (Nicaragua c. Colombie)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2012, p. 641, § 26.

160 A. Soons, *op. cit.*, p. 225 ; D. Caron, "When Law Makes Climate Change Worse: Rethinking the Law of Baselines in Light of Rising Sea Level", *Ecology Law Quarterly*, vol. 17, 1990, p. 647.

161 Caron, *ibid.*, p. 650-651. Caron, à juste titre, envisage des difficultés avec les deux derniers arguments. Le titre historique ne saurait naître de l'exercice de la compétence selon le droit général.

162 *Ibid.*, p. 646-647, 650.

163 International Law Association, Committee on sea-level rise, *Report of the seventy-seventh Conference (Johannesburg, 2016)*, p. 852.

164 International Law Association, Committee on sea-level rise, *Report of the seventy-eighth Conference (Sydney, 2018)*, Draft Report, p. 12-15 (disponible sur <http://www.ila-hq.org/index.php/committees>). La question avait déjà été posée par M. Hayashi, *op. cit.*, 2011, p. 196 : fixer les lignes de base de manière permanente signifie que les eaux intérieures augmenteront avec la montée des mers, tandis que fixer les limites extérieures seulement signifie que la largeur de la mer territoriale augmentera. Hayashi préfère la première solution, qui ne contredit pas les règles sur la largeur des espaces maritimes.

165 Violation notamment soit du caractère ambulatorio des lignes de base, soit des règles sur la largeur des espaces maritimes : voir *supra*, note 163, p. 859.

166 Les cartes marines devraient en tout état de cause être réactualisées pour indiquer les zones submergées ; la liberté des mers s'applique en principe dans des zones de haute mer ou ZEE du chef du recul des espaces maritimes de l'État côtier : draft report, *supra* note 164, p. 14-15.

ses espaces maritimes et éviterait de dépenser des fonds en vue de la préservation des points de base¹⁶⁷. La commission n'exprima pas de préférence mais s'accorda à penser qu'il fallait « minimiser » les changements à porter aux règles établies du droit de la mer¹⁶⁸. Elle recommanda que « les États acceptent que quand les lignes de base et les limites extérieures des espaces maritimes des États côtiers ont été établies selon les dispositions de la Convention, elles ne devraient pas être redéfinies si le changement du niveau de la mer affecte la géographie de la côte »¹⁶⁹. Ces propositions *de lege ferenda* ont certainement un but louable. Elles laissent cependant de côté un certain nombre de points importants.

Premièrement, elles ne différencient pas suffisamment précisément le retrait de la côte de la disparition de certains points de base, la disparition complète d'une île, et la disparition complète de toutes les îles. La commission s'est refusée à examiner le cas de la disparition totale du territoire de l'État, en arguant des difficultés politiques en cause, mais elle présume aussi que la personnalité de l'État continue d'exister, ainsi que ses « droits historiques » sur les espaces maritimes en cause¹⁷⁰.

Deuxièmement, ces propositions ne donnent aucune indication sur le moment où la fixation des espaces maritimes est réalisée : il n'est pas clair si la publicité donnée aux lignes de base et aux limites extérieures suffit ou si l'État doit indiquer expressément sa volonté de fixer les limites dans le temps. De plus, la conférence de l'ADI, dans sa résolution 5/2018 approuvant la recommandation de la Commission, indique que les prétentions de l'État côtier sur ses zones maritimes doivent avoir été rendues publiques « avant les changements physiques que la montée des mers apporte à la côte »¹⁷¹. Ces changements étant très graduels et inégaux, l'application du principe est rendue difficile en pratique. Il n'est pas clair non plus si l'État côtier peut à loisir modifier ses lignes de base ou limites extérieures, par exemple si la côte s'accroît vers la mer grâce à l'accumulation sédimentaire de débris de coraux : la règle demande que les lignes de base *et* les limites extérieures soient établies selon la Convention.

Troisièmement, la Commission indique que sa recommandation de maintien des espaces maritimes en l'état est basée sur l'hypothèse selon laquelle ces espaces sont conformes avec les exigences de la Convention, y compris les exigences applicables de dépôt et de publicité voulue¹⁷². Le dépôt auprès du Secrétaire-général de l'ONU et la publicité n'assurent en rien la légalité des prétentions côtières ; on doit donc se demander qui décidera de la conformité requise. Suffira-t-il qu'un État ou qu'un groupe d'États proteste contre telle ligne de base ou tel point de base pour empêcher l'État côtier de « geler » les limites de ses zones maritimes ? Faudra-t-il à chaque fois recourir au mécanisme de règlement des différends ? Et comment le problème sera-t-il réglé selon la Convention quand un État a déclaré qu'il n'accepte pas les procédures de règlement des différends en ce qui concerne, par exemple, la délimitation

167 *Ibid.*, p. 13-14.

168 *Ibid.*, p. 13.

169 *Ibid.*, p. 19.

170 *Ibid.*, p. 25.

171 http://www.ila-hq.org/images/ILA/Resolutions/ILAResolution_5_2018_SeaLevelRise.pdf.

172 Draft report, *supra*, note 164, p. 15. Caron avait proposé une procédure analogue à la CLPC, mais posait aussi la question des coûts ; voir D. Caron, "Climate Change, Sea Level Rise and the Coming Uncertainty in Oceanic Boundaries : A Proposal to Avoid Conflict", in Seoung-Yong Hong et Jon Van Dyke (eds.), *Maritime Boundary Disputes, Settlement Processes, and the Law of the Sea*, Leiden/Boston, Nijhoff, p. 15.

de zones maritimes ou les différends qui portent sur des baies ou titres historiques (article 298(1)(a) de la Convention) ? Qu'en est-il des différends au sujet de la souveraineté sur une des îles que l'État côtier utilise pour générer ses espaces maritimes ? Sont-ils des différends portant sur les exigences de la Convention ayant trait aux lignes de base et limites extérieures des espaces maritimes¹⁷³ ? En guise d'illustration, un tel différend existe déjà entre les îles Marshall et les États-Unis au sujet de l'île Wake (Enenkio)¹⁷⁴ et entre le Vanuatu et la France au sujet des îles Hunter (Leka) et Mathew (Umaenupne)¹⁷⁵.

Quatrièmement, la commission de l'ADI ne s'attarde pas sur les possibles sources de la nouvelle norme proposée *de lege ferenda*, se bornant à énumérer les solutions suggérées notamment par Hayashi, et les complexités politiques et juridiques y afférentes¹⁷⁶.

Enfin, cinquièmement, la Commission ne se préoccupe pas des causes de la montée du niveau des mers. Lors de la réunion intersession de la Commission en 2017, Soons indiqua que, selon lui, les recommandations de la Commission s'appliquaient quelles que soient les causes des changements de la configuration des côtes¹⁷⁷. La Commission fit précéder ses travaux par des remarques sur les changements climatiques au cours de l'Anthropocène ; c'est donc dans ce contexte que la hausse du niveau des mers doit se comprendre. Cependant, la montée des mers étant en partie due aux changements climatiques, eux-mêmes en partie dus à des phénomènes humains, il aurait peut-être fallu préciser les circonstances dans lesquelles la nouvelle règle recommandée s'applique et, surtout, celles où elle ne s'applique pas¹⁷⁸.

En effet, la Commission a voulu recommander une règle globale, et donc ni une règle régionale¹⁷⁹ ni une règle bénéficiant à certains États seulement. Ceux qui ont la mémoire longue auront pourtant, par exemple, à l'esprit les débats lors de la troisième Conférence sur le droit de la mer au sujet des bénéficiaires du nouveau régime sur les États archipels, que de nombreux États continentaux voulaient appliquer à leurs possessions insulaires ultramarines.

173 Voir à ce sujet *Sentence arbitrale relative au différend entre Maurice et le Royaume-Uni concernant l'aire marine protégée des Chagos, 2015, Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXXI, p. 460, § 220-221.

174 Voir Marshall Islands Declaration of Baselines and Maritime Zones Outer Limits 2016, Schedule 1, Part 2, Section F, et <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/rm.html> pour les États-Unis.

175 Voir Loi n° 6 de 2010 sur le territoire maritime (Vanuatu), article 2(a), et lettre de la France à la CLCS, http://www.un.org/depts/los/clcs_new/submissions_files/fra07/fra_letter_july2007.pdf

176 Voir *infra*, V.

177 Disponible sur <http://www.ila-hq.org/index.php/committees>, p. 5.

178 La Commission se pencha plus avant sur le sujet dans le cadre de ses travaux sur les migrations et les droits de l'homme. Elle nota que les changements climatiques agissent négativement sur les individus en combinaison avec d'autres facteurs, et qu'il est impossible d'isoler le rôle précis que la hausse de la montée des océans jouera dans un scénario donné : *supra*, note 163, p. 865. Dans sa déclaration de 2018 sur les principes de protection des personnes déplacées dans le cadre de la montée des océans, l'ADI définit l'élévation du niveau de la mer comme étant « les conséquences uniques ou combinées et cumulatives des effets du changement climatique et de l'affaissement ou de l'élévation des terres sur l'élévation du niveau de la mer en un lieu donné » : Draft report, *supra* note 164, p. 27 (traduction de l'auteur). On comprend qu'on préfère, dans ce contexte, s'attacher aux conséquences des désastres plutôt qu'à leur cause : voir "Agenda for the Protection of Cross-Border Displaced Persons in the Context of Disasters and Climate Change", p. 16, disponible sur <https://nanseninitiative.org/wp-content/uploads/2015/02/PROTECTION-AGENDA-VOLUME-1.pdf>.

179 Draft report, *supra*, note 164, p. 19.

La Conférence en décida autrement¹⁸⁰. L'ADI ne mentionne ni à quel degré la géographie de la côte doit être affectée par la hausse du niveau des mers pour que les lignes de base et limites extérieures soient légitimement maintenues en l'état ni dans quelles conditions précises la hausse des mers doit affecter la côte. On peut facilement imaginer des cas où la montée des mers servira de prétexte à solidifier des prétentions sur les espaces maritimes dans le but de masquer un différend préexistant¹⁸¹. La juridiction rampante des États côtiers n'est pas un phénomène nouveau.

3. Gel des lignes de délimitation maritime

Il existe actuellement un grand nombre d'accords de délimitation maritime dans le Pacifique Sud ; certains restent encore à négocier ou finaliser¹⁸².

On prétend souvent que les accords de délimitation maritime ou les délimitations maritimes décidées par des organes arbitraux ou judiciaires jouissent d'une stabilité qui les rend insusceptibles de changements dus aux circonstances géographiques nouvelles¹⁸³. L'exception couramment citée est le cas d'accords de délimitation stipulant uniquement la méthode de délimitation, telle que l'équidistance ou la ligne médiane. Citons ainsi la convention entre la France et Tonga du 11 janvier 1980 relative à la délimitation des ZEE¹⁸⁴. La possibilité de frontières mobiles est bien connue quand elles sont définies par référence à des formations naturelles, elles-mêmes susceptibles d'évoluer dans le temps, comme les forêts, marécages,

180 Voir V. Cogliati-Bantz, « Archipelagic States and the New Law of the Sea », in Lilian del Castillo (ed.), *Law of the Sea, from Grotius to the International Tribunal for the Law of the Sea. Liber Amicorum Judge Hugo Caminos*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2015, p. 302-304.

181 Notons, par exemple, le décret français n° 78-147 du 3 février 1978 portant création d'une ZEE de 188 milles marins au-delà de la mer territoriale de l'île de Clipperton (décret contenant une liste de coordonnées géographiques des points servant à calculer le tracé des limites extérieures de cette ZEE, et une carte). La France, qui mit la ZEE de Clipperton en exploitation en août 2005, communiqua ces coordonnées au secrétaire général de l'ONU (article 75(2) de la Convention) le 30 novembre 2010 : voir Doc. M.Z.N. 80.2010.LOS (6 décembre 2010). Par Note verbale du 14 mai 2012, le Mexique, qui considère que Clipperton est un rocher selon l'article 121(3) de la Convention, fit savoir au secrétariat général de l'ONU que le Mexique gardait « sur la zone tous les droits qui peuvent être les siens en vertu du droit international », *Bulletin du droit de la mer*, 2013, n° 79, p. 64. Par accord du 29 mars 2007, la France octroie au Mexique à titre gratuit, chaque année, dans les 200 milles marins au large des côtes de Clipperton, des licences de pêche illimitée aux navires mexicains inscrits au registre de la Commission CIATT. Un nouvel accord a été signé le 17 janvier 2017, qui cette fois interdit toute pêche dans la mer territoriale, désignée « aire marine protégée » par arrêté du 16 janvier 2017. Les autorisations de pêche sont délivrées « à titre gratuit » sur simple demande. Le Mexique doit « fournir toutes les 5 heures les données VMS des thoniers mexicains » sur zone et « communiquer pour chaque navire [...] les déclarations de captures ». L'accord crée aussi un cadre de coopération scientifique et universitaire.

182 Voir <http://www.pacgeo.org/static/maritimeboundaries/>.

183 Par exemple, J. Stoutenburg, *Disappearing Island States in International Law*, Leiden/Boston, Nijhoff/Brill, 2015, p. 203 ; A. Torres Camprubi, 2016, *Statehood under Water*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff., p. 97 ; R. Rayfuse, « Sea Level Rise and Maritime Zones », in M. Gerrard et G. Wannier, *Threatened Island Nations. Legal Implications of Rising Seas and a Changing Climate*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 167-191. p. 186 ; J. Xue, « Climate Change and the Law of the Sea », in Keyuan Zou (ed.), *Sustainable Development and the Law of the Sea*, Leiden/Boston, Brill/Nijhoff, 2016, p. 255. Voir aussi *supra*, IV.2.a.

184 D'après les articles 1 et 2, la ligne de délimitation est la ligne médiane ou d'équidistance, constituée de l'ensemble des points équidistants des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale des deux États. Selon l'article 3C, les documents cartographiques pertinents pourront faire l'objet, par échange de lettres, des corrections techniques que nécessiterait l'actualisation des données cartographiques et géodésiques disponibles.

vallées, crêtes de montagnes ou lits de rivière¹⁸⁵. Les traités de délimitation (plateau continental, ZEE) qui, bien qu'indiquant des coordonnées géodésiques, s'appuient expressément sur l'équidistance des lignes de base à partir desquelles est mesurée la largeur de la mer territoriale, semblent poser un problème analogue : même si la ligne de délimitation n'est pas en soi « mobile », il peut arriver un moment où les coordonnées ne correspondent plus à la définition de la ligne de délimitation, et un différend entre les parties peut donc surgir. Les accords tombant dans cette catégorie incluent ceux entre les États fédérés de Micronésie et Palau (2006), entre les îles Cook et Kiribati (2012) et entre les îles Cook et Nioué (2012). Il est indispensable, dans chaque cas, de déterminer si la volonté des États parties a été de fixer la ligne de délimitation de manière permanente¹⁸⁶. Il est possible qu'une telle volonté puisse être décelée dans des accords qui n'indiquent que des listes de coordonnées géodésiques dans la définition de la ligne de délimitation entre les ZEE et plateaux continentaux. De telles listes, sans inclusion de la méthode, existent dans l'accord entre les îles Marshall et les États fédérés de Micronésie (2006), entre Tuvalu et Kiribati (2012), entre les États-Unis et les îles Cook (1980), ou entre le Vanuatu et les îles Salomon (2016) (ce dernier accord mentionne une ligne qui diverge partiellement de l'équidistance). La technique des coordonnées géographiques peut effectivement mettre le tracé d'une frontière à l'abri des variations naturelles¹⁸⁷. Bien entendu, les parties sont toujours libres de réviser la ligne de délimitation par accord. À ce titre, certains traités récents mentionnent aussi la possibilité de réviser la ligne de délimitation par accord en cas de variation significative de la position des îles utilisées comme points de base¹⁸⁸, ou de la localisation des coordonnées des points de base¹⁸⁹. Ceci montre bien que les frontières maritimes ne sont pas définies dans le vide et, même si un grand nombre d'accords ne spécifient pas la méthode, ils sont dans l'immense majorité des cas basés sur une ligne d'équidistance, ou d'équidistance simplifiée, ou d'équidistance modifiée en totalité ou en partie¹⁹⁰. En d'autres termes, le fait que la méthode ne soit pas spécifiée dans le traité ne signifie pas que la méthode n'est pas identifiable dans les négociations bilatérales¹⁹¹. Tout est donc question d'interprétation du traité en cause pour déceler si la « permanence » est conditionnelle ou non.

185 Voir D. Bardonnet, « Les frontières terrestres et la relativité de leur tracé », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 153, 1976, p. 83. D'après l'échange de notes de mai 2008 entre la Suisse et l'Italie, quand le tracé de la frontière est expressément défini par la ligne de partage des eaux ou par la ligne de crête, celui-ci suit les changements naturels graduels auxquels ces lignes sont soumises ; par « changements graduels », l'accord entend le déplacement de la ligne de crête suite à l'érosion, et le déplacement de la ligne de partage des eaux suite à une altération de glaciers ou de neiges éternelles ; voir <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20091908/index.html>

186 Ainsi le traité du 7 avril 1961 entre l'Argentine et l'Uruguay, qui précise que la frontière sur le fleuve Uruguay « aura un caractère permanent et immuable et ne sera pas affectée [...] par les modifications naturelles ou artificielles que pourraient subir à l'avenir les éléments déterminants de ladite frontière » (article 3(2)).

187 Voir notamment *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria ; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 336, § 43.

188 Treaty between the Federated States of Micronesia and the Republic of the Marshall Islands concerning Maritime Boundaries and Cooperation on Related Matters (2006), article 2(5).

189 Treaty Between the Solomon Islands and the Republic of Vanuatu Concerning their Maritime Boundaries (2016), article 5.

190 Voir Y. Tanaka, *Predictability and Flexibility in the Law of Maritime Delimitation*, Oxford, Hart, 2006, p. 133-135. L'accord Tuvalu/Kiribati par exemple spécifie que la ligne de délimitation se situe au large des îles Nanumea et Nuitao (Tuvalu) et des îles Tabiteuea, Tamana et Arorae (Kiribati) : Agreement between Tuvalu and Kiribati concerning their Maritime Boundary (2012), article 1(1).

191 Par exemple l'accord États-Unis/ îles Cook, qui n'indique que des coordonnées et aucune méthode, adopte une ligne d'équidistance : <https://www.state.gov/documents/organization/58566.pdf>, p. 10.

On a fait grand cas de la clause *rebus sic stantibus* de la Convention de Vienne sur le droit des traités (article 62), en arguant qu'elle interdirait à une partie de suspendre ou se retirer d'un accord de délimitation maritime ou d'y mettre fin pour cause de changement fondamental de circonstances dû à la montée du niveau des eaux¹⁹² ; cette clause serait donc une preuve de la stabilité des accords de délimitation maritimes. Il n'est pas difficile de s'accorder avec l'idée que les frontières, terrestres ou maritimes, doivent être stables¹⁹³. Il est plus difficile de décider si le changement fondamental de circonstances serait applicable en l'espèce : on peut être tenté d'assimiler les traités de délimitation maritime aux traités établissant une frontière, à propos desquels le changement fondamental de circonstances ne peut être invoqué (article 62(2)) ; la raison en est le même besoin de stabilité et de permanence¹⁹⁴. Cela dit, la Commission du Droit international, sans trancher la question, a pu concevoir que « l'immutabilité instituée par l'article 62 pour les frontières ne s'étende pas à certaines lignes de délimitation maritimes »¹⁹⁵. L'un des désavantages de l'assimilation des lignes de délimitation maritimes aux frontières terrestres est la territorialisation insidieuse des espaces maritimes, espaces fonctionnels où l'État jouit de droits souverains, pas de souveraineté¹⁹⁶. D'aucuns mentionnent aussi que le changement fondamental de circonstances, pour pouvoir être invoqué par une des parties, doit, entre autres, ne pas avoir été prévu par les parties au moment de la conclusion du traité. On met ainsi en avant le fait que, les effets de la montée des mers étant connus depuis le milieu des années 1980, les traités de délimitation maritime conclus après cette date prennent ce phénomène en considération¹⁹⁷. Cependant, il y a une distinction entre les changements prévisibles, et les changements que les parties ont prévus¹⁹⁸. En tout état de cause, il faut noter que le changement de circonstances ne saurait être invoqué à la légère¹⁹⁹. Il demeure cependant qu'il n'est pas le seul motif possible de suspension ou retrait d'un traité²⁰⁰.

192 Ainsi, outre les références citées à la note 183, A. Soons, *op. cit.*, p. 228 ; S. Sefrioui, "Adapting to Sea Level Rise: A Law of the Sea Perspective", in Gemma Andreone (ed.), *The Future of the Law of the Sea*, Cham, Springer, 2017, p. 19.

193 *Bay of Bengal Maritime Boundary Arbitration (Bangladesh, India)*, Award of 7 July 2014, p 63, § 216.

194 Voir notamment *Plateau continental de la mer Egée*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1978*, p. 36, § 85 ; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal*, 1989, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 144, § 63.

195 *Annuaire de la Commission du droit international*, 1982, vol. II(2), p. 63.

196 La Commission de l'ADI reflète cette tendance, parlant, à propos de l'article 62(2), de l'importance particulière de la stabilité des titres territoriaux, draft report, *supra*, note 164, p. 21. La résolution de la question est en dehors du cadre de cette étude. La doctrine est divisée, adoptant souvent des vues opposées au sujet des négociations de l'article 62 : voir par exemple J. Lisztwan, "Stability of Maritime Boundary Agreements", *Yale Journal of International Law*, vol. 37, 2012, p. 189 (les délimitations maritimes tombent sous l'article 62(2)) ; S. Arnadottir, "Termination of Maritime Boundaries Due to a Fundamental Change of Circumstances", *Utrecht Journal of International and European Law*, vol. 32, 2016, p. 108 (les délimitations maritimes ne tombent pas sous l'article 62(2)) ; Th. Giegerich, "Article 62. Fundamental Change of Circumstances", in O. Dörr et K. Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2^e ed, Berlin, Springer, 2018, p. 1169, § 77 (exprimant des doutes).

197 Ainsi, A. Torres Camprubi, *op. cit.*, p. 96. La Commission de l'ADI nota que « de nombreuses frontières maritimes ont été négociées alors que le changement climatique et la hausse du niveau des mers étaient des phénomènes déjà bien connus » : draft report, *supra* note 164, p. 22 (traduction de l'auteur).

198 Ainsi, Th. Giegerich, *op. cit.*, p. 1163, § 58. Il dépendra donc de savoir si le changement peut être « soit expressément ou implicitement prévu par le traité ou par tout autre accord pertinent intervenu entre les parties », *Annuaire de la Commission du droit international*, 1957, vol. II, p. 36 (Deuxième rapport sur le droit des traités de G. G. Fitzmaurice, Rapporteur spécial).

199 Voir article 62(1)(a) et (b).

200 Par exemple, l'article 61 de la convention de Vienne, bien que conçu pour s'appliquer à des cas limités ; il faudra en effet distinguer entre l'objet du traité et la disparition d'un objet indispensable à l'exécution du traité.

Les délimitations obtenues par voie judiciaire sont-elles immunisées contre le changement ? Il faut distinguer plusieurs choses : d'une part, une décision de la Cour internationale de justice (pour ne prendre que cet exemple) est obligatoire pour les parties, définitive et sans recours²⁰¹. D'autre part, une telle décision peut être sujette à révision dans certaines conditions strictes²⁰²; de plus, rien n'interdirait en droit de porter devant une autre instance une allégation de nullité d'un arrêt de la Cour, par exemple, pour motivation absente ou insuffisante²⁰³. Enfin, et surtout, le droit de la délimitation maritime reconnaît trois étapes successives: le tracé d'une ligne d'équidistance ; le déplacement de la ligne en tenant compte de facteurs pertinents ; et la vérification finale du caractère équitable du résultat obtenu²⁰⁴. Ces éléments sont appréciés au moment de la délimitation, et la Cour peut prendre soin de sélectionner des points de base fiables²⁰⁵. Si la ligne de délimitation dans le dispositif ne correspond plus raisonnablement aux motifs qui la justifient, et en l'absence d'accord entre les États en cause, on peut imaginer qu'un nouveau règlement du différend soit envisagé par un des États qui se sent lésé par les modifications géographiques causées par la montée du niveau des mers.

Enfin, on prétend parfois que les accords de délimitation maritime lient les tiers, jouissant d'un statut objectif et donc constituant une exception à la règle *pacta tertiis* de l'article 34 de la convention de Vienne²⁰⁶. On peut émettre des doutes sur le sujet. En effet, il faut se demander si les « situations objectives » ne résultent pas plutôt d'un assentiment, d'une reconnaissance, ou pourquoi pas de la consolidation par le temps, c'est-à-dire, d'éléments externes au traité²⁰⁷. Il faut aussi se demander si les régimes objectifs issus de traités ne seraient pas limités aux situations territoriales qui bénéficient en droit d'une grande stabilité²⁰⁸. Sir Waldock avait contemplé le cas de traités créant des régimes objectifs, où « l'intention des parties est de créer dans l'intérêt général des obligations et des droits de caractère général concernant une région, un État, un territoire, une localité, un fleuve ou une voie d'eau déterminés, ou une zone déterminée de la mer, du lit de la mer ou de l'espace aérien »²⁰⁹. Un accord de délimitation maritime n'a pas vocation à créer un statut territorial,

201 Articles 59 et 60 du Statut de la Cour.

202 Article 61 du Statut.

203 Ainsi, L. Caflisch, « Cent ans de règlement pacifique des différends interétatiques », *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 288, 2001, p. 431.

204 *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2009, p. 102-103.

205 Ainsi, dans l'affaire *Nicaragua c. Honduras*, le morphodynamisme de la côte étant avéré, la Cour se tourna vers la méthode de la ligne bissectrice, les points de base étant trop incertains pour appliquer la méthode de l'équidistance : *supra*, note 82, p. 742-745. En règle générale, cependant, l'organe juridictionnel ne se préoccupe pas des points de base qui pourraient être affectés par les changements climatiques dans les années ou les siècles futurs : voir *Bay of Bengal Arbitration (supra, note 193)*, p. 62, § 214.

206 Ainsi, J. Stoutenburg, *Disappearing Island States in International Law*, Leiden/Boston, Nijhoff/Brill, 2015, p. 140. Curieusement, la même idée n'est en général pas exprimée à propos des décisions judiciaires, sans doute parce qu'elles sont expressément limitées aux parties (article 59 du Statut de la CIJ). La jurisprudence montre que les cours et tribunaux prennent soin de ne pas empiéter sur les droits des tiers.

207 P. Reuter, *Introduction au droit des traités*, 3^e ed., Philippe Cahier ed., Paris, PUF, 1995, p. 112-113.

208 *Ibid.*, p. 113.

209 Le rapporteur spécial limitait ces traités à ceux dont les parties incluent un État ayant compétence territoriale à l'égard de l'objet du traité ; les États non parties au traité auraient été « liés par lui » s'ils y consentent ou s'ils n'ont pas protesté contre le régime dans un délai déterminé. Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1964, vol. II, p. 24-25 (troisième rapport par Sir Humphrey Waldock, rapporteur spécial). Pour des analyses exprimant aussi des doutes sur l'existence d'une catégorie générale de traités créant des « droits réels » ou des régimes

mais à limiter dans l'espace des zones de compétences fonctionnelles attribuées aux États côtiers. Ceci ne veut naturellement pas dire qu'un traité de délimitation maritime n'a aucun effet sur les tiers : dans la mesure où, par exemple, deux États ont délimité leurs ZEE, un État tiers dont le navire a été arrêté dans la ZEE de l'un ne pourra prétendre que le navire était en fait dans la ZEE de l'autre²¹⁰. Cependant, et à moins de considérer qu'il y a un devoir général pour les États de respecter les traités licites conclus par d'autres États²¹¹, on doit se demander si un État tiers pourrait, par exemple si des îles ont disparu et que, donc, l'une des parties au traité ne possède plus les zones maritimes que le traité délimite, prétendre que cette zone est devenue haute mer. La délimitation maritime est « fille du titre »²¹² : un État ne peut conserver par accord bilatéral ce qu'il ne possède plus en droit. La Commission de l'ADI proposa que sa recommandation de maintien des espaces maritimes s'applique aussi aux espaces délimités par accord entre États ou par décisions de cours ou tribunaux internationaux²¹³. Ces suggestions *de lege ferenda* doivent cependant se traduire de manière crédible et plausible en droit positif.

V. CONSÉQUENCES ET CONCLUSIONS

Comme indiqué plus haut²¹⁴, la Commission de l'ADI n'étudia pas en détails les sources possibles de la nouvelle règle proposée mais en mentionna certaines : un amendement à la Convention, une décision de la réunion des États parties à la Convention, une nouvelle norme coutumière, un protocole à la Convention-cadre de 1992, ou un nouvel accord. Aucune de ces solutions n'est exempte de difficultés. Ainsi, premièrement, la procédure d'amendement porte le risque de voir l'intégrité de la Convention, et l'équilibre si délicat atteint pendant sa négociation, remis en question. Deuxièmement, un nouvel accord soulèvera la question délicate du rapport à la Convention, instrument conçu comme étant universel, unitaire et qui définit le cadre juridique dans lequel doivent s'inscrire toutes les activités intéressant les mers²¹⁵. On ne peut écarter le cas d'un accord entre toutes les parties en dehors des procédures d'amendement de la Convention²¹⁶. Cela dit, seul l'accord relatif à l'application de la partie XI de la

objectifs, voir G. Marston, "The Stability of Land and Sea Boundary Delimitations in International Law", in Gerald Blake (ed.), *Maritime Boundaries*, London/New York, Routledge, 1994, p. 150-151, 159.

210 Voir en ce sens, M. Mendelson, "On the Quasi-Normative Effect of Maritime Boundary Agreements", in Nisuke Ando, Edward McWhinney et Rüdiger Wolfrum (eds.), *Liber Amicorum Judge Shigeru Oda*, vol. 2, The Hague/London/New York, Kluwer, 2002, p. 1070. En effet, un accord de délimitation doit produire un résultat équitable dont seuls les États côtiers sont juges. La question est différente si le tiers prétend avoir des droits sur les espaces en cause.

211 Voir *Annuaire de la Commission du droit international*, 1960, vol. II, p. 91 (cinquième rapport de Sir Gerald Fitzmaurice, Rapporteur spécial) et, *contra*, Sir Waldock, *supra*, note 209, p. 26 : « En outre, il n'est pas aisé de voir exactement ce que ce devoir entraînerait dans bien des cas, notamment dans le cas de traités politiques commerciaux ou fiscaux. La règle existante semble être plutôt qu'en principe, un traité est *res inter alios acta* pour un État qui n'y est pas partie ».

212 P. Weil, *Perspectives du droit de la délimitation maritime*, Paris, Pedone, 1988, p. 53.

213 Draft report, *supra*, note 164, p. 23-24.

214 *Supra*, note 176.

215 Par exemple : Doc. A/RES/72/73, Résolution de l'Assemblée générale sur les océans et le droit de la mer (5 décembre 2017), p. 2.

216 La modification entre certaines parties seulement semble beaucoup moins réaliste. La Convention n'autorise expressément que les « accords [qui] ne portent pas sur une des dispositions de la Convention dont le non-respect serait incompatible avec la réalisation de son objet et de son but et à condition également que ces accords n'affectent pas l'application des principes fondamentaux énoncés dans la Convention et ne portent atteinte ni à la

Convention, conclu *avant* l'entrée en vigueur de la Convention, indique expressément qu'il l'emporte sur la Convention en cas d'incompatibilité (article 2(1)) ; les traités conclus depuis l'entrée en vigueur de la Convention affirment leur compatibilité avec la Convention, même si les clauses de conflit peuvent parfois être exprimées en termes vagues²¹⁷. Troisièmement, la réunion des États parties n'exerce formellement que des fonctions administratives²¹⁸. La pratique a montré cependant que la Réunion a pris des décisions sans en avoir reçu la compétence expresse dans la Convention, et sans identification nette de la base juridique²¹⁹. Ceci tend à prouver que le consensus et la conviction que la solution adoptée était la meilleure dans l'intérêt général ont suffi à éviter le recours aux procédures formelles d'amendement ; cependant, il s'agissait dans tous les cas de questions de délais²²⁰. D'aucuns ont observé lors de la dernière réunion que la Convention ne donnait pas à cet organe le pouvoir de procéder à des examens généraux ou approfondis de sujets d'intérêt général²²¹. Enfin, même si Caron et Soons préféreraient le développement d'une norme coutumière, une telle norme n'est pas sans poser de nouveau la question du caractère unitaire de la Convention qui, précisément, a voulu mettre fin aux développements épars et instables des normes coutumières en droit de la mer et aux marchandages bilatéraux entre les États. La pratique des États parties à un traité s'analyse avant tout comme pratique ultérieure dans l'application du traité²²², mais on ne peut écarter la possibilité d'une pratique des parties visant à la modification du traité (accord tacite)²²³, ou, précisément, une telle modification par norme coutumière (prenant aussi en compte la pratique des États non parties à la Convention)²²⁴. Qui dit coutume, dit avant tout pratique. L'identification d'une pratique uniforme, non ambiguë, soulève certaines questions, notamment, comme indiqué plus haut, quand telle pratique est prétendument décelée dans les législations qui établissent les limites extérieures des espaces maritimes. Les réactions des États tiers seront indispensables pour déterminer si une telle règle coutumière a émergé, quel est son contenu, et dans quelles conditions elle s'applique. L'idée qu'un corpus de pratique *régionale* a émergé²²⁵ ne doit pas donner l'impression de laisser de côté d'autres États

jouissance par les autres États Parties des droits qu'ils tiennent de la Convention, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celle-ci » (article 311(3)). Il faudrait donc s'interroger notamment sur la nature fondamentale et la portée du principe selon lequel la terre domine la mer.

217 Doc. A/CN.4/L.682, « Fragmentation du droit international, Rapport du Groupe d'Étude de la Commission du droit international établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi (13 avril 2006) », p. 154.

218 Article 319(2) ; Annexe II, Article 2(3) ; Annexe VI, Articles 4(4), 18(5)-(7) et 19(1) ; Acte Final, Résolution I, § 10.

219 Voir, notamment, pour la prorogation du délai de 10 ans pour déposer les demandes à la GLPC, Doc. SPLOS/73, « Rapport de la onzième Réunion des États parties », § 78-84 (14 juin 2001).

220 T. Treves, « The General Assembly and the Meeting of States Parties in the Implementation of the LOS Convention », in Alex Oude Elferink (ed.), *Stability and Change in the Law of the Sea: The Role of the LOS Convention*, Leiden, Brill, 2005, p. 70-72.

221 Doc. SPLOS/324, « Rapport de la vingt-huitième Réunion des États parties (9 juillet 2018) », § 98.

222 *Supra*, note 152.

223 P. Reuter, *op. cit.*, p. 124 ; R. Kolb, « La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, vol. 1, 2004, p. 18-23 ; M. Villiger, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2009, p. 507 ; mais voir le projet de la Commission du droit international, *supra*, note 151, p. 66, § 37.

224 P. Reuter, *op. cit.*, p. 125 ; K. Von Der Decken, « Article 39 », « General rule regarding the amendment of treaties », in Oliver Dörr et Kirsten Schmalenbach (eds.), *Vienna Convention on the Law of Treaties: A Commentary*, 2^e ed., Berlin, Springer, 2018, p. 762 ; R. Crootof, « Change Without Consent: How Customary International Law Modifies Treaties », *Yale Journal of International Law*, vol. 41, 2016.

225 D. Freestone et C. Schofield, « Current Legal Developments. Republic of the Marshall Islands », *The International Journal of Marine and Coastal Law*, vol. 31, 2016, p. 740.

potentiellement affectés gravement par la montée des océans. L'idée qu'une règle générale coutumière doit se développer peut donner l'impression que les parties à la Convention sont incapables de trouver des solutions concertées. Cela serait bien dommage.

En fin de compte, le problème n'est pas immédiatement un problème de droit de la mer, et il ne le deviendra pas de manière critique avant des décennies, tandis que les effets des changements climatiques sur les populations et les infrastructures sont déjà bien réels. Il s'agit d'un problème bien plus vaste de solidarité internationale dont les causes et les effets précèdent l'entrée en vigueur de la Convention. Il est certain que « l'élévation du niveau de la mer et de la perte de territoire national qui en résultera » pourrait générer des « conflits territoriaux avec des pays voisins au sujet de zones économiques exclusives »²²⁶. En 2017, au Conseil de sécurité, le Tuvalu et les PEID-P invitèrent le secrétaire général à nommer un représentant spécial pour le climat et la sécurité²²⁷. Le « gel » des espaces maritimes en cas de diminution ou de disparition des territoires n'est pas permis par le droit actuel. Certains le justifient en fin de compte par l'argument selon lequel rien ne serait ni perdu par les États tiers ni gagné par les États côtiers²²⁸. Il faudra donc se demander si le *status quo ante* (« *ante* » à quel moment ?), qui est une solution envisageable, est la solution la plus stable et la plus acceptable pour le moment ; si l'exception au principe selon lequel la terre domine la mer, et donc le maintien des droits souverains d'États potentiellement « déterritorialisés », est plus acceptable que la redistribution des ressources ; s'il n'est pas possible de se tourner vers des solutions qui pourvoient, au bénéfice des PEID-P menacés, des droits sur les ressources (par exemple par allocation de quotas, de rente ou d'usufruit) sans maintenir les espaces maritimes²²⁹ ; et comment de possibles concessions juridiques faites aux États côtiers se combineront avec des mécanismes de prévention, atténuation et adaptation, tout en garantissant une aide appropriée aux autres États, côtiers ou enclavés, victimes des changements climatiques. On peut noter à ce titre que le « gel » des espaces maritimes pour les uns, peut ne pas être adapté pour les autres, par exemple quand le réchauffement des océans affecte les stocks de poissons. Les tribulations de l'équité ont de beaux jours devant elles.

Il serait bon, enfin, de suivre la consigne de Charles Maurice de Talleyrand-Périgord aux jeunes diplomates : « Surtout, pas trop de zèle ».

226 Doc. A/64/350, « Les changements climatiques et leurs répercussions éventuelles sur la sécurité. Rapport du Secrétaire général (11 septembre 2009) », p. 8, § 17. Le problème inverse pourra aussi se poser, à savoir les possibles conflits à propos de « la disponibilité des ressources naturelles [...] ou de l'expansion soudaine de ressources partagées ou non délimitées » : *ibid.*, § 18. En 2007, au Conseil de sécurité, l'Italie signala que « nous pouvons bien craindre que des différends frontaliers ou pour la répartition des zones maritimes vont naître à la suite des modifications de territoires causées par l'élévation du niveau de la mer », Doc. S/PV.5663 (10 avril 2007), p. 4.

227 Doc. S/PV.8144 (20 décembre 2017), p. 71., « Certains pays ont des préoccupations concernant l'instrumentalisation des changements climatiques à des fins sécuritaires, craignant que cela ne conduise à une plus grande militarisation. C'est précisément cela qu'un représentant spécial pourrait [...] aider à éviter » : *ibid.*, p. 72.

228 Ainsi, J. L. Jesus, « International Tribunal for the Law of the Sea », in Jon van Dyke et al.(eds.), *Governing Ocean Resources*, Leiden/Boston, Nijhoff, 2013, p. 36.

229 Rappelons ainsi que les cinq membres de la Commission du droit international proposent de chercher des solutions sans modifier le droit en vigueur : *supra*, note 54.

TROISIÈME PARTIE

TERRITOIRES ET POPULATIONS

LES TERRITOIRES MARINS ET LES AIRES MARINES PROTÉGÉES EN OCÉANIE : AFFICHAGES NATURALISTES ET ENJEUX SOUVERAINISTES

François Féral

Université de Perpignan Via Domitia, École Pratique des Hautes Études

137

L'Océanie est un étrange terme de géographe pour désigner un continent constitué des îles et des archipels de l'Océan Pacifique. L'étatisation juridique et politique de son espace marin, considéré par les colons occidentaux comme un vide géographique, est le cadre dans lequel se conçoit l'histoire moderne de cet étrange continent, en négation de ses origines autochtones. Depuis 1982, le droit de la mer a amplifié l'emprise des États côtiers sur l'espace marin et il a créé des effets d'aubaine non seulement pour de nombreux États insulaires mais également pour certaines grandes puissances riveraines. Le développement des aires marines protégées océaniques s'inscrit d'abord dans le mouvement de réaffirmation des souverainetés des États sur les zones océaniques, en amplifiant leur caractère « territorial ». La place de la France dans ce processus apparaît pleine de contraintes liées à la dispersion de ses immenses ZEE, ses moyens à la mer et à sa position d'État non riverain du Pacifique.

I. L'ÉTATISATION DES ESPACES OCÉANIQUES SUR DES POUSSIÈRES D'ÎLES ET D'ARCHIPELS

Les 25 000 îles qui composent l'Océanie se dispersent dans le Pacifique qui s'étend sur un tiers de la surface totale de la Terre, entourée par l'Asie continentale, l'Australie, l'Amérique et l'Antarctique¹. La mer constitue l'essentiel de l'espace continental de l'Océanie et c'est aussi l'essentiel de son territoire bien que ce terme apparaisse comme un oxymore. Les Occidentaux croient avoir « inventé » l'Océanie dans une suite de découvertes coloniales où les États-nations se sont partagé ces espaces marins et leurs îles. Cependant les peuples autochtones qui y vivaient et qui y subsistent font désormais valoir leurs droits mémoriels et patrimoniaux.

A. L'étatisation et l'invention occidentale de l'Océanie

C'est la vacuité apparente de l'Océan Pacifique qui a conduit les nations européennes à s'en partager sans vergogne l'exploitation minière et la souveraineté coloniale.

1. La colonisation sur la vacuité du Pacifique

Le continent océanien a été découvert principalement à partir du XVIII^e siècle par les États-nations occidentaux qui le colonisèrent selon un *a priori* : l'Océan Pacifique est *vide*... En raison de ses immensités marines, de la rareté des hommes et de la marginalité de ses quelques

¹ Le Pacifique couvre 1/3 de la planète : superficie 166 241 700 km², larg. maximum 10 020 km, prof moyenne 4 300 m prof. maximum 11 034 m, volume 714 839 310 km³.

terres émergées, le Pacifique est apparu comme quasiment vide de terres, vide d'Histoire car on n'y trouvait pas les documents écrits qui en faisaient alors les fondements, vide de peuples et, dès lors, vide de droits.

Principalement au cours du XIX^e siècle, cette *vacuité du Pacifique* a justifié toutes sortes de prises de possession, colonisations, protectorats, traités d'allégeances, évangélisations massives et autres condominiums... C'est ainsi que les États-nations purent se partager les îles et les archipels, ainsi que les zones d'influence maritimes. Cette compétition coloniale a nationalisé et internationalisé l'espace marin Pacifique en zones de dominations étatiques.

La communication de la professeure Giraudeau nous a montré comment aux XIX^e et XX^e siècles, toujours en s'appuyant sur la poussière des îles et des archipels, la colonisation distribue l'océan, multiplie les frontières, morcelle l'espace marin en zones d'influence rectilignes, ce qui, par analogie, nous fait penser aux frontières coloniales tracées au cordeau en Afrique saharienne, notamment dans les zones considérées comme désertiques. Cette colonisation fut alors assise sur un puissant appareil maritime militaire et industriel. La prise de possession et l'occupation ont été le plus souvent militaires même si les missions religieuses et les explorateurs en furent les fourriers et les têtes de pont.

2. L'exploitation de l'Océanie

Cette vacuité associée à l'immensité océane a généré l'idée de richesses marines inépuisables comme l'illustrent les épisodes d'exploitation des phosphates concentrés sur quelques îles ou le développement de plantations de rente. Ces entreprises ont souvent généré des politiques de peuplement et d'immigration de main-d'œuvre qui ont, dans certaines zones, bouleversé la démographie en rendant problématique la cohabitation des populations allochtones avec les indigènes.

L'autre aspect de la colonisation occidentale, ce sont les politiques de *desserte d'activités* militaires et nucléaires en Océanie. La liberté de la haute mer et les capacités logistiques des navires motorisés font que, dès la fin du XIX^e siècle, bien avant que la guerre du Pacifique n'éclate, les grandes puissances maritimes européennes, la Russie, le Japon et les États-Unis, augmentent leurs capacités et leurs activités militaires en y multipliant les manœuvres et les bases navales. La vitesse et les capacités de charge des navires en acier à propulsion mécanique transforment les océans en autoroutes de transport des hommes, des armées et des marchandises... et elles génèrent aussi la politique des canonnières. L'océan devient enfin la desserte des activités nucléaires: îles Bikini, Johnson ou Mururoa, le « désert océanique » remplace le désert du Nouveau-Mexique, du Thar ou le Sahara algérien.

Pour finir, le reliquat de cette vision d'une disponibilité illimitée d'un océan aux richesses infinies, c'est la surexploitation des cétacés, puis des thonidés du Pacifique par les flottes de pêche allochtones les plus puissantes, aux premières desquelles, les flottes asiatiques.

B. La question des droits maritimes des peuples autochtones

La découverte ancestrale de la totalité des îles du Pacifique par des peuples venus d'Asie du Sud ne fait plus aujourd'hui aucun doute. Elle est à l'origine de l'existence des peuples autochtones installés depuis des siècles, voire des millénaires sur ces poussières d'îles. L'idée de vacuité, que nous avons évoquée, a nié la civilisation et les droits antérieurs des indigènes

océaniens ; cependant, aujourd'hui, la société internationale fait pression pour que ces droits spécifiques soient reconnus et de récents progrès apparaissent, y compris en France, malgré toutes les dénégations.

1. La découverte ancestrale du Pacifique

La passionnante communication de notre collègue Louis Lagarde en début de colloque démontre bien qu'une civilisation ancestrale a colonisé en plusieurs vagues la totalité des îles et des archipels du Pacifique. Pour ces peuples de marins, l'océan n'est pas un obstacle ; c'est au contraire un moyen de transport rapide pour des expéditions de centaines, voire de milliers de kilomètres. Les travaux archéologiques permettent d'établir la densité de ces échanges inter-îles en interarchipels selon six mouvements migratoires identifiés à partir de leur origine depuis la Chine du Sud et des Philippines.

Tamatoa Bambridge dans cette même partie de notre colloque est allé plus loin dans l'analyse du fonctionnement interne de ces sociétés de mieux en mieux connues et reconnues : il nous a montré comment les communautés ont su organiser l'accès aux ressources en créant des droits d'usage élaborés. Les usages marins ancestraux des peuples autochtones du Pacifique sont donc attestés, y compris au-delà des récifs-barrières des lagons et des atolls. Hélas, leur caractère collectif, leurs racines spirituelles et mythiques et leurs transmissions orales ont été des obstacles rédhibitoires pour que soit reconnue leur opposabilité aux colons. La vacuité de l'Océanie s'est étendue aux droits et obligations des peuples autochtones, comme ont été ignorés leurs routes maritimes, leurs territoires et leurs savoirs halieutiques.

2. Les prémices de la reconnaissance de droits ancestraux et de leur opposabilité dans le Pacifique

La reconnaissance internationale des droits autochtones trouve au Canada une illustration d'ailleurs bien antérieure et le Pacifique est un domaine où les droits maritimes indigènes pourraient être le mieux reconnus.

a. La reconnaissance internationale des droits autochtones

Les Nations unies considèrent désormais que les peuples autochtones sont des populations vulnérables et deux textes internationaux y font expressément référence. Il s'agit d'une part de la convention OIT 169, adoptée en 1989 et ratifiée ensuite par 27 pays : elle donne une importance particulière aux économies de subsistance des peuples autochtones et tribaux et elle leur reconnaît des droits pour la chasse, la pêche, la capture et la cueillette de leurs ressources traditionnelles (article 23 de la convention). D'autre part, l'article 26 de la résolution des Nations unies relative aux droits des peuples autochtones de 2007 indique que « les peuples autochtones tiennent des droits sur les terres, les territoires et les ressources qu'ils ont possédés, occupés, utilisés ou acquis traditionnellement ».

L'idée de reconnaître aux peuples autochtones du Pacifique des droits d'accès prioritaires ou même exclusifs aux richesses marines fait donc son chemin, malgré les résistances des États. Cette idée repose, d'une part, sur l'antériorité des droits ancestraux des autochtones vis-à-vis du droit maritime colonial et, d'autre part, sur la réparation des discriminations et des spoliations coloniales sur les peuples océaniens. Cependant, les difficultés d'établir ces droits sont nombreuses, aux premières desquelles on compte la faiblesse des revendications

de populations souvent marginalisées, moins organisées et peu dotées de moyens juridiques pour faire valoir leurs intérêts.

Il s'agit ensuite de l'absence de reconnaissance de la notion même de peuple, de population ou de personne autochtone dans les constitutions, en négation de la colonisation comme phénomène de domination de groupes bien réels et identifiés. Sur les espaces marins en particulier, la difficulté tient à la force normative et politique de la domanialité publique considérée comme un véritable marabout juridique dont la contestation juridique est toujours très délicate. Enfin, les autochtones se heurtent aux difficultés de preuve de l'existence des droits antérieurs, dans des contextes de sociétés orales méconnaissant l'idée même de propriété.

Deux cas de figure se présentent en Océanie :

- soit les peuples autochtones ont recouvré leur souveraineté dans l'indépendance et ils organisent la reconstruction des droits ancestraux au bénéfice des communautés indigènes (îles Cook, Salomon, Fidji, Samoa, Micronésie, Kiribati, Vanuatu...);
- soit les peuples autochtones ne peuvent recouvrer leur souveraineté originelle, car ils sont minoritaires sur leur terre devenue une colonie de peuplement. Dans ce cas, ils ne sont pas reconnus dans leur identité autochtone et leurs droits indigènes sont niés dans leur principe même: c'est le cas des Kanak de Nouvelle-Calédonie.

b. L'exemple du Canada : droits des traités et droits ancestraux

Bien que, dans un premier temps, le Canada se soit opposé à l'adoption de la résolution onusienne de 2007, on y trouve une démarche exemplaire vis-à-vis de la reconnaissance des droits autochtones. La proclamation royale de 1763 en est la base constitutionnelle, reprise aujourd'hui par l'acte constitutionnel de 1982, qui reconnaît et confirme les droits ancestraux et les traités indigènes des peuples amérindiens du Canada. Ainsi, les droits de pêche ancestraux peuvent bénéficier du principe de priorité autochtone qui impose à l'État d'établir une priorité d'accès à une ressource de pêche traditionnellement exploitée par les autochtones.

Dans une première hypothèse, le pêcheur amérindien peut faire valoir un des traités du XXIII^e siècle, signé entre ses ancêtres et un représentant de la couronne britannique, document respectant les droits des indigènes: il s'agit souvent d'un document établi sur des supports très sommaires.

Dans une seconde hypothèse, le juge canadien recevra les preuves orales ou tous documents indirects permettant d'établir l'occupation et l'exploitation ancestrale d'un groupe autochtone identifiable. Ainsi est reconnu un droit collectif qu'il est encore aujourd'hui possible d'établir sans qu'aucune prescription ou rétroactivité ne lui soit opposable: le principe d'accès prioritaire sera mis en œuvre et les mesures de police de pêche disproportionnées pourront être considérées comme non opposables aux membres de ces groupes².

² Cf. les jurisprudences Sparrow en 1990 et Marshall en 1999 de la Cour suprême du Canada sur la non opposabilité des interdictions de pêche fédérales et sur la proportionnalité des réglementations, contreparties des obligations pour les autochtones d'amener la preuve de leurs droits ancestraux.

c. Les prémices d'une reconnaissance des droits ancestraux en France d'Outre-mer ?

Pour la France la situation en Océanie semble diamétralement différente. Ainsi, l'idée qu'il n'y a ni personne physique, ni population, ni peuple autochtone paraît rédhibitoire pour qu'un droit collectif puisse être reconnu en faveur d'un groupe particulier. Le caractère souverain de la domanialité publique établie par l'Édit de Moulin en 1566 paraît également écarter toute idée de droit patrimonial sur les espaces maritimes. Cependant, des droits prioritaires sur des tenures halieutiques royales ou communautaires sont implicitement reconnus à Wallis-et-Futuna, en Guyane ou à Rapa, dans les Australes de Polynésie, comme M. Bambridge nous l'a documenté.

Depuis la fin du XIX^e siècle, des droits terrestres spécifiques et exorbitants sont également reconnus aux personnes de statut coutumier kanak sous la forme de terres collectives inaliénables. Or, il est clairement établi l'existence de « clans de la mer » qui, durant des siècles précédant la colonisation, ont exercé des droits sur des tenures halieutiques, ont exploité collectivement des ressources marines et y ont appliqué une discipline d'accès et d'exploitation. Par ailleurs et quoi qu'on en pense, la rétroactivité de l'établissement de la domanialité publique n'est pas établie en tant que norme constitutionnelle alors que la protection de la propriété est elle-même constitutionnalisée par la déclaration des droits de 1789³. C'est ainsi que des titres antérieurs à l'édit de Moulin ont été opposables au Roi, faisant subsister des étangs salés privés en communication directe avec la mer ; de même, des titres espagnols de propriété sur des étangs salés, postérieurs à l'édit de Moulin mais antérieurs au traité des Pyrénées de 1659, ont également été opposables au Roi de France⁴. Enfin, la jurisprudence de Papeete a reconnu l'opposabilité d'un *Tomite* au domaine maritime, un titre de propriété polynésien de 1852 reconnu sur le lagon de Tahiti, la prise de possession par la France de la Polynésie y étant postérieure (code civil adopté en 1866 et colonisation en 1880)⁵.

Les membres des clans de la mer kanak pourraient donc faire valoir leurs droits sur des tenures marines antérieures à la prise de possession de la Nouvelle-Calédonie. L'absence de titre écrit n'est pas rédhibitoire, car si l'édit de Moulin exige des titres officiels écrits, la convention de l'OIT et la résolution de 2007 de l'ONU établissent des droits d'usage et des droits présents sans condition de forme : l'exigence d'un écrit est discriminatoire, car elle impose aux populations colonisées un système de droit et de preuve écrite qui n'existaient pas avant leur occupation. Pour l'instant, aucun clan de la mer kanak ne s'est engagé dans une procédure de reconnaissance de ses droits ancestraux, mais les données ci-dessus établissent l'existence d'une voie leur permettant le cas échéant de le faire, d'autant que la personnalité juridique leur est désormais reconnue... mais bien sûr aucun droit ne s'exerce s'il n'est revendiqué.

3 Article II de la Déclaration des droits de 1789 : « le but de toute association des droits est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont [...] la propriété [...] » et Article XVIII « La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé [...] ».

4 Hanse de la Roquette sur l'étang de Salses, étang aujourd'hui en domanialité publique naturelle jusqu'à ses limites.

5 TA Papeete, 5 novembre 1991, Consorts Fuller. Voir aussi les arguments du Conseiller René Calinaud comparant les lagons aux étangs salés du Languedoc in « Droit foncier en Polynésie Française », Association des Juristes de Polynésie Française Univers polynésien/AJPF, 2009.

II. LES ZEE, NOUVEAUX ENJEUX TERRITORIAUX DE L'OCÉANIE

L'héritage de Montego Bay a généré des effets d'aubaine dans le Pacifique, en créant une souveraineté maritime de l'État côtier aux appétits territoriaux insatiables. En Océanie, les nouvelles règles du droit de la mer ont pris la forme de ZEE géantes pour les micro-États insulaires mais également pour les puissances riveraines comme la France d'outre-mer.

A. L'héritage de Montego Bay et l'emprise croissante des États côtiers sur les espaces maritimes

Depuis la conférence de Montego Bay, la souveraineté maritime des États côtiers est désormais le nouveau paradigme du droit de la mer. Cette nouvelle règle a déclenché un appétit territorial insatiable chez les États riverains, que les nouvelles technologies de surveillance et d'exploitation des mers ont fortement aiguisé.

1. La souveraineté maritime des États côtiers

En référence aux développements si bien documentés de notre collègue Géraldine Giraudeau, la contribution de la conférence de Montego Bay au renforcement de l'étatisation des espaces océaniques a bouleversé le regard politique porté sur l'Océanie. Le droit de la mer, fixé en 1982, a organisé le zonage des mers et des océans par la création des zones économiques exclusives et l'attribution des richesses du plateau continental au bénéfice des États riverains : la mondialisation marine a alors basculé du droit maritime vers le droit de la mer. Celui-ci a établi le zonage et la juridictionnalisation des mers et des océans sous l'emprise maritime des États côtiers : « La conférence constitue une révolution par la légitimation d'un nationalisme maritime qui n'est plus fondé sur la puissance coloniale, navale ou commerciale, mais sur le privilège côtier d'États indépendants, la riveraineté alliée à la souveraineté »⁶.

En Océanie, le réseau insulaire et archipélagique du Pacifique a ainsi abouti à la création d'immenses zones sous juridiction où, principalement à l'ouest de cet océan, le réseau insulaire et archipélagique occupe la moitié des zones de pêche thonières.

2. L'appétit insatiable de souveraineté océanique des États riverains

Cette reconnaissance de la primauté des États riverains est le résultat de plus d'une décennie de négociations entre, d'une part, les grandes nations maritimes attachées à la liberté des mers (principe qui favorise les États les plus riches à la capacité maritime la plus grande) et d'autre part, les États du tiers-monde titulaires d'une toute nouvelle indépendance. Ils ont été désireux de se réserver pour eux-mêmes les revenus des richesses halieutiques ou minérales d'une frange côtière minimale : soit en les exploitant eux-mêmes, soit en les concédant si leurs capacités logistiques et opérationnelles propres ne le permettaient pas. Par opposition à une compétition délétère aboutissant au pillage des côtes, l'argument de la « gestion responsable » de l'État côtier fut donc pour la première fois utilisé dans ce contexte...

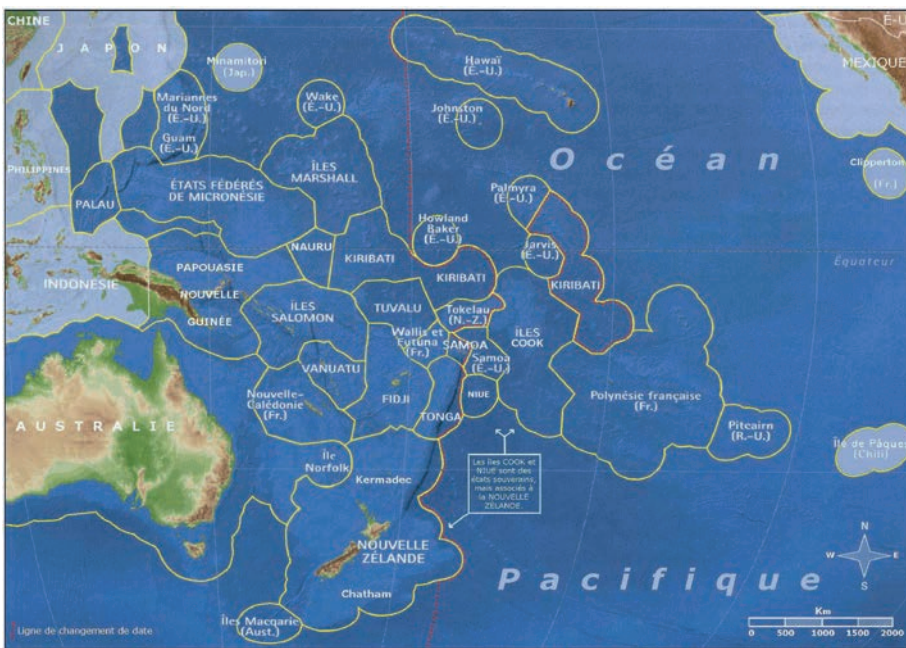
6 Cf. la thèse de référence TD Montpellier Gilbert Apollis, *L'emprise maritime de l'État côtier*, Pedone, Paris 1980.

Grâce aux nouvelles capacités technologiques de pillage et d'exploitation des ressources de la mer, les États riverains revendiquent désormais des emprises plus larges, comme fondement de la création des grandes aires marines protégées océaniques : création des « zones écologiques » en Méditerranée ou « zones présentesielles » doublant la superficie des ZEE, notamment par les grands États d'Amérique du Sud.

B. Les effets d'aubaine de Montego Bay en Océanie

Lors de la conclusion de la conférence du droit de la mer de 1982, peu d'observateurs avaient mesuré la portée océanique des nouvelles règles d'attribution de zones économiques. Les poussières d'îles et d'archipels des océans Indiens et Pacifique sont devenues alors le support juridique d'immenses juridictions marines. Ces effets d'aubaine bénéficient à des territoires dont l'appareil étatique est inexistant, mais ils se sont aussi propagés aux grands États riverains et aux grandes puissances maritimes.

Carte 1. ZEE de l'Océanie



Carte actualisée par S.I. Cepleanu. D'après B. Antheaume et J. Bonnemaison « Atlas des îles et des états du Pacifique Sud », GIP Recus-Publisud, 1988, R. Chaoud, A. Nicolas et J.-C. Victor (dir), « Le dessous des cartes, itinéraires géopolitiques », Taillandier 2011 et «The World Factbook » 2011, Washington, DC, C.I.A.

1. Les effets d'aubaine pour les micro-États insulaires

À partir de 1982, les effets de la mise en place des zonages économiques exclusifs sont apparus démesurés dans le Pacifique, où une minuscule terre émergée permet d'établir des centaines de milliers de kilomètres carrés de juridictions. Des effets territoriaux inattendus pour des micro-États devenus pour la plupart indépendants depuis une décennie, ou pour des territoires non autonomes administrés par des grandes puissances. Le tableau suivant donne la mesure de ces effets sur les États insulaires, rapportée à leur superficie terrestre et à leur population.

Tableau 1 : Superficies des ZEE de certains États insulaires rapportées aux terres émergées et à la population

| États | Superficie de la ZEE | superficie terrestre | population |
|-------------------------------|---------------------------|------------------------|------------|
| Îles Marshall | 1 990 530 km ² | 18 411 km ² | 70 983 h |
| Îles Salomon | 1 589 477 km ² | 36 282 km ² | 622 469 h |
| Fidji | 1 282 978 km ² | 47 705 km ² | 873 322 h |
| Tuvalu | 749 790 km ² | 3 575 km ² | 10 869 h |
| Vanuatu | 663 251 km ² | 11 483 km ² | 234 023 h |
| Tonga | 659 558 km ² | 8 517 km ² | 100 651 h |
| Nauru | 308 480 km ² | 41 km ² | 10 084 h |
| Kiribati | 3 000 000 km ² | 850 km ² | 91 000 h |
| Pitcairn (Grande-Bretagne) | 560 000 km ² | 47 km ² | 67 h |

L'exemple des Kiribati, qui regroupent trois archipels séparés (Gilbert, Phoenix et Line) avec 3 millions de km² de ZEE pour 91 000 habitants répartis sur 850 km² de terres immergées, peut être rapporté à la situation de la Chine qui, avec ces mêmes règles, ne se voit reconnaître que 2,5 millions de km² de ZEE dans plusieurs mers semi-fermées où les guerres de frontières maritimes sont incessantes⁷.

2. Les effets d'aubaine pour les grandes puissances développées

Toutefois, ces effets d'aubaine de Montego Bay valent également pour les pays développés, en particulier pour les grandes puissances administratrices de territoires non autonomes selon la formule des Nations unies et de territoires outre-mer (cas de la France), ou d'États associés (cas de la Nouvelle-Zélande, des États-Unis ou de l'Australie).

Seules les collectivités d'outre-mer du Pacifique permettent à notre pays de se déclarer « deuxième puissance marine du monde ». Avec la Polynésie, la Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna et Clipperton, le Pacifique apporte à la France près de 7 millions de km² de ZEE sur les 10,5 millions km² de juridictions d'ores et déjà reconnus⁸.

7 Cependant, avec l'idée que Taiwan est sous sa souveraineté et que les îlots Sparkley lui appartiennent en mer de Chine du Sud, la Chine revendique un peu plus de 3 millions de km² de juridictions malgré la position contraire de la Cour d'arbitrage de la Haye.

8 La France s'est engagée dans le programme océanographique EXTRAPLAC pour la reconnaissance de l'extension de ses plateaux continentaux : sa juridiction polynésienne s'en trouverait par exemple augmentée de plus de 16 %, soit plus de 0,8 millions de km².

Les juridictions maritimes de Nouvelle-Zélande, qui sont de 3 423 231 km², peuvent être augmentées des superficies des « territoires » ou des « États associés » d'une façon telle, si s'y ajoutent des îles sous administration, qu'elles doublent pratiquement celles de l'archipel néo-zélandais: îles Cook 1 960 131 km²; Niue 316 629 km²; îles Kermadec 678 402 km²; Tokelau 319 000 km²...

Avec les règles de Montego Bay, les États-Unis multiplient par trois leur ZEE continentale dans le Pacifique, avec l'archipel hawaïen, les îles Aléoutiennes, Johnson, les Mariannes, les Samoa américaines, Palmyre, Jarvis, Wake, Howland Baker. En fait, l'influence de la présence maritime étasunienne est bien plus grande car elle est augmentée de zones administrées officiellement ou officieusement sur plus de 6 millions de km²: îles Marshall, Micronésie, les trois ZEE des Kiribati et, malgré l'indépendance récente de cet archipel situé à l'ouest de la zone, des liens stratégiques et maritimes restés forts avec les Palaos autrefois sous mandat américain.

III. LES AIRES PROTÉGÉES OCÉANIQUES COMME MODE DE RENFORCEMENT DE LA LÉGITIMITÉ ÉTATIQUE⁹

Depuis plus d'une décennie, la multiplication des grandes aires marines protégées (Large Scale Marine Protected Areas (LSMPA)), en particulier sur les espaces océaniques, apparaît comme un des nouveaux phénomènes institutionnels du droit de la mer. La protection des océans et les progrès de la science en sont les justifications, selon la version officielle promotionnée par différents groupes de pression.

Cependant, les arrière-pensées souverainistes coïncident avec les revendications *présentielles*, les chicanes sur les plateaux continentaux et les « parcs de papiers » mis en place à la hâte ces dernières années.

A. L'émergence et la multiplication dans les océans des « AMP à grande échelle »

De très grandes aires marines protégées ont été créées depuis une dizaine d'années, augmentant la taille de ces zones de protection. Les Large Scale Marine Protected Areas (LSMPA) sont appelées aussi GRandes Aires Marines Protégées (GRAMP)¹⁰. L'augmentation colossale de leur superficie repose sur un mouvement conservationniste venu des États-Unis et qui a fait florès dans le Pacifique, en raison de la disponibilité d'immenses ZEE insulaires et archipélagiques isolées.

1. Augmentation en taille et en nombre des grandes zones marines protégées

Alors que la taille des aires marines protégées traditionnelles a une taille médiane de 1,6 km², de très grandes zones déclarées protégées dont la superficie est supérieure à 150 000 km²

9 Les données de cette partie ont été développées par B. Cazalet et P. Leenhardt, « Le phénomène mondial de multiplication et d'extension des surfaces des grandes aires marines protégées », in F. Féral et B. Salvat B. (dir.), 2014, *Gouvernance, enjeux et mondialisation des grandes aires marines protégées : recherche sur les politiques environnementales de zonage maritime. Le challenge maritime de la France de la Méditerranée et d'outre-mer*, Paris, L'Harmattan, Collection Maritimes, p. 25/52.

10 Terme utilisé dans le programme de recherche français LITBAU de 2012 sur ce phénomène.

représentent désormais plus de 75% des superficies des zones protégées, si tant est que ces protections soient effectives et qu'il s'agisse effectivement de zones de conservation marine. Les grandes zones économiques océaniques favorisent évidemment ce zonage gigantesque et c'est dans l'océan Pacifique, d'abord, dans l'océan Indien, ensuite, que ce phénomène s'est le plus illustré. L'Australie fut en 1975 le premier État riverain à s'engager sur cette voie, en instituant une zone de 344 000 km² pour la protection de la barrière de corail du Queensland sur sa côte Est. Cependant, c'est la création par Georges Bush en 2006 d'une zone de protection de 380 000 km² à l'est d'Hawaï qui a ouvert la voie à la création de nombreuses LSMPA.

Toutefois, contrairement à la décision australienne de 1975, ce classement américain n'est confronté que d'une façon très marginale à la gestion côtière : rapportée à quelques îles minuscules, l'immense zone protégée située dans une mer peu fréquentée n'a rien à voir avec le casse-tête de la gestion côtière intégrée du Queensland, qui doit réguler 2 600 km² de côtes sur lesquelles prospèrent industrie pétrolière, pêche professionnelle, agriculture intensive, forte urbanisation. Ce modèle insulaire océanique américain a enclenché près d'une quinzaine de créations de même nature qui aujourd'hui, constellent l'Océanie et l'Océan Indien. Voici la liste et les cartes de ces immenses zones de protection avec leurs dates de création, qui illustrent l'accélération de ce phénomène à partir de 2006 :

Tableau 2 : Zones protégées du Pacifique

| | | | |
|----------------------|------------|---------------------------|--------------------|
| Great Barrier Reef | Australie | 344,400 km ² | 1975 |
| Papahānaumokuāke | USA | 380 000 km ² | 2006 |
| Phoenix Islands | Kiribati | 408 250 km ² | 2008 |
| Marianas Trench | USA | 250 487 km ² | 2009 |
| British Indian Ocean | R.U Chagos | 640 000 km ² | 2010* océan Indien |
| Motu Motiro Hiva | Chili | 150 000 km ² | 2010 |
| Coral Sea | Australie | 989 842 km ² | 2012 |
| South-west Corner | Australie | 271 898 km ² | 2012* océan Indien |
| Norfolk | Australie | 188 433 km ² | 2012 |
| Macquarie Island | Australie | 162 000 km ² | 2012 |
| Argo-Rowley Terrace | Australie | 146 099 km ² | 2012* océan Indien |
| PNM mer de Corail | France | 1 300 000 km ² | 2014 |
| Pacific Remote Islds | USA | 1 269 065 km ² | 2015 |
| Palau marine sanct. | Palaos | 500 000 km ² | 2015 |
| Nazca-Desventuradas | Chili | 297 000 km ² | 2015 |
| Marae Moana | îles Cook | 1 900 000 km ² | 2017 |

2. Pourquoi de grandes aires marines protégées ?

Les arguments conservationnistes et scientifiques en faveur de ces grandes zones océaniques protégées ne sont pas aujourd'hui réellement convaincants, ce qui nous amène à penser que les arrière-pensées souverainistes sont plus déterminantes dans cette frénésie de création d'AMP géantes.

147

L'idée principale développée par leurs promoteurs est d'observer que la majeure partie des océans n'est pas protégée et que les espèces y déclinent rapidement : il faudrait donc à proximité des côtes, ouvrir des « couloirs alimentaires océaniques interconnectés » pour arrêter ce déclin. Avec l'idée d'économie d'échelle, il paraît également plus efficace de gérer un secteur intégré de grandes aires de protection, qu'un grand nombre de petites réserves non coordonnées avec des zones interstitielles non protégées.

Les grandes zones de protection permettraient aussi une connaissance des océans et de leurs richesses, vierges des influences anthropiques ; une démarche de précaution/prévention consiste en particulier à créer des sanctuaires sur les zones non encore détériorées, pour mieux les étudier et en réserver l'accès aux équipes de recherche. De nombreux travaux scientifiques ont accompagné depuis 2008 la création des aires marines pour promouvoir leur création, évaluer leurs effets, organiser leurs gouvernances¹¹.

Cette production académique souligne d'abord l'importance du groupe social des scientifiques dans la promotion des aires de protection marines. Ces opérations de conservation constituent désormais un domaine de recherche, d'évaluation et d'expertise générant une augmentation significative des moyens et de la communication scientifiques, promotionnant la visibilité positive de ce groupe. La création des aires protégées océanique l'a renforcé par des expéditions et opérations scientifiques médiatisées, des levées de fonds publics, des programmes de recherches sur les Océans, bref une amélioration significative de sa position sociale¹². Les LSMPA sont accompagnées depuis leur origine par des groupes de pression et des promoteurs qui illustrent l'influence de grandes ONG conservationnistes, fondations et universités des États-Unis où sont mêlés d'une façon inextricable la recherche, le conservatisme et le lobbying nord-américain.

Les Pew Charitable Trusts¹³ ont engagé un travail de lobbying pour mettre en AMP 30% des océans. Implantés dans le Pacifique, ils ont ouvert une représentation à Tahiti et à Nouméa, fournissant en particulier aux autorités locales des études et des expertises. Ils organisent et participent aux manifestations de sensibilisation, aux réunions avec les notables et les

11 Entre autres très nombreuses, cf. C. R. C. Sheppard *et al.*, "Reefs and islands of the Chagos Archipelago, Indian Ocean : why it is the world's largest no-take marine protected area", *Aquatic Conservation: Marine and Freshwater Ecosystems n/a-n/a*, 2012 ; P.B. Fenberg *et al.*, "The science of European marine reserves: Status, efficacy, and future needs", *Marine Policy* 36, 2012, p. 1012-1021 ; D. Alemany *et al.*, "Effects of a large-scale and offshore marine protected area on the demersal fish assemblage in the Southwest Atlantic", *Journal of Marine Science* 70, 2012, p. 123-134 ; J. Claudet *et al.*, "Marine reserves: size and age do matter" *Ecology letters* 11, 2008, p. 481-489.

12 272 000 résultats en 0,49 secondes : c'est le résultat de la requête pour « MPA » sur Google, ce qui illustre à quel point cette question et ce thème sont devenus un phénomène mondial aussi médiatique que scientifique.

13 Ils couvrent les domaines de l'environnement, de l'économie, la santé, les services à la personne, la recherche sur l'opinion publique, les arts et la culture... avec une nette idéologie conservatrice.

élites dans les États insulaires, mais également dans les collectivités d'outre-mer où ils ont des représentations.

Blue Oceanic est une ONG constituée en 2011 aux États-Unis par la National Geographic Society (NGS) *“to preserve as much of the ocean as possible – and more specifically, at least 20 %”*. Malgré les doutes sur la nature de ces créations, l'UICN, le WWF et de nombreuses universités américaines affiliées à la National Ocean and Atmospheric Administration (NOAA) sont également très actives dans la promotion des aires de conservation de l'océan et militent pour que s'implantent les grandes AMP océaniques.

Ce mouvement médiatique a été très important dans le développement de leurs créations dont le principe a fait consensus, comme une croisade écologique associée à la protection des récifs coralliens. Qui oserait en effet s'opposer à la défense vertueuse de nos océans menacés et de nos coraux multicolores ? Pourtant, dans cet *el dorado* de cocotiers, de plongée sous-marine et de nourrissage de raies et de requins, peu nombreux sont ceux qui renoncent à la consommation de plastiques, réduisent leur alimentation en thonidés, boudent les transports aériens pour participer aux grandes messes de la biodiversité ou éteignent leur climatisation hôtelière.

B. Les grandes aires de protection : conservation de la nature ou propagande étatique ?

Le développement de ces immenses circonscriptions de protection soulève des questions, en particulier celles de leur gouvernance et celles de leur efficacité/utilité car leur proclamation ne nous renseigne pas vraiment sur leur fonctionnement et sur leur efficience. Ce fait alimente des doutes sur leur véritable nature sans que se réduise pour autant l'empathie médiatique dont elles sont l'objet.

1. Le problème de la gouvernance des grandes aires de protection

La création des grandes aires océaniques s'est propagée depuis 2006 dans des conditions assez mystérieuses quant au contenu et à la portée de ces opérations. Cependant, dans tous les cas, l'initiative de créer ces zones apparaît comme une volonté et une décision centrale des différents gouvernements, conformément à la vulgate conservacionniste aujourd'hui présente sur les medias.

La question de la gestion et de la gouvernance de ces immenses espaces reste peu lisible, comme la portée de ce zonage. La constitution d'un comité de gestion est la formule qui accompagne la création de ces zones et les décisions de protection sont renvoyées à la rédaction d'un plan de gestion élaboré par des groupes de travail représentatifs des « acteurs » concernés par les usages des océans.

En France, les comités de gestion des parcs marins (parc marin de la mer d'Iroise), des réserves marines (réserve marine de Banyuls-sur-Mer) ou des Plan de Gestion de l'Environnement Marin (PGEM de Moorea) sont des pataquès¹⁴ qui rassemblent un important nombre

14 « Activité d'une certaine ampleur trahissant un manque criant de planification ou d'organisation » : Wikionnaire ; « Situation embrouillée et confuse » : Larousse.

d'acteurs : État, collectivités locales, communautés, pêcheurs, ports et armateurs, industriels, professionnels du tourisme, scientifiques, protecteurs de la nature...

Outre les difficultés à établir des représentativités, ces participants sont invités à se mettre d'accord sur les mesures à adopter pour gérer l'espace marin. Le pouvoir des comités se limite d'abord à élaborer un plan de gestion qui n'est pas une réglementation proprement dite : il s'agit le plus souvent, au mieux, de faire appliquer une réglementation figée (à l'image du système de réserves), au pire, à enchaîner sans fin des études et des expertises. Ainsi se pose la question de la normativité de ces plans de gestion et de leur juridicité¹⁵.

Enfin, le problème du coût de gestion doit être évoqué : quel modèle économique permet d'assurer les études, la surveillance, la répression éventuelle ? Le modèle de la réserve de Banyuls que nous avons étudié, reposait sur une subvention publique du département des Pyrénées-Orientales¹⁶. Mais ce coût de gestion, rapporté à la superficie et à la population contributive, est absurde si nous le mettons en regard des superficies des aires océaniques. Les études entreprises sur la couverture des frais de gestion des LSMPA par le marché, notamment touristique, ne sont pas convaincantes¹⁷.

Chaque cas révèle en réalité des modèles de gestion singuliers. La grande circonscription côtière du parc marin de la Grande Barrière de corail compte 33 % de sanctuaires, dont le régime réglementaire est celui de la réserve marine interdite d'accès et de toute activité. La pression et l'importance des différentes activités économiques du Queensland obligent les gestionnaires à concevoir cette grande circonscription comme *une zone à usages multiples*. Ainsi, chaque étape de décision et de planification est précédée par des processus participatifs afin d'inclure, écouter, consulter le maximum d'acteurs pour légitimer la politique de gestion choisie. Le modèle retenu et les réglementations spatiales applicables reflètent la complexité de cette aire marine multi-usages et de sa mise en œuvre sans cesse négociée.

En revanche, les grandes aires archipélagiques ou océaniques à l'intérieur des ZEE géantes se caractérisent par une réglementation assise sur le principe du sanctuaire de papier, selon l'idée directrice de la fondation Pew ou de Blue Oceanic, favorables à ne pas tergiverser avec des réglementations *en dentelles* comparables à celle de la Grande Barrière. Il s'agit d'interdire 100 % ou 50 % de la surface aux activités extractives, notamment la pêche industrielle. Mais la mise en œuvre effective de ce principe n'est pas aussi simple. Les activités d'extraction ancestrales dans les lagons et les atolls, la navigation de commerce ou professionnelle,

15 Cf. sur ce phénomène « L'extension récente de la taille des aires marines protégées : une progression des surfaces inversement proportionnelle à leur normativité », « Gestion durable des zones côtières et marines et marines : nouveaux discours, nouvelles durabilités, nouvelles frontières » *Vertigo* 3^e trimestre 2011. Revue institutionnelle de l'UQAM, Institut des sciences de l'environnement, hors-série 9 [En ligne], hors-série, 9 juillet 2011. <http://vertigo.revue.org/10998>

16 "Legal, institutional and administrative analysis of lagoon conservation in French Polynesia: the Moorea case", *Journal of US-China Public Administration*, USA, 2010, vol. 6, n° 6, novembre 2009, p. 10-17. Dans cette étude, le coût de gestion consolidé de la réserve de Banyuls était établi à 1 000 € l'hectare, financé par le département des Pyrénées-Orientales, soit 1,5 € par habitant du département, la réserve faisant 600 hectares pour environ 400 000 habitants.

17 Cf. notamment les travaux du 2^e colloque des Aires Marines protégées 2010, La Rochelle, Agence des aires marines protégées : http://download.pole-lagunes.org/LettreLagunes/2010/LL-nov2010/amp_programme.pdf et un ouvrage complet sur cette question : J. Claudet (ed.), *Marine Protected Areas: Effects, networks and monitoring – A multidisciplinary approach*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011.

L'organisation du tourisme et la limitation de ses impacts, les activités marines récréatives et la surféquentation des plus beaux sites naturels sont le plus souvent en dehors des champs de protection et la plupart des actes de création sont muets sur ces questions.

Le second problème est celui de l'efficacité et de l'effectivité de la protection : est-ce que les LSMPA protègent vraiment les océans¹⁸ ? Pour l'instant, alors que sont prolifères les études sectorielles sur les « effets réserve » des aires de protection limitées, aucune étude n'a été entreprise ou réalisée pour mesurer l'impact des LSMPA qui ont été créées depuis 2006. L'idée se développe chez les observateurs avertis qu'il s'agit le plus souvent de *parcs de papier*, car cette tendance lourde à l'accroissement de superficies se réalise dans des conditions qui suscitent la perplexité ; mise à part la Grande Barrière de corail australienne dont les biotopes coralliens sont bien documentés, les grandes aires marines protégées recouvrent souvent des zones mal connues et pour lesquelles la portée des mesures de protection demeure énigmatique. De même, le plus fréquemment, les coûts de gestion et de surveillance comme les types de gouvernance en restent nébuleux. Ces mystères renforcent l'impression que la plupart de ces grandes AMP sont plus proclamatrices qu'effectives.

On ne peut être que réservé quant à leur mise en œuvre, en raison de leur immensité et de la faiblesse de l'appareil de gouvernance qui y est associé. Les îles Cook¹⁹ ont moins de 25 000 habitants et affichent 1 960 135 km² de ZEE ; en 2011, leur gouvernement a déclaré 1 million de km² d'AMP couvrant la moitié sud de leur ZEE, pour une entrée en vigueur légale en 2013²⁰. Leur classement à l'UNESCO a renforcé cette déclaration. Dès 2017, lors de la COP 22 à Marrakech, le sanctuaire *Marae Moana* a été étendu à la totalité de la ZEE des Cook, soit 1,9 millions de km². Même circonspection pour le classement dès 2008, de 400 000 km² de protection autour des îles Phoenix par le micro-État des Kiribati. Cette AMP fait l'objet de réserves quant à son efficacité de la part des observateurs et des scientifiques.

2. Les arrière-pensées des AMP océaniques

Nous pouvons dès lors supputer que les AMP sont avant tout une étape de l'évolution territoriale du droit de la mer car leur mise en place est un phénomène principalement étatique, voire postcolonial, unilatéral et centralisé. Les deux cas emblématiques à cet égard sont, d'une part, le classement des îles Chagos en aire protégée par le Royaume-Uni, alors que le contentieux colonial avec les autochtones n'était pas purgé et, d'autre part, le classement en « Grand monument national », *Papahānaumokuāke*, d'une partie occidentale de l'archipel d'Hawaï par Georges Bush, dont les inclinaisons conservacionnistes étaient nulles.

18 Cf. pour une revue juridique et managériale de cette question, B. Cazalet et S. M. Garcia, « Gouvernance, droit et administration des aires marines protégées », *Annuaire du droit de la mer*, 2012, Tome XVI, dossier spécial : le régime juridique des grands fonds marins, A. Pedone Ed., Paris, p. 121-151.

19 Archipel au statut d'indépendance associée à la Nouvelle-Zélande avec laquelle elle conserve d'étroits liens politiques et économiques. Un statut particulier permet de recevoir une aide financière annuelle qui varie entre 3 et 5 millions d'euros ; les insulaires sont automatiquement citoyens néo-zélandais.

20 Une zone pour des « usages multiples durables » est alors établie mais en utilisant le « principe de précaution » pour l'exploitation minière, le tourisme, la pêche et la « mise en valeur » des fonds marins. Selon le communiqué gouvernemental, cette décision a été obtenue « lors d'une large consultation permettant un consensus entre le gouvernement, les chefs traditionnels et les communautés locales ».

La convention des Nations unies sur le droit de la mer a fixé la largeur maximale des ZEE à 200 milles marins. Désormais, la plupart des frontières maritimes sont établies et clairement identifiées, mais certains États côtiers prônent toujours une vision extensive de leur capacité d'intervention sur les zones adjacentes de haute mer, notamment pour des motifs de protection environnementale. La notion de *mer présente* défendue en Amérique Latine²¹ exprime la volonté pour l'État côtier de se voir reconnaître implicitement des compétences en matière de surveillance sur les eaux situées au-delà de ses espaces sous-juridiction et sur les eaux surjacentes des plateaux (exemples du Chili, Brésil, Mexique, etc.)²².

Dans ce contexte où s'est ouverte une véritable guerre des frontières marines, la création d'aires de protection est facilitée dans les régions faiblement peuplées où les intérêts économiques sont limités et facilement indemnisables ou négligeables. Ces décisions sont largement relayées et soutenues par les ONG les plus influentes (Pew, Greenpeace, WWF, etc.). Si la finalité affirmée des grandes AMP reste la préservation d'écosystèmes marins étendus, la question demeure quant à la régulation des activités économiques présentes dans ces secteurs océaniques et notamment la pêche au thon.

Pour les petits États insulaires du Pacifique, ces classements constituent l'affirmation de leur souveraineté effective sur ces immenses zones, alors qu'ils n'ont aucun moyen de surveillance et de contrôle des activités de pêche ou de navigation. Les activités halieutiques étrangères sont donc désormais illégales, même si la probabilité de les réprimer est improbable. Cette posture se confirme, car dans un même temps où les ZEE îles Phoenix et Cook ont été classées en AMP, leurs gouvernements négocient des licences de pêches thonières pour des armements industriels asiatiques. Les grandes AMP apparaissent comme des moyens de geler en droit, l'accès d'espèces migratrices faisant l'objet de captures de masse, actives ou accessoires... pour organiser leur mise en valeur ultérieure, par l'attribution de licences de pêche probables, ou par un armement national hypothétique.

IV. LA SITUATION DE LA FRANCE SUR LES TERRITOIRES OCÉANIQUES

La place de la France du Pacifique dans ce processus à la fois d'extension phénoménale de ses juridictions et de ses responsabilités conservationnistes, apparaît pleine de contraintes. Celles-ci sont liées à la dispersion de ses immenses ZEE avec des moyens à la mer limités, à sa position d'État non riverain et à son héritage postcolonial. Par ailleurs, la France, en rejoignant le club des LSMPA, n'échappe plus au syndrome du « parc de papier » dans ses politiques d'extension des superficies protégées.

21 J. A. Yturriaga Baberan, 1997, *The International Regime of Fisheries: From UNCLOS 1982 to the Presential Sea*, The Hague, Nijhoff. Le Brésil a revendiqué notamment la police environnementale d'une superficie marine équivalente au bassin de l'Amazonie comme dépendance écologique de ce fleuve.

22 Nous pouvons également citer l'invention de nouveaux zonages écologiques en Méditerranée par la France et par la Croatie sur des zones classées en haute mer mais qui préfigurent l'établissement d'une ZEE : voir sur ce point F. Galletti, B. Cazalet, « Du droit de la mer et de la situation d'indétermination des eaux sous juridiction en Méditerranée à l'invention des nouveaux zonages écologiques », in J.R. Rodriguez, G.A. Oanta, (ed.), *Le droit public à l'épreuve de la gouvernance*, Presses Universitaires de Perpignan, 2012, p. 257-296.

A. Des moyens à la mer limités pour d'immenses juridictions dispersées sur des milliers de kilomètres d'océan

Le talon d'Achille de la France maritime, c'est que notre pays présente la plus grande dispersion mondiale de juridictions marines. L'ampleur de ses « moyens à la mer », c'est-à-dire de ses capacités navales présentes ou de ses professions industrielles et halieutiques, n'est pas à la mesure de ces étendues.

1. Des juridictions lointaines et éclatées sur tous les océans

Du fait de son héritage colonial, mais également de ses explorations et de ses découvertes dans des zones océaniques désertes, la France est aujourd'hui responsable de 10,1 millions de km² de ZEE et ses revendications sur de nouveaux plateaux continentaux pourraient porter ces surfaces à plus de 12 millions de km².

En premier lieu, ces juridictions sont dispersées sur 18 zones réparties tout autour de la planète, dont 14 se situent dans l'hémisphère Sud. On mesure à la lumière de ces données, les difficultés opérationnelles de gestion, de surveillance et donc à nouveau de présence, assurant la souveraineté apparente de notre pays comme l'évolution du droit de la mer le préfigure.

En second lieu, en Océanie, en termes de légitimité et d'opérationnalité, la France n'est pas directement riveraine du Pacifique, contrairement aux États-Unis, à la Nouvelle-Zélande ou à l'Australie. Ses différentes ZEE ne sont pas appuyées sur les côtes métropolitaines où sont disponibles les activités, les hommes, les richesses et les moyens. Les ZEE océaniques françaises apparaissent dans la région, à tort ou à raison, comme des reliquats impérialistes, appuyées sur des *territoires non autonomes*, administrés par une puissance coloniale qui n'a pas voulu se retirer. À cet égard, les barbouzes des années quatre-vingt et les expériences nucléaires de la fin du xx^e siècle, n'ont guère contribué à modifier cette image.

Cette problématique sous-présentielle de la France est illustrée dans le Pacifique par l'île de Clipperton découverte et relevée par un navire français en 1711²³. Depuis 1945, c'est une terre inhabitée mais à laquelle est associée désormais une zone économique exclusive de 431 000 km². En théorie, les « forces armées en Polynésie française [y] font des surveillances régulières [et] le Centre de fusion de l'information maritime basé à Tahiti assure sa surveillance par satellite »²⁴. Autant dire qu'il n'y a âme française qui y vive ou qui y patrouille et que sa surveillance est inexistante, puisque Clipperton est situé à 5 000 km de Papeete et que notre capacité d'intervention navale ou aérienne y est nulle depuis la Polynésie française. Plus symptomatique encore de cette absence : pour apaiser les revendications présentes du Mexique (dont les côtes ne se trouvent qu'à mille kilomètres et qui n'a reconnu la souveraineté française qu'en 1959), la France lui a cédé gratuitement la quasi-totalité de ses droits de pêche, notamment par un accord du 27 mars 2007²⁵. Dès lors, faute de présence humaine et/

23 Plusieurs controverses juridiques sur son appartenance ont été ouvertes avec le Mexique et les États-Unis mais une décision de la Cour d'arbitrage de la Haye a donné raison à la France en 1931.

24 Site officiel du ministère de la Défense nationale qui précise : « [...] un atoll situé dans l'une des régions les plus riches en thonidés au monde et dont les fonds recèleraient d'importantes quantités de nodules polymétalliques [...] »

25 Chaque année le gouvernement français octroie à titre gratuit sur demande du gouvernement du Mexique, des licences de pêche aux navires mexicains qui sont inscrits au registre de la commission Interaméricaine sur le thon

ou de moyens à la mer, Clipperton apparaît comme une charge militaire et un renoncement diplomatique, bien plus que comme un fleuron marin ou économique.

Sans généraliser cette situation extrême, s'illustrent à travers cet exemple les limites des rodontades médiatiques sur notre souveraineté et notre puissance maritime, mesurées uniquement à partir des surfaces de ZEE.

2. La question des moyens à la mer pour exercer la juridiction sur les ZEE

L'activité de pavillon est un élément de souveraineté trop minimisé par les commentateurs, alors même que les moyens à la mer militaires et de police sont parfaitement documentés.

a. L'importance des activités de pavillon

La Chine n'a que 2,3 millions de km² de ZEE (même si elle en revendique un million supplémentaire), mais elle entretient la plus grande flotte de pêche du monde en haute mer puisque la moitié des pavillons industriels de pêche sont sous sa juridiction ; elle met sur le marché 40 % des produits halieutiques. Ses 3 400 navires de haute mer lui assurent une présence au large de plus de 100 pays. La France arme seulement 195 navires de pêche de plus de 24 mètres, qui opèrent pour la plupart dans les eaux de l'Union européenne : elle n'a pas de flotte industrielle de pêche dans le Pacifique, et pour l'instant, elle n'a pas été en mesure d'en constituer une, comme l'illustrent ses échecs d'armer une flotte thonière à Tahiti. Il apparaît ainsi qu'une production pêcheuse et un outil de navigation halieutique ne s'improvisent pas et que des savoirs faire professionnels maritimes ne se mettent pas aisément en place²⁶.

L'exemple de la pêche chinoise souligne que les capacités des activités économiques des États sont une contribution essentielle à la politique présente en mer. À cet égard, la France a perdu l'essentiel des capacités de son pavillon et de ses activités professionnelles maritimes car ce ne sont pas les armements de navires de plaisance et les courses de voiliers médiatisées qui remplaceront la navigation de commerce, la pêche ou les industries extractives marines.

b. Les moyens militaires à la mer

Si comparaison n'est pas raison, nous pouvons cependant avoir une idée des enjeux présents sur les juridictions marines, en comparant les moyens militaires et de police maritime de la France, de la Chine et des États-Unis.

Pour ce qui concerne les moyens militaires à la mer, pour une juridiction de plus de 10 millions de km², la marine française compte 180 bâtiments et 211 aéronefs. En 2014, son personnel s'élevait à 41 000 hommes pour un budget de 5 milliards d'euro.

tropical (CIATT). Voir à cet égard la question écrite n° 13419 de Mme Jacky Deromedi, *Journal Officiel du Sénat*, du 23/10/2014, p. 2366.

26 Dans ce même registre, l'État des Kiribati a une juridiction marine de 3 millions de km² pour 90 000 habitants répartis sur 850 km² de terres immergées. Sa tentative de créer une flotte thonière nationale a été un échec coûteux et malgré les soutiens internationaux, elle a connu les mêmes déboires que la flotte thonière de Polynésie française.

Pour une ZEE de 2,5 millions de km² concentrée sur ses côtes continentales, les moyens militaires maritimes de la Chine sont de 870 bateaux et 800 aéronefs. Certes, eu égard à leurs qualités et à leur sophistication, nos moyens inférieurs en nombre ne sont pas négligeables, mais ils ne sont pas utilisés dans les ZEE d'outre-mer que d'une façon marginale²⁷. Pour la même superficie de ZEE que celle de la France, la marine militaire des États-Unis, (la fameuse *US Navy*) disposait à la même date d'un budget de 235 milliards \$US, elle comptait environ 520 000 hommes servant 290 bâtiments de combat (dont 11 porte-avions géants) et 162 bâtiments auxiliaires²⁸. L'aéronautique navale américaine disposait de 4 000 aéronefs. Dans le Pacifique, la *Navy* utilise une dizaine de bases navales au Japon et les bases de Guam et à Hawaï sont des complexes militaires navals gigantesques. La flotte américaine bénéficie aussi de nombreuses commodités dans les ports de la plupart des États insulaires avec lesquels elle co-administre les zones marines.

c. Les moyens de police et de recherche scientifique à la mer

Pour ce qui concerne enfin les moyens de police à la mer, la comparaison France/États-Unis est aussi nette. La garde-côtes française a été mise en place en 2011 par la fusion de la direction des Douanes en mer et de la gendarmerie maritime, sans création de moyens supplémentaires ; ces deux services totalisent une soixantaine de patrouilleurs et vedettes servis par 2 300 hommes.

Cependant, l'essentiel de ces moyens maritimes de douane et de gendarmerie est mobilisé en métropole. Par comparaison l'US Coast Guard comptait 44 000 personnes en 2014. Les 10 districts maritimes américains disposaient de plus de 2 200 navires, allant de la vedette pneumatique au brise-glace. Mais avec plus de 200 bâtiments d'une centaine de mètres de long susceptibles d'effectuer des missions de surveillance au large et pour des périodes longues, la capacité de projection dans le Pacifique est sans comparaison avec nos moyens. Le budget annuel total de la Coast Guard pour l'année fiscale 2014 était de 12,1 milliards de dollars, avec une enveloppe qui avait plus que doublé depuis 2001. Pour financer le seul National Marine Fisheries Service, les moyens de la National Ocean Atmospheric Administration (NOAA) se chiffrent à plus de 1 milliard de dollars ; le National Ocean Service dispose pour sa part de 5,4 milliards de dollars, dont 560 millions pour soutenir au niveau fédéral les seules activités de recherche²⁹. Les capacités présentes des États-Unis sur leurs ZEE ou sur les dépendances stratégiques qui les occupent, apparaissent donc sans commune mesure avec celles de notre pays. Le classement en aire marine protégée de vastes zones se comprend mieux à la lumière de ces immenses moyens qui assurent, ici encore, une forte présence maritime scientifique de l'État américain.

²⁷ Pour le Pacifique, un patrouilleur pour surveiller 6 millions de km² de ZEE auxquels on doit ajouter Clipperton et pour l'Océan Indien, une vedette de type « surveillance rapprochée » positionnée à Mayotte.

²⁸ Il faut ajouter à ces moyens, la réserve de transport ravitailleur ou pétrolier du Military Sealift qui compte environ 160 bâtiments et un service de 8 000 hommes.

²⁹ Pour les moyens de recherche, il faut également tenir compte des moyens consentis par des États fédérés, des ONG conservationnistes, des fondations d'entreprise. Les capacités présentes des universités américaines sont très pertinentes dans de nombreuses îles du Pacifique, y compris en Polynésie française : la Station Richard B. Gump de l'université de Californie Berkeley est basée depuis des décennies à Moorea dans la baie de Cook.

B. Les politiques d'AMP de la France et ses difficultés en Outre-mer

À partir de 2006, relancée ensuite par le Grenelle de l'environnement, une politique d'expansion des aires protégées en mer a été mise en place. Elle ne peut être visible qu'en se développant sur les ZEE d'outre-mer, en particulier dans le Pacifique, mais ce domaine d'intervention n'est plus directement assuré par la métropole, ce qui oblige les autorités à déployer beaucoup d'efforts pour développer ces politiques.

1. Les nouvelles politiques d'AMP engagées en 2006³⁰

Par comparaison avec les chiffres vertigineux évoqués *supra*, les réserves marines traditionnelles de la France ne couvraient que quelques centaines de kilomètres carrés³¹. Ce n'est qu'à partir de 2006 (l'année même du classement d'une partie d'Hawaï en LSMPA), qu'une politique d'extension des zones de protection en métropole et outre-mer a été mise en chantier. Un statut de « parc marin » a été créé, ainsi qu'une agence chargée de promouvoir et développer avec ce nouvel outil les superficies et les zones de protection marine³². La création des parcs marins apparaît alors comme un outil à même de constituer de grandes aires marines, ce qui est une évolution sensible au regard des politiques sanctuaristes de réserve marine. Vis-à-vis de ces zones, une démarche fonctionnelle a été adoptée : en 2011, un arrêté a créé neuf catégories supplémentaires d'aires marines pour compléter les six déjà inscrites à l'article L334-1 du Code de l'environnement³³.

Le parc naturel marin se distingue nettement d'une réserve dans laquelle un règlement de police administrative sanctuarise des zones, proscrie des accès, sanctionne des infractions et organise des surveillances. Le parc n'est pas un outil réglementaire, car il n'impose *a priori* ni norme ni réglementation. Sur rapport d'une mission d'étude d'État, il est créé une circonscription par le Gouvernement sous forme d'un périmètre marin pour lequel se met en place *une institution de gouvernance*, le conseil de gestion, à dominante locale et professionnelle. Il s'agit alors de construire progressivement, sur la base d'objectifs larges, un plan de gestion considéré comme un mode d'appropriation et de légitimation locale concernant les usages de la mer. Le parc marin apparaît donc d'abord comme un *forum* où des acteurs, choisis et nommés par arrêté, discutent de la vocation des usages d'un périmètre marin délimité par l'État. Ce système génère donc plus de discussions laborieuses et d'expertises coûteuses que de normes juridiques.

30 Cf. sur ces transformations, notre article « L'évolution de l'administration française des aires marines protégées », *Revue Juridique de l'Environnement*, numéro spécial, « Les 25 ans de la loi littoral », 2012, p. 123/136, Strasbourg 2013.

31 Par exemple, seulement 740 km² de zone de protection pour la plus grande réserve marine de métropole française des bouches de Bonifacio et 6,2 km² pour la réserve marine de Banyuls-sur-Mer, qui est la plus ancienne... mais également la plus exemplaire et la plus coûteuse au km² !

32 Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux, intégrés aux articles L331-1 et suivants du Code de l'environnement. Voir également la « Stratégie nationale pour la création et la gestion des aires marines protégées » élaborée en 2012 : www.aires-marines.fr/Les-aires-marines-protégees/Strategie-nationale.

33 Arrêté du 3 juin 2011 portant identification des catégories d'aires marines protégées entrant dans le champ de compétence de l'Agence des aires marines protégées. Cette nomenclature décline 8 finalités assignées à chaque site, ce qui complexifie évidemment la lisibilité de chaque opération de conservation avec 15 catégories différentes d'aires marines.

Dans ces conditions, il est erroné et délétère d'additionner des superficies protégées par la création d'un parc marin. Depuis 2008, on a pu observer la faible activité de protection en mer d'Iroise, dans le golfe du Lion ou à Mayotte. Les promoteurs des parcs marins admettent d'ailleurs que des aires protégées ont vocation à s'y implanter... ce qui signifie implicitement que les parcs ne sont pas des aires protégées, bien que pour le public et les médias l'image de la conservation de la nature y soit attachée. Cette politique pose donc deux questions : s'agit-il réellement d'aires protégées ou d'aires gérées ? S'agit-il d'aires règlementées ou d'aires aux usages négociés par les populations et les acteurs ? En fait, la création des parcs naturels marins correspond à la mise en place de structures d'expertise et de concertation à faible normativité.

Quant à l'Agence des aires marines protégées, c'est une sorte de DATAR spécialisée dans la protection des espaces marins, créée sur le modèle d'administration de la mission centralisée, chargée d'une feuille de route avec des objectifs chiffrés, dotée enfin de la personnalité juridique d'établissement public et d'un budget d'intervention propre³⁴. L'Agence déclarait en 2009 que : « L'essentiel de la mission de l'Agence est d'améliorer la connaissance du milieu marin, pour protéger les ressources et les écosystèmes ». Pour cela : [Elle] « va devoir développer des programmes d'acquisition de données [...]. Elle souhaite profiter de la dynamique initiée par le Grenelle de la mer pour relancer une démarche d'exploration de grande ampleur ». Il n'est donc fait aucune référence à un rôle réglementaire et normatif. Par contre sur ses derniers exercices les fonctions de recueil de données, d'expertise et d'études ont représenté 2/3 du budget de l'Agence. L'AAMP est aujourd'hui, absorbée par l'Agence de la biodiversité, mais elle s'était déployée dès 2007 auprès des collectivités d'outre-mer pour les inciter à créer des zones de protection marine.

2. Les tribulations des politiques d'aires marines protégées en outre-mer Pacifique³⁵

Dans la course aux superficies protégées engagée par les États-Unis, l'Australie et la Nouvelle-Zélande, la France est apparue en retard au regard de ses responsabilités de « deuxième puissance maritime du monde ». Le système de réserve marine, couteux et bureaucratique, ne permet pas d'afficher des superficies supérieures à quelques dizaines de kilomètres carrés et son coût de gestion est très élevé. Par ailleurs ce n'est qu'en outre-mer et selon de nouveaux critères que la France peut entrer au club anglo-saxon des LSMPA.

La création du statut de parc marin est à rapprocher des difficultés particulières des politiques d'AMP avec la Polynésie et avec la Nouvelle-Calédonie, où la gestion et l'exploitation des ZEE attribuées aux collectivités d'outre-mer sont désormais hors du champ de compétence de la métropole car la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative à l'agence et aux parcs marins ne s'applique pas aux collectivités d'outre-mer. Dès lors, l'État ne peut qu'inciter ces collectivités à créer ces zones marines car il n'en a plus la capacité juridique. Dans cette configuration institutionnelle d'autonomie ultramarine, l'Agence des aires marines n'avait plus comme rôle que d'être un soutien opérationnel et financier, sans être directement opératrice. Bien que la

³⁴ Suite au Grenelle de la mer (2007), la France s'est fixée comme objectif de créer 10 nouveaux parcs naturels marins, 8 en métropole et 2 en outre-mer et de classer en aires marines protégées 10 % de la surface totale de ses espaces maritimes, dont 50 % en réserves de pêche.

³⁵ Cf. sur cet aspect B. Salvat *et al.* « Les potentialités de grandes AMP Françaises outre-mer : le cas de la Polynésie française » *in* F. Féral et B. Salvat (dir.), 2014, *op. cit.*, p. 53-112.

métropole soit attachée à ce que des progrès significatifs de protection marine apparaissent elle n'est plus ici qu'un simple partenaire des collectivités d'outre-mer.

C'est pourquoi dès 2007 l'agence signait une convention de partenariat avec la Polynésie française et installait ses bureaux à Papeete en 2009. À cette même date, une antenne était également créée à Nouméa mais simplement « avec l'accord des autorités locales », c'est-à-dire sans convention de partenariat ce qui fait apparaître une certaine méfiance de la collectivité vis-à-vis de cette technostucture métropolitaine.

L'hostilité des collectivités pour les AMP s'est d'abord affichée et l'agence a dû, lors de négociations laborieuses, en rabattre sur ses ambitions conservacionnistes : rapidement elle écartait le spectre d'aires *protégées* qui remettraient en cause le développement halieutique de ces collectivités et elle ne parla plus que d'aire marine *gérée* sans sanctuarisation de zone³⁶.

L'ambiguïté et l'embarras des collectivités d'Outre-mer désormais gestionnaires des ZEE se manifestent entre promesses de financement étatique, métrophobie insulaire, électoralisme, foisonnement de formules tordues et retournements d'opinion.

En Polynésie, le gouvernement tergiverse encore aujourd'hui lors de négociations ouvertes depuis plus de 10 ans avec l'agence métropolitaine pour créer une grande aire marine. Ainsi, si en avril 2017 était d'abord annoncée la création aux Marquises d'une flotte de 12 thoniers³⁷, les élus des Marquises annonçaient, en juin 2018, la création d'une immense « réserve » couvrant plus de la moitié des eaux marquisiennes, dont les zones de reproduction des thons obèses, cibles des thoniers armés un an plus tôt³⁸ !

Deux ans avant qu'il ne signe la création du parc marin de la mer de Corail, Harold Martin, chef du gouvernement de Nouvelle-Calédonie, concevait d'abord cette opération comme un enjeu économique sans aucune référence à l'idée de protection³⁹. C'est donc dans le cadre minimaliste d'une aire marine gérée que cette circonscription a été créée. Cependant l'opération est restée classée comme aire protégée dans la nomenclature internationale des LSMPA de Pew et de Blue Ocean.

Pouvons-nous dès lors rester sévères vis-à-vis des LSMPA de papier des micro-États insulaires d'Océanie que nous avons documentées *supra* ? Lors de son intervention d'ouverture de notre

36 L'agence fut cependant appuyée par les lobbies conservacionnistes et la fondation PEW, très active dans le Pacifique, dut elle-même renoncer à l'idée de MPA pour y substituer la notion de MMA : Marine Managed Area où l'idée de sanctuaire marin est proscrite car les collectivités d'outre-mer veulent exploiter leurs ZEE.

37 *Le Marin*, le 19/04/2017, « En septembre prochain, les îles Marquises, en Polynésie française, devraient accueillir une flotte de 12 thoniers. C'est le projet annoncé le 7 avril par la communauté de communes des îles Marquises, en partenariat avec la société Big Eyes (groupe Eugène Degage), financeur. »

38 Papeete, le 19 juin 2018, « Dans un document de 20 pages publié lundi, les élus des Marquises et les associations de protection de l'environnement ont présenté la version finale de leur projet d'aire marine protégée, *Te Tai Nui a Hau*. »

39 Communiqué du 22 novembre 2012 « [...] L'exploitation raisonnée de filières économiques performantes est une chance formidable [...] en termes de créations d'emplois » et « protéger la mer de corail ne signifie pas en faire un sanctuaire absolu [c'est] identifier des zones de développement de certaines activités [...] [sous forme] de zones à vocation préférentielles et non à vocation exclusives. ». On ne saurait mieux illustrer la ferveur conservacionniste du chef de gouvernement de Nouvelle-Calédonie.

colloque, le secrétaire général du Gouvernement a été d'une parfaite loyauté d'agent public vis-à-vis du parc marin de la mer de Corail alors même que, créée en 2014 sous la pression d'une agence d'état moribonde, cette opération ne présente pas plus de garantie ni de sérieux que l'AMP des îles Phoenix. Faute d'avoir recueilli l'accord des provinces, son immense périmètre n'intègre ni la gestion de la mer intérieure ni celle des zones côtières et d'une frange de 24 miles (mer territoriale et adjacente) qui entourent les terres émergées de l'archipel. Il s'agit évidemment des seules zones directement concernées par les besoins de gestion et de protection. Outre ce périmètre ridicule, nous avons vu plus haut que la gouvernance d'un parc marin n'est qu'un forum d'acteurs sans compétences de police ou de réglementation. On imagine toutefois que cette zone sera un agréable terrain de jeu pour les experts et les scientifiques qui pourront y déployer leurs études, leurs sports nautiques et leurs explorations ludiques.

CONCLUSION

L'avenir des territoires de l'Océanie ne se dessine pas seulement sur ses espaces terrestres dispersés sur les 25 000 îles du Pacifique. Les territoires marins (territoires industriels, routes maritimes et exploitation halieutiques) constituent un enjeu politique majeur. Il se construit dans la mouvance des évolutions du droit de la mer où le souverainisme étatique n'a fait que s'affirmer, en s'appuyant sur l'unilatéralisme riverain et sur les thèses des mers présentielle : il s'agit d'un nouveau concept fondamental qui préfigure l'évolution probable du droit de la mer et qui est aujourd'hui soutenu par la Chine, devenue une immense puissance maritime et par les grands pays d'Amérique latine, aux lignes de côtes océaniques gigantesques. Les politiques d'aires marines protégées s'intègrent dans ce nouveau paradigme. Si le conservatisme marin est le domaine réservé du groupe social des scientifiques, il est surtout un nouvel instrument d'affirmation de l'emprise des États côtiers.

Dans ce contexte, sa mise en œuvre par la France est particulièrement compliquée dans le Pacifique : pays non riverain au sens politique et géographique de ces termes, la faible capacité de moyens à la mer limite l'emprise de notre pays au regard de l'immensité et de la dispersion des ZZE de la France d'outre-mer. La leçon à retirer est que l'affirmation de la juridiction marine doit être corroborée par une présence effective des moyens de police maritime ou par des activités économiques marines prégnantes : sans cela, des acteurs maritimes plus actifs, plus présents et plus déterminés tailleront des croupières dans les juridictions de la « deuxième puissance maritime du monde ».

**« ON A OUBLIÉ LES PROMESSES PREMIÈRES »¹ :
LES DROITS DES KANAK SUR LA TERRE ANCESTRALE^{2*}**

Ghislain Otis

Université d'Ottawa, chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones

159

Les travaux sur les droits fonciers des Kanak laissent transparaître l'idée d'une certaine exceptionnalité calédonienne dans l'univers de la colonisation de peuplement des territoires d'outre-mer. On perçoit non seulement une tendance à la dépréciation du modèle français face à une culture de *Common law* tenue pour plus protectrice des autochtones², mais aussi un certain fatalisme juridique quant à l'effet de la colonisation sur les droits ancestraux des Kanak. La formule d'un auteur selon qui « les rapports de force ont tranché »³ traduit assez bien un certain courant de pensée selon lequel le titre foncier ancestral des clans à l'extérieur des réserves aurait été balayé par les vents de l'histoire ou ne subsisterait, selon un point de vue exprimé plus récemment, qu'en tant que droit moral ou incorporel dès lors que les Kanak ont été dépossédés de la jouissance matérielle de la terre⁴.

Cette étude propose de revisiter le droit colonial français appliqué en Nouvelle-Calédonie afin notamment de faire ressortir non pas la singularité du modèle calédonien mais plutôt sa proche parenté avec l'expérience des colonies de peuplement anglo-saxonnes et leur système juridique. Notre analyse nous amène à développer l'hypothèse, que nous jugeons sérieuse et solide, voulant que les droits de premier occupant des Kanak aient survécu à ce jour en droit positif français sur certaines terres situées à l'extérieur des réserves, que ces terres soient privées ou domaniales. Ces droits imprescriptibles, jouissant aujourd'hui d'une protection constitutionnelle et européenne, pourraient être revendiqués en justice plutôt que dans le cadre des travaux de l'Agence pour le Développement Rural et l'Aménagement Foncier (ADRAF).

* Cet article est le fruit de travaux ayant bénéficié du soutien financier du Programme des chaires de recherche du Canada et du Conseil de recherche en sciences humaines du Canada. Une version antérieure a été publiée dans la Revue de Recherche Juridique : 2018, RRJ-3 1353-1398.

- 1 Propos du général de brigade A. de Trentinian dans son rapport sur les causes de l'insurrection canaque en 1878 reproduits dans Joël Dauphiné, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie: 1853-1913*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 120.
- 2 Voir en particulier R. Lafargue, *La coutume face à son destin: réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, coll Dr soc, Paris, LGDJ, 2010, p. 217-248 [Lafargue, *La coutume face à son destin*].
- 3 I. Merle, « La construction d'un droit foncier colonial. De la propriété collective à la constitution des réserves en Nouvelle-Calédonie », 1999, 7 *Enquête* 1, à la p. 19.
- 4 Après avoir initialement soutenu la thèse de l'extinction des droits ancestraux par les instruments coloniaux, R. Lafargue nuancera plus tard ce point de vue en affirmant que le lien immatériel et moral à la terre ancestrale n'a pas été éteint par la colonisation même lorsque les Kanak ont perdu la possession physique de la terre. C'est selon lui ce lien à la terre qui fonde une demande de restitution auprès de l'Agence pour le Développement Rural et l'Aménagement Foncier (ADRAF). Voir R. Lafargue, « Terres de mémoires : les terres coutumières, une question d'identité et d'obligation fiduciaires », in E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, Nouméa, Presses universitaires de Nouvelle-Calédonie, 2018, p. 104-120 [Lafargue, « Terres de mémoires »].

Ne traitant que le problème foncier, cette étude n'aborde pas l'importante question des droits ancestraux autochtones sur les espaces et les ressources marins.

I. LA « DÉCOUVERTE » ET LA RECONNAISSANCE DES DROITS ANCESTRAUX DES KANAK

Une lecture attentive de l'ensemble des instruments coloniaux successifs montre que, en dépit des pratiques administratives souvent changeantes voire arbitraires, l'expression la plus constante du droit français concernant le foncier autochtone est que, depuis la déclaration de du Bouzet de 1855, il est reconnu aux Kanak des droits d'occupation et d'usage des terres qu'ils occupaient au moment de la prise de possession. Ces droits sont réputés originaires ou préexistants en ce que le lien juridique entre les autochtones et la terre est tenu pour antérieur à la prise de possession.

Ainsi, au nom de la France, le gouverneur du Bouzet déclare en 1855 agir « conformément aux principes du droit international » et se revendique des règles applicables lorsqu'une « puissance maritime se rend souveraine d'une terre non encore occupée par une nation civilisée et possédée seulement par des tribus sauvages ». Il prend acte du fait que les Mélanésien sont les occupants originaires du pays qui est « occupé par eux en commun ou comme propriété particulière ». Décrétant que « les chefs et les indigènes... n'ont jamais eu ni ne peuvent avoir le droit de disposer en tout ou en partie du sol », et frappant de nullité les ventes ou cessions antérieures de terre à des particuliers par les autochtones, la déclaration énonce que :

Le Gouvernement se réserve exclusivement le droit d'acheter les terres occupées par les indigènes et la propriété, comme domaines domaniaux de toutes les terres non occupées ainsi que les forêts, bois de construction, mines de toutes espèces qu'elles renferment. Lui seul pourra en faire la concession aux colons qui viendront s'établir.

L'État ne peut « acheter » les terres aux autochtones, et ces derniers ne peuvent les « vendre » que s'ils en sont déjà les possesseurs légitimes à toute fin que de droit. Ce que reconnaît donc du Bouzet au nom de l'empereur français.

La déclaration du Bouzet donne ainsi à voir une application assez classique de la théorie de la découverte qui octroie à la puissance coloniale non seulement la souveraineté sur les terres « découvertes », mais qui reconnaît en même temps les droits de premier occupant des peuples autochtones. Le monopole étatique à l'égard de toute transaction relative aux terres autochtones, – donc leur inaliénabilité aux particuliers – énoncé dans le texte de du Bouzet, est le corollaire de l'affirmation de souveraineté qui confère à l'État un droit de préemption sur toutes les terres autochtones, ce qui lui assure par ailleurs la mainmise sur les opérations foncières nécessaires à la colonisation⁵. En conséquence, un non-autochtone ne peut

5 R. Lafargue semble expliquer l'inaliénabilité par la dimension immatérielle de la terre dans l'univers coutumier, voir R. Lafargue, « Terres de mémoires » *supra*, note 4 à la p. 116. Il reste que la doctrine de la découverte donne un fondement de droit colonial à cet attribut des droits ancestraux et non de droit coutumier autochtone. De fait, l'inaliénabilité n'est nullement absolue en droit colonial puisque ce dernier prescrit qu'un peuple autochtone doit, pour faciliter la colonisation, pouvoir abandonner ses droits au profit de l'État. Cette faculté d'abandon n'a rien à voir avec quelque régime de propriété originelle, elle s'impose en vertu du droit colonial.

acquérir de droit sur la terre que par une concession de l'État, d'où le principe affirmé par du Bouzet « de ne reconnaître d'autres titres de propriété du sol de la Nouvelle-Calédonie et dépendances que ceux qui émaneront du gouvernement de sa Majesté ».

L'incommutabilité des droits ancestraux Kanak en droit étatique découle en outre du fait que les droits de premier occupant sont consubstantiels à l'« autochtonité » et ont donc pour pierre angulaire l'exclusivité autochtone c'est-à-dire le fait qu'ils soient admis par l'État en faveur des seuls autochtones *parce qu'ils* sont autochtones. Une entité ou un individu non autochtone ne peut tout simplement pas prétendre posséder ou acquérir un droit ancestral. Il reste toutefois loisible aux Kanak de renoncer à leurs droits au profit de l'État qui pourra alors ouvrir les terres à la colonisation. Les droits reconnus aux Mélanésien(ne)s de la Nouvelle-Calédonie sont donc forcément limités par le droit étatique et tributaires de la logique coloniale inhérente au régime juridique de la découverte. Ils sont néanmoins admis et opposables dans l'ordre juridique colonial.

Ces éléments classiques du régime juridique de la découverte formellement reçus en 1855 dans le droit colonial français applicable en Nouvelle-Calédonie avaient déjà été exposés en 1823 dans un célèbre arrêt de la Cour suprême des États-Unis. Le juge Marshall y écrit ce qui suit :

[...] par la découverte, le titre était dévolu au gouvernement dont les sujets avaient fait la découverte ou sous l'autorité duquel la découverte était faite, et ce, vis-à-vis de tous les autres gouvernements européens, ce titre pouvant être rendu parfait par la possession. L'exclusion de tous les autres pays européens conférerait nécessairement à la nation qui faisait la découverte le droit exclusif d'acquérir les terres des aborigènes et d'établir des colonies [...].

Les relations qui devaient exister entre découvreur et aborigènes devaient se régler entre eux. Les droits ainsi acquis étant exclusifs, aucun autre pouvoir ne pouvait s'interposer. Dans l'établissement de ces relations, on n'a, en aucun cas, entièrement omis de tenir compte des droits des aborigènes; mais ces droits se sont trouvés nécessairement restreints dans une large mesure. On reconnaissait que les aborigènes étaient les occupants de plein droit des terres, et pouvaient juridiquement et légitimement demeurer en possession de celles-ci, et les utiliser à leur gré; mais leurs droits à la souveraineté complète, en leur qualité de nations indépendantes, ont été nécessairement diminués, et leur pouvoir de disposer des terres en faveur de n'importe qui a été nié en vertu du principe initial de base selon lequel la découverte conférerait à ceux qui l'avait faite un titre exclusif.⁶

Sur le plan juridique, la déclaration du Bouzet est pour l'essentiel l'équivalent de la *Proclamation royale de 1763*⁷ qui, tout en affirmant la souveraineté de la Couronne britannique sur les autochtones et leurs terres en Amérique du Nord, reconnaît les droits de premier occupant des *Nations or Tribes of Indians* dans les colonies britanniques. Par-delà certains particularismes propres à chaque colonie anglo-saxonne⁸, la doctrine de la découverte exprimée dans la Proclamation

6 *Johnson v McIntosh*, 8 Wheaton (1823) 543. Traduction française tirée des motifs de la Cour suprême du Canada dans *Calder c Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] RCS 313 aux p 381-382 [Calder]. Voir aussi *Worcester v State of Georgia*, (1832), 31 US 530.

7 *Proclamation royale* (1763), reproduite dans *Lois Refondues du Canada (LRC)* 1985, app. II, n° 1.

8 Notons par exemple qu'aux États-Unis, la Cour suprême a statué que les autochtones ne conservent pas seulement des droits fonciers mais aussi leur « souveraineté » interne sur leurs terres traditionnelles, laquelle est cependant

royale reflète la *Common law* coloniale qui a donné lieu à l'émergence du *Aboriginal title* (ou *Native title*) aux États-Unis⁹ et au Canada¹⁰, ce dernier État lui ayant récemment conféré une protection constitutionnelle¹¹. De même, la haute juridiction australienne a, dans l'affaire *Mabo v Queensland* (n° 2), confirmé tardivement l'application en Australie des principes de la découverte et donc la reconnaissance de principe des droits ancestraux des aborigènes sur leurs terres traditionnelles¹². En Nouvelle-Zélande, la Couronne britannique a voulu faire confirmer ses prétentions et les droits autochtones dans le traité de Waitangi de 1840 qui, selon une jurisprudence remontant à 1847, n'a rien ajouté à la *Common law* découlant du droit de la découverte pour ce qui concerne la reconnaissance des droits de premier occupant des Maoris¹³.

Alors qu'en Nouvelle-Calédonie la déclaration de du Bouzet réserve explicitement à l'État les terres non occupées par les Kanak au moment de la prise de possession, et exclut donc *a contrario* du domaine étatique les terres kanak, le droit colonial britannique annexe toutes les terres d'une colonie au domaine de l'État à la faveur de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté mais reconnaît que ces terres sont grevées *ab initio* des droits des peuples autochtones¹⁴. Les droits fonciers autochtones sont, selon les prescriptions du droit colonial britannique, collectifs¹⁵ et inaliénables¹⁶. Ces droits ne constituent donc pas une propriété

sujette au pouvoir prééminent du Congrès de la restreindre voire l'éteindre. Les jurisprudences canadienne, australienne et néo-zélandaise n'ont pas à ce jour reconnu cette doctrine de la *tribal sovereignty*. Pour une étude de la doctrine de la découverte appliquée dans les colonies anglo-saxonnes, voir notamment R. Miller *et al.* *Discovering Indigenous Lands: The Doctrine of Discovery in the English Colonies*, Oxford, Oxford University Press, 2010.

9 Voir *Johnson v McIntosh*, *supra*, note 6.

10 Voir *Calder*, *supra* note 6; *Delgamuukw c Colombie-Britannique*, [1997] 3 RCS 1010 [Delgamuukw]; *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, [2005] 2 RCS 220; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, [2014] 2 RCS 256 [Nation Tsilhqot'in].

11 Voir la *Loi constitutionnelle de 1982*, art 35, constituant l'annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c 11, qui reconnaît et confirme les droits ancestraux existants des peuples autochtones du Canada. La Cour suprême a reconnu la valeur supra législative de cette reconnaissance. Voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075 aux p. 1101-1111 [Sparrow].

12 [1992] 175 CLR 1 [Mabo].

13 Les arrêts de la Cour suprême des États-Unis furent appliqués en Nouvelle-Zélande dès 1847 dans *R v Symonds*, [1847] NZPC 387 aux p. 390, 395 [Symonds], qui fut approuvé par la plus haute juridiction britannique dans *Nireaha v Baker*, [1901] NZPC 371. La High Court a réaffirmé l'existence des droits ancestraux dans sa jurisprudence plus récente, voir notamment *Te Weehi v Regional Fisheries Officer*, [1986] 1 NZLR 680. Voir aussi *Attorney-General v Ngati Apa*, [2003] 3 NZLR 643.

14 Comme l'écrit Kent McNeil au sujet des anciennes colonies britanniques que sont les États-Unis, le Canada, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, "*the British Crown claimed that its own acquisition of sovereignty over a territory included underlying title to all the land, and courts have consistently upheld that claim*", voir K. McNeil, "Judicial Treatment of Indigenous Land Rights in the Common Law World" dans Benjamin J Richardson, Shin Imai et Kent McNeil, dir, *Indigenous Peoples and the Law: Comparative and Critical Perspectives*, coll Osgoode readers, Oxford, Hart Publishing, 2009 à la p. 259.

15 *Johnson v McIntosh*, *supra*, note 6. Voir aussi *Sparrow*, *supra*, note 11 à la p. 1112; *Delgamuukw*, *supra*, note 10 au § 115; *R c Powley*, (2003) CSC 43 au § 24; *Nation Tsilhqot'in*, *supra*, note 10 au § 74. En Australie, les droits sont collectifs puisqu'ils découlent du lien qu'un groupe entretient avec sa terre ancestrale, voir R.H. Bartlett, *Native Title in Australia*, 3^e éd, LexisNexis Butterworths, Australie, 2015 aux p. 162-163, 194-198.

16 Voir McNeil, *supra*, note 14 à la p. 267. La Proclamation royale déclare ce qui suit : « *Nous déclarons de l'avis de notre Conseil privé, qu'il est strictement défendu à qui que ce soit d'acheter des sauvages, des terres qui leur sont réservées dans les parties de nos Colonies où Nous avons cru à propos de permettre des établissements ; cependant si quelques-uns des sauvages, un jour ou l'autre, devenaient enclins à se départir desdites terres, elles ne pourront être achetées que pour Nous, en Notre nom, à une réunion publique ou à une assemblée des sauvages qui devra être convoquée à cette fin par le gouverneur ou le commandant en chef de la colonie dans laquelle elles se trouvent situées [...]* ». Cette règle a été systématiquement appliquée par les tribunaux canadiens, voir *Calder*, *supra*, note 6; *Guerin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335 à la p 381; *Mitchell c Bande Indienne Peguis*, [1990] 2 RCS 85 à la p 133; *Delgamuukw*, *supra*, note 10 aux § 128-129; *Nation Tsilhqot'in*, *supra*, note 10 au § 74. L'article 2 du *Traité de Waitangi* exprime la même règle, ce qui, selon la

plénière du sol et des ressources¹⁷. Ils peuvent être éteints soit par son abandon volontaire au profit de l'État¹⁸ soit par un acte unilatéral de la puissance publique exprimant une intention claire et valide d'y mettre fin¹⁹. Tous ces éléments du régime des droits ancestraux sont décrétés par le droit de l'État et ne reposent sur aucune référence à un quelque ordre juridique autochtone préexistant. Le droit de la découverte ne postule donc pas la continuité intégrale d'un système juridique autochtone d'origine précoloniale.

Tout comme la déclaration de du Bouzet, la proclamation royale de 1763 et la Common law combinent donc la logique de reconnaissance de droits limités et celle de l'extinction programmée, au moins partielle, de ces droits pour faire place à la colonisation de peuplement. Pareille tension ou paradoxe s'avère consubstantiel à ce type de projet colonial.

La déclaration de 1855 aurait, selon des historiens, été bien souvent ignorée par les fonctionnaires dans les années qui l'ont suivie, ce qui donna lieu à nombre de dépossessions surtout autour de Port-de-France et ailleurs dans le sud de la Grande Terre. Des transactions foncières privées auraient été tolérées, des accaparements unilatéraux et des confiscations punitives seraient survenus²⁰. Dauphiné fait état de ventes forcées, de délimitations frauduleuses, de campagnes de harcèlement et d'intimidation destinées à contraindre les occupants coutumiers à abandonner leurs terres qui devenaient alors « vacantes »²¹. Un auteur écrit que les autorités ont prétendu accroître le domaine de l'État « au mépris des intentions légalistes » ce qui montre « la fragilité des principes juridiques lorsque ceux-ci se confrontent à la réalité des rapports de force »²². Néanmoins, ces manœuvres n'ont pas modifié le cadre juridique supérieur en place et n'ont donc pas nécessairement toutes opérées valablement l'extinction des droits de premier occupant.

jurisprudence, ne fait que confirmer la Common law, voir *Symonds, supra*, note 13. La High Court australienne a unanimement statué dans *Mabo, supra*, note 12, que les droits des aborigènes sont inaliénables, voir Bartlett, *ibid* aux p. 339-342, 360-361. Tout comme dans la déclaration de du Bouzet, l'inaliénabilité, en plus de faire de l'État le maître d'œuvre des opérations foncières, visait à éviter les manœuvres spoliatrices de spéculateurs véreux qui, en suscitant la révolte des autochtones spoliés, auraient pu menacer la sécurité de la colonie.

17 La Cour suprême a imposé une contrainte additionnelle au titre aborigène par le biais de la « limite intrinsèque », voir *Delgamuukw, supra*, note 10 aux § 125-132 ; *Nation Tshilqot'in, supra*, note 10 aux § 15, 67 et 74. Cette limite empêche le groupe titulaire du titre ancestral d'utiliser ses terres d'une manière qui pourrait mettre fin au lien à la terre pour les générations futures.

18 McNeil résumé ainsi le droit dans les quatre anciennes colonies britanniques, "In all four [...] jurisdictions Indigenous land rights can be voluntarily surrendered by means of a treaty or other agreement", *supra*, note 14 à la p. 277.

19 Voir notamment *Calder, supra*, note 6 à la p. 404 (juge Hall) ; *Sparrow, supra*, note 11 aux p. 1098-1099 ; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 RCS 723 au § 31 [Gladstone] ; *Delgamuukw, supra*, note 10 au § 180 ; *United States v Santa Fe Pacific R. Co*, 261 US à la p 229 ; *Tee-Hit-Ton Indians v United States*, 348 US 272 à la p. 279 (1955) ; *Mabo, supra* note 12 ; *Queensland v Congo*, [2015] HCA 17. Au Canada, le pouvoir d'extinction unilatérale a été restreint par l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982, supra*, note 11. Aucune disposition constitutionnelle n'empêche l'État d'éteindre les droits ancestraux aux États-Unis, en Australie et en Nouvelle-Zélande. De fait, des lois récemment adoptées dans ces deux derniers pays avaient pour but explicite d'éteindre unilatéralement certains droits ancestraux. Voir le *Native Title Act 1993* (Cth) 1993/43 qui régularise certaines dépossessions antérieures en Australie et le *Foreshore and Seabed Act* (N-Z) 2004/93 qui éteint en Nouvelle-Zélande certains droits ancestraux potentiels des Maoris sur la zone littorale et les fonds marins.

20 Voir notamment J. Dauphiné, *Les spoliations foncières en Nouvelle-Calédonie : 1853-1913*, Paris, L'Harmattan, 1989, p. 22-25.

21 *Ibid.*, p 32-37.

22 Merle, *supra*, note 3 à la p. 7.

D'abord porté à nier purement et simplement les droits fonciers autochtones²³, le gouverneur Guillain n'en est pas moins amené²⁴, afin de permettre une colonisation plus ordonnée, à réitérer la reconnaissance de ces droits tout en précisant leurs attributs. Dans un premier temps, un arrêté de 1867 reconnaissant l'existence légale des tribus²⁵ rappelle «leur maintien en leur possession des terres occupées par les indigènes si ce n'est par ventes, échanges et transmissions au Gouvernement colonial seul», que «le droit de propriété ainsi défini n'a pas été atteint par aucun des règlements subséquents» et dispose que «les indigènes de la tribu de Pouébo et ceux de toutes les tribus reconnues sont sur des terres qui, en tant qu'occupants par eux à l'époque de notre prise de possession, leur ont été laissées à titre de propriété incommutable». Il est en outre confirmé aux autochtones «leur droit déjà reconnu à titre de premier occupant». Il y a certes un paradoxe à voir ce gouverneur désireux de réprimer les résistances Kanak aux pressions foncières recourir à un instrument juridique, la personnalité morale de la tribu, qui vient en même temps confirmer un patrimoine foncier autochtone dans l'ordre étatique. On peut y voir une autre manifestation de la tension entre reconnaissance et dépossession propre à la logique de découverte appliquée aux colonies de peuplement.

Par la suite, en 1868, un arrêté du même Guillain instituant le système des réserves se fonde explicitement sur la déclaration de 1855 dont il affirme simplement vouloir clarifier les effets. Guillain ne prétend nullement abroger les droits ancestraux incommutables et inaliénables reconnus en 1855, et rappelle l'année précédente. De fait, il réitère que les droits fonciers autochtones découlent de l'occupation originaire des terres en prescrivant que ces dernières seront délimitées «sur le territoire dont elle a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus»²⁶. L'arrêté précise en outre que le domaine foncier autochtone sera «proportionné à la qualité du sol et au nombre des membres composant la tribu» (art.1).

Cette précision ne signifie nullement que le gouvernement est autorisé, aux fins de la délimitation, à prendre des terres traditionnellement occupées sans le consentement de leurs détenteurs coutumiers légitimes. En effet, l'exigence juridique de l'acquisition de gré à gré des terres en place depuis 1855, et réitérée par Guillain lui-même dans le texte de 1867, n'est nulle part mise de côté dans un document qui se veut une application de la déclaration de du Bouzet. Par voie de conséquence, dans le cadre de la politique de délimitation instaurée par Guillain, le périmètre des terres kanak ne peut légalement être circonscrit de manière à en exclure des terres occupées par les autochtones sans que ces derniers n'aient dûment renoncé à leurs droits sur ces terres au profit du gouvernement. La tribu est réputée titulaire de la propriété des terres de réserve nouvellement constituées mais l'arrêté reste silencieux sur les conditions et les modalités d'abandon préalable par les Kanak de leurs terres situées à l'extérieur des

23 Dauphiné, *supra*, note 3 à la p. 41.

24 Vraisemblablement à la suite de pressions de la part des autorités métropolitaines, voir Merle, *supra*, note 3 à la p. 12.

25 Afin de faciliter leur responsabilité collective et les dépossession sanctions.

26 R. Lafargue a dans un premier temps affirmé que l'arrêté de Guillain est extinctif des droits ancestraux Kanak, voir R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra*, note 2 à la p. 230. Il a toutefois changé d'avis par la suite estimant qu'il s'agit d'un cantonnement «destiné à libérer des terres pour la colonisation et non d'une extinction totale des droits fonciers préexistants», voir R. Lafargue, «Terres de mémoires», *supra*, note 4 à la p. 118.

réserves. On peut donc raisonnablement conclure que cet abandon devra se faire conformément aux règles découlant de la « jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus » qui sont le fondement des droits fonciers kanak en droit étatique. Ces règles exigeront que le titulaire coutumier des droits fonciers, ce qui pourrait être le clan, consente à l'abandon de ses droits même si les chefs de tribu seront appelés à jouer un rôle de conciliation entre les clans et d'intermédiaire auprès des représentants de l'État.

En 1871, alors que la délimitation des terres prévue par Guillain ne progresse guère, les autorités coloniales sentent le besoin d'introduire un mécanisme qui permettra l'installation rapide de colons. Un arrêté vient alors autoriser la concession de permis d'occupation avec option de préemption et, ce, sans délimitation préalable des terres autochtones par l'État. Il s'agissait de bonifier le régime des permis provisoires, un expédient administratif déjà en place depuis quelques années mais qui laissait les colons dans les limbes juridiques. Bien qu'il s'attache à assouplir la méthode de règlement des revendications autochtones, cet arrêté ne prétend pas revenir sur l'essentiel des principes réitérés par Guillain. Il contraint en effet les concessionnaires de permis d'occupation à respecter les droits des Kanak ou à obtenir leur consentement pour leur établissement sur les terres occupées, à charge de convenir avec eux d'une indemnité s'ils acceptent de se déplacer (art. 7). *A priori*, l'administration semble ouvrir la porte à des transactions purement privées allant en cela à l'encontre du principe de l'inaliénabilité. Mais cette convention privée en soi ne sera pas opposable si elle n'est pas d'une manière ou d'une autre validée par l'État²⁷. Cela est d'ailleurs reconnu en 1872 quand l'administration exige de pouvoir s'assurer au préalable soit que la terre à concéder n'est pas occupée par des autochtones, soit que ceux-ci donnent leur accord à ladite convention²⁸. Le principe du respect des droits des autochtones sur les terres qu'ils occupent est donc maintenu et concilié avec la concession de terres aux colons.

L'arrêté pris par le gouverneur Pritzbuher en 1876 réaffirme la politique de délimitation des terres occupées par les autochtones, cette démarche étant jugée nécessaire à la fois pour sécuriser la tenure autochtone et pour faciliter l'ouverture des terres inoccupées à la colonisation. L'instrument est, du point de vue des fondamentaux de la découverte, dans la continuité de ceux de Guillain et de du Bouzet²⁹. Il énonce certes que les terres délimitées se trouveront « autant que possible sur le territoire dont elle a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus » (art. 1) et que le terrain sera « proportionné à la qualité du sol et au nombre de membres comprenant la tribu ». Ces dispositions laissent entrevoir qu'il pourrait ne pas y avoir de correspondance parfaite entre les limites des terres traditionnellement occupées et celles de la réserve.

27 D'ailleurs, un document exposant les motifs de l'arrêté précise que les autorités se réservent le droit d'intervenir dans toute situation que le justifierait : « le gouvernement local déclare que si la Nouvelle-Calédonie est ouverte toute entière aux explorateurs, dans l'intérêt de l'ordre public il se réserve le droit de répondre à qui demanderait un emplacement auquel il saurait les Canaques trop attachés », reproduit dans Dauphiné, *supra*, note 20 à la p. 102.

28 *Ibid.* à la p. 74.

29 I. Merle écrit que « l'arrêté du 6 mars 1876 marque un sérieux infléchissement par rapport aux principes acquis sous Guillain puisque le terme même de "propriété indigène" disparaît au profit de la simple jouissance accordée aux Kanaks sur les territoires qu'on leur reconnaît (art. 9) ». Voir I. Merle, *supra*, note 3 à la p. 15. Voir également Dauphiné, *ibid.*, à la p. 86. L'arrêté de Fritzbuher ne mentionne effectivement pas la « propriété indigène » mais il n'en reconnaît pas moins les droits d'occupation et d'usage, donc des droits fonciers véritables, sur les terres dont les autochtones ont la jouissance traditionnelle.

Pas plus que l'arrêté de 1868, ce texte ne vient toutefois autoriser l'administration à exclure des réserves des terres traditionnellement occupées sans que les autochtones concernés n'aient volontairement abandonné leurs droits sur toutes les terres hors réserve³⁰. De fait, l'arrêté de Pritzbuer renvoie explicitement dans ses considérants à la déclaration de du Bouzet qui a consacré le principe de l'achat des terres autochtones³¹. Tout comme dans le texte de 1868, la tribu est consacrée titulaire de la réserve mais aucune règle ne prescrit les conditions et les modalités d'abandon des terres traditionnellement occupées par les autochtones qui se trouveront hors réserve, ce qui permet de conclure que la renonciation aux droits devra venir d'abord de leurs titulaires coutumiers légitimes, qu'il s'agisse du clan ou de tout autre collectif coutumier. Pritzbuer réitère en effet que la réserve est prise à même les terres autochtones dont la tribu « a la jouissance traditionnelle d'après le droit politique entre tribus » (art. 1). Le chef de tribu devra donc respecter les règles traditionnellement acceptées au sein de la tribu au moment de transiger avec l'État sur la question de l'abandon des droits ancestraux.

De même, la possibilité de revoir les limites d'une réserve prévue à l'article 10 ne signifie nullement qu'une éventuelle réduction de la réserve emportant la fin des droits autochtones peut se faire sans qu'il y ait renonciation libre et éclairée aux terres concernées par les autochtones qui en sont les détenteurs coutumiers. Un auteur semble assimiler la faculté de révision des limites à une autorisation d'exproprier les autochtones sans autre formalité et sans indemnité.³² Or un tel pouvoir exorbitant ne peut être inféré du texte, surtout lorsque les motifs officiels avancés au soutien de ce même texte s'autorisent explicitement du principe posé par du Bouzet selon lequel le gouvernement achète les terres occupées par les autochtones.

Le rôle central de l'abandon volontaire des droits de premier occupant allait d'ailleurs être réaffirmé quelques années plus tard par le gouverneur Feillet. L'arrêté de 1897 ne remet pas en cause les fondements des droits fonciers autochtones tels qu'ils découlent de la déclaration de du Bouzet et des arrêtés subséquents. Il se contente d'organiser l'extinction consensuelle de ces droits au profit de la colonisation libre par le biais d'une nouvelle phase intensive de cantonnement. S'il est vrai que le texte de Feillet lève toute ambiguïté sur la finalité du cantonnement en marquant une volonté non équivoque de réduire l'emprise foncière autochtone bien en deçà des terres traditionnellement occupées, ce qui est une rupture définitive avec l'idée d'une certaine protection des terres occupées exprimée depuis du Bouzet³³, il n'ensuit pas que le dispositif juridique instauré pour y parvenir passe par la négation pure et simple des droits ancestraux Kanak.

30 Dauphiné mentionne un cas où des autochtones auraient signé un écrit affirmant qu'ils renonçaient à revendiquer des droits en dehors de leur réserve nouvellement délimitée, voir Dauphiné, *supra*, note 20 à la p. 46.

31 Dès les premières lignes de l'exposé officiel des motifs de l'arrêté du 6 mars 1876, les autorités rappelaient et réaffirmaient ce qui suit : En prenant possession de la Nouvelle-Calédonie, M. du Bouzet, premier gouverneur de la colonie, déclarait au nom de l'Empereur « que le gouvernement se réservait exclusivement le droit d'acheter les terres occupées par les indigènes et la propriété comme domaines domaniaux de toutes les terres non occupées ». Cette distinction établissait en principe, dès le début, le respect de la propriété privée, individuelle ou collective, du peuple conquis... », reproduit dans Dauphiné, *supra*, note 20 à la p. 113.

32 J. Dauphiné, *supra*, note 20 à la p. 86.

33 A. Saussol souligne que « C'était l'expression d'une conception nouvelle fondamentalement opposée à l'esprit de la déclaration du 21 janvier 1855, qui avait plus ou moins prévalu jusque-là, dans les limites du droit de révision reconnu par l'arrêté de 1876. ». Voir A. Saussol, *L'héritage, essai sur le problème foncier mélanésien en Nouvelle-Calédonie*, Paris, Société des Océanistes, 1979, p. 283.

Alain Saussol écrit que le « cantonnement dans la conception de Feillet s'apparentait à une expropriation pour cause d'utilité publique »³⁴. Mais on ne trouve nulle part dans cet instrument l'autorité légale d'exproprier purement et simplement les Kanak par le procédé du cantonnement. Le règlement affirme au contraire que les terrains des autochtones autres que ceux ayant vocation à se trouver en réserve sont « à aliéner » (art.10). L'usage du verbe « aliéner » pour décrire l'opération foncière en cause signifie qu'il y a une cession de droits fonciers préexistants opérée par le groupe autochtone en faveur de l'État. L'article 10 mentionne en outre explicitement « le consentement de la tribu à la conclusion du contrat ». De même, l'article 11 parle d'un « accord intervenu » entre la Commission et « la tribu déplacée ou réduite, représentée par son chef ». Comme l'écrit Henri Solus, spécialiste du droit colonial, la « fixation des territoires réservés est faite d'accord avec les indigènes et moyennant des indemnités correspondant soit au simple déplacement des installations qui en est la conséquence, soit à l'occupation effective du terrain à aliéner »³⁵.

Le règlement montre bien que le droit colonial n'a pas abandonné la règle fondatrice voulant que les terres occupées aient vocation à être acquises de gré à gré. Sur le plan fonctionnel, cet instrument est en quelque sorte l'équivalent des dispositions de la proclamation royale de 1763 relatives à l'abandon des droits autochtones à la Couronne dans les colonies britanniques de l'Amérique du Nord.

L'arrêté se contente de protéger certains sites traditionnels autochtones d'une importance particulière tels les lieux tabous et les cimetières (art. 4). On a écrit que cette législation locale témoigne d'un « mépris de l'occupation traditionnelle des tribus »³⁶. Mais il faut bien voir que Feillet n'a pas besoin, sur le plan légal, de délimiter de manière exacte les terres traditionnelles car son instrument est la renonciation en bloc aux droits sur les terres occupées autres que celles incluses dans les réserves. C'est un procédé bien connu dans les colonies de peuplement anglo-saxonnes où les ententes avec les chefs autochtones stipulent souvent que le signataire renonce irrévocablement à toute revendication sur les terres situées à l'extérieur du territoire délimité par l'entente, rendant ainsi sans objet le bornage exact de l'ensemble du territoire traditionnellement occupé³⁷. De manière fort logique, il n'est plus question, compte tenu de cette approche, de faire de l'occupation traditionnelle le critère de base de la délimitation des nouvelles réserves. Ainsi, le texte de Feillet prévoit le déplacement et la réinstallation de certains clans et tribus sur d'autres terres que leurs terres traditionnelles en cas de besoin³⁸.

En définitive, ce règlement ne déroge pas fondamentalement sur le plan juridique au régime mis en place par du Bouzet selon lequel les autochtones sont titulaires de droits sur les terres qu'ils occupaient au moment de la prise de possession, droits auxquels ils peuvent renoncer au profit de l'État qui pourra par la suite les concéder aux colons. Le fait même que

34 *Ibid.*, p. 286.

35 Henry Solus, *Traité de la condition des indigènes en droit privé*, Paris, Recueil Sirey, 1927, à la p. 416.

36 I. Merle, *supra*, note 3 à la p. 16.

37 Par exemple, l'article 2.1 de la *Convention de la Baie-James et du Nord québécois*, 19 janvier 1979, en ligne (pdf) : [Gouvernement du Canada <publications.gc.ca>](http://publications.gc.ca) [perma.publications.gc.ca/pub?id=9.840833&si=1], stipule que les signataires autochtones renoncent à leurs droits ancestraux sur le territoire défini dans l'entente mais aussi sur l'ensemble du territoire du Québec.

38 L'art. 8 prévoit le transfert des installations et de l'enlèvement des récoltes et l'art. 10 le déplacement des Kanak.

Feillet fonde l'opération de cantonnement sur le principe de l'aliénation, soit un acte volontaire translatif de propriété³⁹, constitue une réaffirmation de l'existence des droits fonciers autochtones sur les terres traditionnellement occupées qu'elles soient ou non situées sur une réserve préexistante⁴⁰. Le gouverneur fait de la tribu le titulaire de la réserve et du chef l'interlocuteur de l'État aux fins des transactions requises pour le cantonnement. L'arrêté ne s'imisce toutefois pas dans les règles de la tribu concernant les conditions coutumières d'un abandon des terres ancestrales n'ayant pas vocation à être comprises dans la réserve, ce qui fait en sorte que le consentement des clans de la tribu devra avoir été obtenu dans l'hypothèse où ils seraient les détenteurs coutumiers des terres hors réserve.

Sur la Grande Terre, le cantonnement général a, de la fin du XIX^e au début du XX^e siècle, regroupé les tribus au sein soixante-dix-huit réserves alors que les îles Loyauté et l'île des Pins étaient pour leur part érigées en réserves intégrales⁴¹. Le droit positif hérité de la colonisation n'a par la suite à peu près pas évolué alors que la délibération n°67 du 10 mars 1959 réitérait que « *les réserves autochtones* sont la propriété incommutable, insaisissable et inaliénable des tribus. Elles ne peuvent être désaffectées sans le consentement des organes coutumiers ». Et enfin, comme l'écrit Lafargue, l'article 18 de la loi organique du 19 mars 1999 « prolonge la doctrine coloniale de la propriété foncière collective »⁴² en énonçant que les terres coutumières, ce qui comprend notamment les réserves, sont inaliénables, incessibles, incommutables et insaisissables.

Les observateurs ont souligné les tâtonnements et le manque de constance dans la législation coloniale relative à la question foncière autochtone⁴³. Il est certes indéniable que les instruments juridiques se sont multipliés et que les attributs reconnus aux droits autochtones ont été infléchis pour répondre aux vicissitudes conjoncturelles sur le terrain et à la faveur du raffermissement progressif d'une volonté gouvernementale de réduire le domaine foncier autochtone pour faire place à la colonisation libre. Néanmoins, nonobstant ces variations, les fondamentaux juridiques de la découverte ont été globalement reconduits, à savoir que les Mélanésiens ont, malgré la prise de possession, conservé des droits limités de premier occupant qui sont des droits d'occupation et d'usage mais non des droits complets

39 Voir G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2014, *sub verbo* « aliénation », qui définit l'aliénation comme une « opération par laquelle celui qui aliène transmet volontairement à autrui la propriété d'une chose ».

40 Feillet ne nie pas les droits fonciers des autochtones sur les terres qu'ils occupent. Il propose toutefois de distinguer entre les terres occupées et celles qui ne le sont pas. C'est ce qui ressort de l'extrait suivant de ses écrits dans lequel il justifie les opérations foncières : « [...] les qualifier de spoliation c'est commettre une confusion grave sur un point essentiel, les chefs représentants de leurs tribus avaient sur les terres qu'ils n'occupaient pas un droit de souveraineté ce qui est différent d'un droit de propriété. Or, ce droit de souveraineté a passé à la France avec la prise de Possession ». Reproduit dans A. Saussol, *supra*, note 33 à la p. 283. Il faut donc tenir compte de cette distinction entre terres occupées et terres inoccupées lorsque l'on lit cet autre passage des écrits de Feillet : « les Chefs reçoivent une somme d'argent. Cette somme n'est pas le paiement d'une propriété qu'ils nous auraient vendue mais le signe palpable de l'abandon qu'ils nous font de leurs droits de souveraineté dont la France a hérité. C'est ainsi que les choses se passent en principe », reproduit dans A. Saussol, *supra*, note 33 à la p. 285. L'arrêté de 1897 précise en effet que lorsque la terre est inoccupée, l'indemnité doit être « très faible » car elle « représentera uniquement le signe matériel du consentement de la tribu à la conclusion du contrat » (art. 10). En revanche, l'indemnité doit être plus substantielle si les terres sont effectivement occupées.

41 R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra*, note 2 à la p. 224.

42 *Ibid*, à la p. 231.

43 Voir en particulier I. Merle, *supra*, note 3 à la p. 17.

de propriété. Ces droits sont en effet collectifs, inaliénables, insaisissables et incommutables. En revanche, ils sont valides et opposables en droit étatique tant qu'ils n'ont pas été volontairement abandonnés aux termes d'une entente avec l'État ou validement éteints par un acte unilatéral conforme à la loi. Sur tous ces points généraux, le droit colonial appliqué en Nouvelle-Calédonie rejoint les solutions mises de l'avant dans les colonies de peuplement anglo-saxonnes.

Les auteurs ayant étudié la question foncière kanak soulignent unanimement le décalage marqué entre la « propriété indigène » de fabrication coloniale et l'original coutumier pré-colonial, mettant notamment en exergue le fait que ce dernier connaissait la tenure individuelle⁴⁴. Ils regrettent que le droit étatique ne traite les Kanak que comme de simples titulaires de droits d'occupation et d'usage de leurs terres traditionnelles. Un auteur a critiqué le droit colonial français appliqué en Nouvelle-Calédonie en soulignant que la « construction coloniale relève du tour de force : il s'agit de réserver aux Kanak des espaces qui appartiennent au domaine de l'État et pourtant définis comme propriété collective indigène »⁴⁵. Cet échafaudage foncier sans doute insolite, que les juges anglo-saxons se plaisent à qualifier pudiquement de *sui generis*, n'est pas, tant s'en faut, l'apanage exclusif de la colonie française. En fait, il faut savoir que cette distorsion du régime foncier autochtone est caractéristique de la théorie de la découverte et n'est en rien un phénomène propre au modèle appliqué par la France en Nouvelle-Calédonie. Certes, la tenure reste ancestrale de par sa légitimité pré-coloniale puisque l'État « découvreur » ne prétend pas concéder *ex nihilo* aux autochtones des droits sur la terre dont il aurait d'ores et déjà acquis une propriété absolue mais les impute plutôt à une occupation pré-étatique. Toutefois, le régime de la découverte implique à la fois la reconnaissance implicite qu'un ordre juridique autochtone pré-colonial a originellement engendré des droits sur la terre et la domestication de ces droits par l'État qui les transforme, les ampute et les adapte aux impératifs de l'entreprise coloniale.

Ainsi, dans les pays anglo-saxons, tant les conditions d'existence des droits ancestraux que leurs attributs essentiels sont déterminés principalement par le droit étatique et non par les régimes autochtones d'origine pré-coloniale⁴⁶. Au moment de qualifier la tenure ancestrale de collective et inaliénable, ni la proclamation royale de 1763 ni la jurisprudence ne s'autorise du régime juridique d'un quelconque groupe autochtone⁴⁷. Lorsqu'ils décident que le titre ancestral découle de l'occupation suffisante et exclusive de la terre au moment de l'affirmation de souveraineté, les tribunaux canadiens appliquent les principes de la Common law et non les conditions d'existence de droits fonciers dans le système juridique du peuple autochtone en cause⁴⁸. De même, au Canada, la « limite intrinsèque » interdisant au groupe détenteur d'un

44 Voir A. Saussol, *supra*, note 33, aux p. 156-157 ; J. Dauphiné, *supra*, note 20, aux p. 42-43 ; R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra*, note 2 aux p. 221-228 ; Merle, *supra*, note 3 aux p. 17-19.

45 I. Merle, *supra*, note 3 à la p. 16.

46 G. Otis, « Les sources des droit ancestraux des peuples autochtones » (1999) 40:3 C de D 591.

47 Dans *Mabo*, *supra*, note 12, par exemple, la High Court d'Australie a statué que le *Native title* appartient au groupe alors que la preuve montrait clairement que les indigènes du détroit de Torres reconnaissaient coutumièrement la propriété individuelle ou familiale, voir McNeil, *supra*, note 14 à la p. 264.

48 Voir McNeil, *supra*, note 14, aux p. 261-262. Ainsi, selon la Cour suprême le titre ancestral pourra être établi si l'occupation traditionnelle « révèle une intention de la part du groupe autochtone de détenir ou de posséder les terres d'une manière comparable à celle exigée pour établir l'existence d'un titre en *Common law*. » Voir *Nation Tshilgot'in*, *supra*, note 10, au § 42.

titre ancestral d'utiliser ses terres d'une manière qui en compromettrait la jouissance par les générations futures est strictement une invention des juges étatiques qui n'ont jamais cité un seul système juridique autochtone consacrant cette entrave à la libre affectation des terres⁴⁹. Si, en Australie, la High Court affirme que le contenu du *Native title* est fonction des lois et coutumes autochtones qui existaient au moment de la prise de possession et qui ont survécu à ce jour⁵⁰, c'est seulement après l'avoir circonscrit dans les limites imposées par la doctrine de la découverte et qui le rendent collectif, inaliénable et incommutable mais néanmoins susceptible d'abandon au profit de la Couronne.

Le titre et les droits ancestraux sont donc dans les pays anglo-saxons, comme dans les textes coloniaux calédoniens, d'abord et avant tout régis par le droit étatique pour les faire cadrer avec l'ordre colonial. Par ailleurs, même si le droit confine, en Nouvelle-Calédonie et ailleurs, la tenure autochtone dans un régime d'inaliénabilité, d'incommutabilité et de propriété collective sans égard aux règles endogènes autochtones, et souvent au mépris de ces règles, il laisse une place au droit coutumier autochtone dans la vie foncière du groupe, notamment pour ce qui concerne les conditions et les modalités d'abandon des terres par la tribu, lesquelles devront respecter les prérogatives des clans le cas échéant.

Il faut donc nuancer considérablement l'analyse proposée par Régis Lafargue qui écrit ce qui suit :

*Le titre aborigène dont parlent les Anglo-Saxons est un droit que le premier occupant n'a jamais cessé d'exercer, en dépit de la colonisation, est selon des conditions inchangées depuis les origines. C'est un droit originel qui trouve son fondement dans une société traditionnelle qui a su préserver son intégrité en dépit du choc colonial [...].*⁵¹

Il s'avère en fait que l'on peut d'emblée transposer aux pays anglo-saxons le constat fait au sujet de la Nouvelle-Calédonie selon lequel le droit « reconfigure [...] les espaces et les organisations sociales indigènes pour les intégrer dans les catégories du nouvel ordre qui s'instaure »⁵². D'ailleurs, il faut bien admettre qu'une continuité intégrale de l'ordre juridique autochtone serait la négation même de l'intention coloniale puisqu'alors le nouvel arrivant européen serait tenu de demander l'accueil au maître kanak de la terre, de respecter les obligations auxquelles l'astreint son statut d'accueilli et de reconnaître la souveraineté du clan accueillant. De plus, le cas australien, que Lafargue érige en modèle, montre bien que subordonner le titre ancestral autochtone à la continuité stricte des lois coutumières observées

49 Il en va de même des droits de chasse, de pêche ou de cueillette que la Cour suprême limite péremptoirement aux seules activités qui, avant le contact, faisaient partie intégrante de la culture distinctive du peuple autochtone concerné. À aucun moment [ou en aucun temps], la Cour n'a référé aux règles ou principes du système juridique du peuple autochtone concerné. Voir notamment *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 ; *R c Sappier*, [2006] 2 RCS 686 ; *Lax Kw'alaams c Canada (Procureur général)*, [2011] 3 RCS 535.

50 *Mabo*, *supra*, note 12 à la p. 58.

51 R. Lafargue, *La coutume face à son destin*, *supra*, note 2, aux p. 228 ; 242-243. L'auteur a par la suite voulu nuancer sa critique du modèle calédonien en voyant dans la déclaration de du Bouzet la reconnaissance de droits préexistants dont l'existence ne découle pas du droit étatique. Voir R. Lafargue, « Terres de mémoires », *supra*, note 4 à la p. 165. Cette source précoloniale n'a toutefois pas empêché le droit étatique de domestiquer la tenure autochtone en l'incorporant dans le giron étatique, comme ce fut le cas dans les autres colonies de peuplement ayant appliqué la doctrine de la découverte.

52 I. Merle, *supra*, note 3 à la p. 3.

au moment de la prise de possession s'avère bien souvent être une façon de nier ce titre tellement l'arrivée du colonisateur et les mutations des sociétés autochtones ont induit l'érosion de ces lois⁵³.

De même, on ne peut souscrire à l'affirmation voulant que dans les pays anglo-saxons, « *ce sont en somme les déclarations unilatérales de prise de possession (comme celle du gouverneur du Bouzet en 1855) que les juridictions ont déclarées nulles et de nul effet au regard des droits acquis et exercés de façon continue depuis lors par les clans propriétaires* »⁵⁴. En réalité, la *Proclamation royale de 1763* par laquelle la Couronne britannique affirme unilatéralement sa souveraineté à l'égard des peuples autochtones tout en reconnaissant le *Indian title* n'a jamais été mise de côté par les tribunaux ; elle est au contraire considérée par la Cour suprême du Canada comme l'expression toujours vivante de la relation juridique singulière entre l'État et les peuples autochtones⁵⁵.

II. LA TERRE ANCESTRALE DES KANAK : DE LA MER À LA MONTAGNE

Le régime juridique de la découverte reconnaît aux peuples autochtones des droits sur les terres qu'ils « occupent » au moment de la prise de possession. La qualification juridique du lien à la terre, fondateur des droits ancestraux, devient alors un enjeu fondamental puisqu'il permet de tracer la ligne de partage entre le domaine public « libre » c'est-à-dire exempt de toute tenure autochtone et le domaine public autochtone. Le domaine public libre est immédiatement disponible à la colonisation alors que le domaine autochtone ne le sera qu'après l'abandon volontaire de leurs droits par les autochtones, ou dans la mesure prévue par la loi régissant l'extinction unilatérale. L'interprétation des instruments coloniaux sur cette question requiert donc la plus grande attention.

Isabelle Merle affirme de manière catégorique qu'en « qualifiant juridiquement la Nouvelle-Calédonie de colonie acquise par occupation, du Bouzet place les Kanak parmi les peuples les plus primitifs de la planète, pour qui la reconnaissance de la propriété se limite aux terres qu'ils cultivent »⁵⁶. Selon ce point de vue, la législation coloniale consacrerait la négation pure et simple de tout droit autochtone sur la terre et les ressources, exception faite des

53 La haute juridiction australienne estime que le fait pour un groupe autochtone d'avoir cessé d'observer ses lois spécifiques applicables avant la prise de possession emporte la disparition des droits ancestraux, quelle que soit la cause de l'inobservation actuelle de ces lois. De plus, le fardeau de la preuve peut être très onéreux car le groupe revendicateur doit prouver qu'une loi coutumière spécifique en application avant la prise de possession conférerait à ses ancêtres précisément le droit revendiqué aujourd'hui puisqu'une utilisation de la terre apparue après la prise de possession ne saurait avoir été régie par les lois existant avant cette prise de possession. Il s'avère aussi que les juges étatiques sont fort mal outillés pour déterminer ce qui était constitutif de « droit » dans l'univers culturel autochtone à l'époque précoloniale, une démarche qui se heurte en fait à des obstacles épistémologiques quasi insurmontables. Voir K. McNeil, "The Source and Content of Indigenous Land Rights in Australia and Canada", dans Louis A. Knafle et Haijo Westra (dir.), *Aboriginal Title and Indigenous Peoples, Canada, Australia and New Zealand*, Vancouver, UBC Press, 2010, p. 151-158.

54 Lafargue, *La coutume face à son destin*, supra, note 2 à la p. 244.

55 Voir notamment *Sparrow*, supra, note 11 à la p. 1103 ; *Delgamuukw*, supra note 10, au § 114 ; *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, [2004] 3 RCS 511 ; *Beckman c Première nation de Little Salmon/Carmacks*, [2010] 3 RCS 103, au § 42 ; *Manitoba Metis Federation Inc. c Canada (Procureur général)*, [2013] 1 RCS 623, au § 66 ; *Nation Tshilqot'in*, supra, note 11, au § 69.

56 I. Merle, supra, note 3, aux p. 6, 17.

seules parcelles effectivement en culture et des terrains effectivement habités au moment de la prise de possession⁵⁷.

Pour comprendre ce qu'il est en est, il convient de revenir au contexte et au libellé exact de la déclaration de 1855. Les recherches historiques ont montré qu'en reconnaissant aux Mélanésiens des droits sur « le sol occupé par eux en commun, ou comme propriété particulière », les autorités coloniales utilisent, au nom de l'Empereur, une terminologie précise fondée sur une observation des maîtrises foncières autochtones dont il était admis par du Bouzet lui-même qu'elles allaient des droits privatifs des particuliers sur les terres cultivées par eux (propriétés particulières) aux droits communaux exercés sur les espaces éloignés des terres cultivées et des villages, tels les plages, les forêts et les montagnes, mais néanmoins utilisés collectivement pour la chasse, la pêche, la cueillette ou le piégeage (occupation en commun). Il convient de reproduire ici en entier un passage bien connu des écrits de du Bouzet sur le sujet :

La propriété des terres chez ces peuples cultivateurs est ainsi constituée :

1. *Les simples particuliers (ou Yambuet) ont des propriétés dont les limites sont nettement tracées et très bien reconnues ; ils acquièrent ces propriétés par succession, vente ou échange ou en disposent de même ; les fruits de ces terres, mais jamais les fonds, appartiennent aux chefs dans certaines circonstances ; les propriétés se composent ordinairement de terres propres à la culture ; nul ne peut s'y établir sans le consentement du maître.*
2. *Les chefs subalternes (ou Aou) possèdent, en outre de leurs propriétés particulières, des bois, ruisseaux et des biens-fonds situés à la portée de leurs villages. Les étrangers ne peuvent exploiter ces terres sans leur permission.*
3. *Enfin tout ce qui n'appartient ni aux Yambuet ni aux Aou, tel que plages, forêts, montagnes, etc., appartient au grand-chef ou Téama, qui a, en outre, des propriétés particulières.*

On voit par-là que tout terrain cultivable a des propriétaires ; tout ce qui, sans être cultivable, peut être utilisé par la communauté et se trouve à portée d'un village appartient au chef de ce village ; le reste appartient au Teama.⁵⁸

Compte tenu des termes utilisés et des réalités de terrain auxquelles ils renvoient dans l'esprit de du Bouzet, il paraît fort difficile d'imputer aux autorités une volonté claire et indubitable de nier totalement les maîtrises foncières autochtones au-delà des parcelles effectivement cultivées ou habitées par les Kanak au moment de la prise de possession. Au contraire, on pose le principe que toutes les terres « occupées » de manière particulière ou commune par les autochtones ont vocation à être éventuellement « achetées » par l'État aux fins de la colonisation.

Le fait que l'empire français s'appuie explicitement sur le régime juridique de la découverte vient d'ailleurs fragiliser davantage la thèse d'une volonté de nier tout droit autochtone sur

⁵⁷ Les historiens semblent aussi présumer que la déclaration de 1855 exproprie les Kanak sous réserve des seules terres cultivées. Ainsi, ils tiennent pour acquis que les terres en friche ou en jachère sont supprimées du patrimoine foncier kanak par le texte de du Bouzet. Voir Saussol, *supra*, note 33, à la p. 50. Voir aussi, J. Dauphiné, *supra*, note 20, à la p. 19. Or cette interprétation semble s'appuyer, non pas sur la déclaration elle-même et sur le régime de la découverte qu'elle applique, mais plutôt sur le comportement de certains fonctionnaires coloniaux.

⁵⁸ Extrait reproduit par plusieurs auteurs, voir A. Saussol, *supra* à la p. 33 ; Dauphiné, *supra*, note 33, à la p. 52 ; R. Lafargue, *supra*, note 2, à la p. 225.

des terres autres que celles qui sont effectivement en culture ou habitées. En effet, la doctrine de la découverte consiste essentiellement à préserver au bénéfice des autochtones les avantages qu'ils tirent des terres qu'ils fréquentent et utilisent traditionnellement jusqu'à ce que ces droits soient abandonnés ou validement éteints, le cas échéant. De ce point de vue, la référence large et ouverte aux différents types de maîtrise foncière dans la déclaration de 1855 est parfaitement conforme à la pratique des autres colonies de peuplement où vivaient des peuples autochtones et qui étaient à peu près au même moment confrontés au même enjeu foncier.

En Amérique du Nord, les autorités coloniales britanniques et américaines avaient, dès le XVIII^e siècle, négocié avec des tribus autochtones l'abandon de leurs droits de premier occupant afin d'ouvrir le territoire à la colonisation. Ces ententes régies par les règles de la découverte s'attachaient systématiquement à couvrir l'ensemble des territoires réputés avoir été utilisés traditionnellement par les signataires autochtones, y compris les vastes territoires de chasse exploités dans le cadre d'un usage semi-nomade de l'espace foncier⁵⁹. Les États admettaient ainsi que, bien que leur contenu restât encore indéterminé, les droits ancestraux étaient susceptibles de grever l'intégralité de l'espace fréquenté et utilisé par les autochtones pour satisfaire leurs besoins. Cette solution rejoint exactement le propos de du Bouzet qui prenait acte du fait que les Kanak s'appropriaient « *tout ce qui, sans être cultivable, peut être utilisé par la communauté* ».

C'est dans cette veine que la Cour suprême des États-Unis statuait, dès 1835, qu'un peuple autochtone nomade ou semi-nomade détient un *original indian title* sur l'ensemble de l'espace qu'il a traditionnellement contrôlé puisque, selon cette juridiction, ce peuple « occupe son territoire de chasse comme l'homme blanc occupe son champ »⁶⁰. De même, au moment d'interpréter la notion de titre ancestral affirmé notamment par la proclamation royale de 1763, la Cour suprême du Canada a conclu que :

*L'occupation suffisante pour fonder l'existence d'un titre ancestral ne se limite pas aux lieux spécifiques d'établissement, mais s'étend aux parcelles de terre régulièrement utilisées pour y pratiquer la chasse, la pêche ou d'autres types d'exploitation des ressources et sur lesquelles le groupe exerçait un contrôle effectif au moment de l'affirmation de la souveraineté européenne.*⁶¹

Tant au Canada qu'aux États-Unis, un titre ancestral peut être détenu en commun par plusieurs groupes⁶². Selon la Cour suprême du Canada, lorsque l'occupation précoloniale du territoire n'était pas sous le contrôle d'un ou de groupes particuliers, les divers groupes ayant traditionnellement utilisé l'espace en question, notamment pour la chasse ou la pêche, jouiront de droits ancestraux ayant pour objet ces activités traditionnelles sans droit d'exclure

59 Par exemple, dans l'affaire *Première nation crie Mikisew c Canada*, (2005) CSC 69, la Cour suprême du Canada fait remarquer au § 52 que le traité n° 8 emporte « la cession d'intérêts autochtones sur un territoire plus grand que la France ».

60 La Cour affirme que l'occupation autochtone “*was considered with reference to their habits and modes of life ; their hunting grounds were as much in their actual possession as the cleared fields of the whites, and their rights to its exclusive enjoyment in their own way and for their own purposes were as much protected.*” Voir *Mitchell v US*, 34 US (9 Pet) 711, 746 (1835). Cette décision a donné lieu à une jurisprudence constante au profit de peuples nomades, voir *McNeil*, *supra*, note 14, aux p. 274-275.

61 *Nation Tshiltgot'in*, *supra*, note 10 au § 50.

62 *United States v Santa Fe Pacific Railroad*, 314 US 339 (1941) ; *Delgamuukw*, *supra*, note 10 au § 158.

les tiers⁶³. Le droit néo-zélandais rejoint le droit canadien et reconnaît donc des droits exclusifs ou non sur l'ensemble du territoire utilisé par les Maoris au moment de l'acquisition de la souveraineté par la Couronne⁶⁴. La haute juridiction australienne a quant à elle admis l'existence de droits ressortissant au *Native title* relativement aux usages traditionnels sur l'ensemble du territoire ancestral des peuples nomades dès lors que ces usages, exclusifs ou non, étaient fondés sur la continuité des lois coutumières⁶⁵.

En définitive, on ne peut affirmer sans nuance que la doctrine de la découverte revendiquée par Du Bouzet « nie la notion même de propriété chez les peuples nomades et ne reconnaît aux "sauvages cultivateurs" que la possession des terres mises en culture au moment où la puissance impériale procède à la délimitation des terrains »⁶⁶. Sans être certes assimilables à une propriété de type occidental, les maîtrises ancestrales des peuples autochtones sur les terres utilisées traditionnellement à des fins autres qu'agricoles et d'habitation sont bien réelles et juridiquement opposables.

Les instruments législatifs coloniaux postérieurs à la déclaration de Du Bouzet n'étaient pas non plus de manière décisive l'argument voulant que le droit colonial français ait nié aux Kanak tout droit sur l'ensemble du territoire calédonien autre que les parcelles effectivement cultivées et habitées au moment de la prise de possession.

On a écrit que l'arrêté du gouverneur Guillain du 5 octobre 1862 affirmait que les terres non cultivées par les Kanak sont réputées inoccupées⁶⁷. Or, ce n'est pas le cas⁶⁸. En fait, son arrêté de 1868, explicitement inscrit dans la lignée de la déclaration de 1855, reconnaît les droits autochtones sur les terres dont les Kanak ont « la jouissance traditionnelle conformément au droit politique entre tribus » (art.1). Or, du point de vue juridique, la « jouissance traditionnelle » de la terre ne se limite nullement à l'usage intensif de terrains pour les cultures et la construction de cases. La « jouissance » consiste à se prévaloir de manière indifférenciée des avantages et des bénéfices rattachés à la possession d'une chose⁶⁹. C'est le « droit de se servir d'un bien et, le cas échéant, de faire sien les fruits et revenus »⁷⁰. Lorsqu'elle est par surcroît juridiquement qualifiée de « traditionnelle d'après le droit politique entre tribus » la jouissance de la terre correspond plus précisément aux modes spécifiques par lesquels les

63 *R. c. Adams*, [1996] 3 RCS 101 aux § 25-29 ; *Delgamuukw*, *supra* note 10 aux § 138, 176 ; *Nation Tshilqot'in*, *supra*, note 10 au § 47.

64 *Ngati Apa*, *supra*, note 13 au § 46 ; *McNeil*, *supra*, note 14 aux p. 276-277.

65 Voir par exemple *Western Australia v Ward*, [2002] 213 CLR 1 ; [2002] HCA 28 aux § 89-93. Comme l'écrit Bartlett, en Australie "A nomadic or semi-nomadic way of life will satisfy the requirement of a connection to the land or waters". Voir Bartlett, *supra*, note 15, à la p. 179.

66 I. Merle, *supra* note 3, à la p. 5.

67 Voir *Rapport final relatif à la délimitation de territoires à des tribus kanak*, LARGE-TROCA, Université de Nouvelle-Calédonie, 2019, à la p. 6.

68 L'article pertinent de l'*Arrêté du Gouverneur sur l'aliénation des terres domaniales en Nouvelle-Calédonie*, à savoir l'article 1^{er}, se lit comme suit : « Toutes les terres de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, dont le Gouvernement n'a point disposé à la date du présent arrêté, appartiennent à l'État. Elles peuvent être aliénées, ou de façon définitive, ou à bail, au profit de tous individus, français ou étrangers, dans la forme et aux conditions énoncées dans le présent arrêté » (Nouvelle-Calédonie, *Annuaire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances, pour l'année 1871*, Imprimerie du gouvernement, Nouméa, 1871 à la p.150).

69 E. Cornu, *supra* note 39, *sub verbo* « jouissance ».

70 Centre Paul-Andre Grépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : les biens*, Yvon Blais, 2012, *sub verbo* « jouissance ».

autochtones se prévalaient entre eux des avantages et des ressources de la terre. Or, tel que l'avait déjà reconnu du Bouzet, ces modes ne se limitaient nullement à la culture effective de parcelles particulières et à la construction de cases. De fait, les limites de réserves créées dans la foulée de l'arrêté de 1868 comprenaient des terres inhabitées et impropres à l'agriculture, ce qui montre bien que la jouissance traditionnelle kanak pouvait s'étendre au-delà des terres habitées ou cultivées⁷¹.

Il y a bien eu l'arrêté de 1871 autorisant l'occupation des terrains domaniaux en Nouvelle-Calédonie qui imposait aux colons détenteurs de permis provisoire d'occupation l'obligation de s'entendre avec les chefs si « *au moment de l'occupation, le terrain renferme des cultures et des cases indigènes* » (art. 7)⁷². Cependant, cet arrêté ne prétendait pas fixer les principes de la délimitation définitive des terres Kanak puisqu'il ne visait qu'à assurer le voisinage apaisé des colons et des autochtones avant la démarcation administrative. Dès 1876, le gouverneur Pritzbuer réaffirmait que les terres occupées sont celles dont les autochtones ont « la jouissance traditionnelle conformément au droit politique entre tribus » (art.1). D'ailleurs les délimitations effectuées aux termes de l'arrêté de Pritzbuer ont, de l'aveu même des autorités, très souvent inclut dans les réserves des terres montagneuses et incultes⁷³. Les autorités ne peuvent du même souffle prétendre, selon la loi, délimiter les terres en fonction de la jouissance traditionnelle autochtone et affirmer que les terres montagneuses et incultes, mais propres à satisfaire certains besoins, qu'elles laissent dans les réserves n'ont rien à voir avec la jouissance traditionnelle.

Aucun instrument législatif subséquent n'a clairement réduit le critère juridique de l'occupation mélanésienne à l'existence de cultures ou de cases même si le règlement de Feillet de 1897 semble accorder à ces dernières une valeur particulière dans la détermination des indemnités légitimes lors d'une aliénation volontaire des terres autochtones (art. 10).

En somme, lorsque, comme c'est le cas de la grande majorité des instruments coloniaux en Nouvelle-Calédonie, la loi ne définit pas explicitement et exhaustivement l'occupation autochtone en fonction d'affectations ou de pratiques précises, cette occupation s'évalue de manière générale en fonction de la situation concrète sur le terrain étant entendu que l'occupation suppose une utilisation humaine effective de la terre et des ressources à des fins diverses en tenant compte des caractéristiques naturelles du territoire, des besoins et de la culture des populations concernées. Un terrain aride et montagneux, une forêt dense ou clairsemée, une vallée bien irriguée ou un delta marécageux sont autant de lieux susceptibles d'une utilisation humaine effective en fonction de chaque cas d'espèce. Si l'activité agricole, la construction de villages, la fréquentation de sites sacrés et l'aménagement de cimetières sont des manifestations d'occupation, il en va de même des autres utilisations que l'homme fait de la terre en vue de pourvoir à ses multiples besoins, telles que l'extraction minérale, la chasse, la pêche, la cueillette et le piégeage à des fins de subsistance, d'échange ou de rites coutumiers.

71 A. Saussol reproduit un rapport gouvernemental dans lequel il est déclaré qu'une réserve « comprend une bonne partie de montagnes parfois assez escarpées et des terrains impropres à la culture des plantes alimentaires indigènes [...] », voir A. Saussol, *supra*, note 33, à la p. 159.

72 Voir J. Dauphiné, *supra*, note 20, à la p. 99.

73 Voir par exemple le compte-rendu des délibérations du conseil privé concernant la délimitation de la réserve de Houailou pendant lesquelles Benet explique que « la plus grande partie du territoire laissé à la tribu se compose de terres montagneuses ou incultes ». Voir J. Dauphiné, *supra*, note 20, à la p. 118.

Les historiens ont montré qu'en Nouvelle-Calédonie les fonctionnaires coloniaux ont, notamment dans leurs circulaires administratives, souvent fait comme si les terres traditionnelles Kanak qui n'étaient pas effectivement cultivées ou habitées n'étaient pas « occupées »⁷⁴. Dans leur pratique administrative, les représentants de l'État auraient en conséquence parfois refusé de reconnaître tout droit ancestral sur les étendues du territoire calédonien utilisées régulièrement par les Mélanésiens pour subvenir à l'ensemble de leurs besoins. Or, cette pratique ne trouve pas appui dans la doctrine de la découverte qui est pourtant le socle du droit colonial calédonien, ni dans le texte juridique des instruments coloniaux successifs et ni, même, dans la pratique de délimitation qui réserve d'emblée aux autochtones, comme terres traditionnellement occupées, des terres incultes et inhabitées mais faisant par ailleurs partie de l'espace économique mélanésien.

Il se peut fort bien qu'un juge conclue que l'occupation autochtone doit recevoir, aux fins de l'interprétation des textes coloniaux, une acception bien plus ample que ce que certains fonctionnaires coloniaux ont bien voulu admettre. Les limites des terres ancestrales Kanak s'étendront souvent bien au-delà des terres qui étaient cultivées ou habitées au moment de la prise de possession ; elles pourront inclure, par exemple, des montagnes, des forêts, et des îlots traditionnellement fréquentés et utilisés à des fins de prélèvements minéraux, végétaux, cynégétiques et halieutiques, ou encore à des fins rituelles.

III. EXTINCTION ET PERSISTANCE DES DROITS ANCESTRAUX KANAK

Le régime juridique issu de la découverte ne tient pas les droits ancestraux autochtones pour perpétuels et intangibles. De fait, le binôme reconnaissance-extinction s'inscrit au cœur même de la colonisation de peuplement qui demandera inéluctablement qu'au moins une partie des droits autochtones soient dissous pour que l'État puisse assurer aux colons et à l'industrie extractive la sécurité foncière nécessaire au développement de la colonie.

Ayant acquis la souveraineté sur le territoire « découvert » lors de la prise de possession, l'État « découvreur » est habilité, tel qu'il a déjà été expliqué, à éteindre même unilatéralement les droits ancestraux bien que le moyen privilégié dans les chartes foncières coloniales, y compris en Nouvelle-Calédonie, sera la renonciation volontaire à leurs droits par les autochtones. Il va de soi toutefois que l'extinction des droits autochtones est soumise, comme les autres actes des pouvoirs publics, au principe de légalité et, le cas échéant, de constitutionnalité. Une mesure ou un acte que l'État prétend être extinctif des droits autochtones mais qui s'avère en fait être illégal ou inconstitutionnel sera sans effet juridique de sorte que les droits autochtones continueront d'exister et d'être opposables.

Se posera donc la question de l'effet extinctif ou non des actions de l'administration coloniale et des textes contemporains.

A. L'extinction par abandon volontaire

Les droits autochtones peuvent être délaissés par leurs titulaires à la faveur d'une entente avec l'État, ou validée par lui, mais ils ne peuvent passer dans un patrimoine non autochtone

⁷⁴ Voir notamment la circulaire du 28 août 1865 évoquée par A. Saussol, *supra*, note 33, à la p. 51.

tout en conservant leur qualité juridique de droit de premier occupant. Cela signifie, par exemple, que, lorsque les autochtones renoncent à leurs droits en faveur de l'État, il n'y a pas à proprement parler de « cession » ou de « transfert » de droit ancestral. L'État n'acquiert aucun droit ancestral mais les terres sont libérées de toute charge ancestrale autochtone.

L'abandon devra toutefois être libre et éclairé au moment de la transaction ou, sinon, la conduite subséquente des autochtones qui étaient les détenteurs coutumiers des terres devra montrer qu'ils ont librement et manifestement acquiescé *a posteriori* à l'intégralité des termes de la transaction en pleine connaissance de cause de ses effets. La difficile question du consentement libre et éclairé en est une de fait qui s'apprécie au cas par cas. Il faudra par exemple se demander si le simple fait pour un groupe de s'installer sur une réserve délimitée par l'État peut, compte tenu de l'ensemble des circonstances entourant une délimitation donnée, indiquer une volonté sans équivoque de renoncer pour toujours à la totalité de la terre de ses ancêtres. Si un chef est présent lors des travaux de délimitation et accepte la réserve telle que délimitée, accepte-t-il *ipso facto* d'abandonner tout droit sur la totalité du territoire ancestral hors réserve ? Le chef a-t-il respecté les règles de la tribu et obtenu l'accord des clans lorsque ceux-ci sont les détenteurs coutumiers des terres visées par un cantonnement ? Le fait que la tribu et les clans ne se soulèvent pas violemment, comme certains l'ont fait⁷⁵, pour refuser la délimitation indique-t-il une renonciation tacite ? Le chef qui accepte la réserve est-il bien celui du groupe qui est le détenteur traditionnel de la terre ? Une entente de renonciation a-t-elle été consignée par écrit ? Si oui, qui l'a rédigée et quels en sont les termes exacts ? La compréhension qu'avaient les autochtones de la portée juridique de l'opération devra être évaluée en tenant compte notamment de leur connaissance des concepts occidentaux relatifs à la propriété et de leur maîtrise de la langue française.

Il conviendra en outre de déterminer si la reconnaissance étatique des droits de premier occupant et le caractère facultatif de la renonciation ont été clairement expliqués aux intéressés. Il ne saurait en effet y avoir de consentement réel si les autochtones n'ont ni la conscience de disposer entièrement de l'autonomie de la volonté ni la possibilité effective de l'exercer. On devra également se demander si la façon concrète de procéder de l'administration laissait une authentique place à la délibération sereine et à la négociation équitable compte tenu des rapports de force en présence⁷⁶.

Si le gouvernement invoque l'acquiescement *a posteriori* à l'abandon définitif de tous ses droits ancestraux, il lui incombera de faire la preuve d'un acquiescement univoque, libre et éclairé de la part des détenteurs coutumiers légitimes de la terre compte tenu des circonstances précises au moment pertinent. L'acquiescement repose sur la connaissance, la liberté et la capacité de comprendre la nature exacte de la situation et de se mobiliser en vue de la remettre en cause. Ainsi, l'omission, même prolongée, de revendiquer des droits de premier occupant à l'extérieur d'une réserve, y compris devant les tribunaux, ne peut en soi faire présumer une volonté réelle et manifeste de couper définitivement tout lien juridique avec la terre ancestrale. On ne peut en effet faire abstraction de la manière dont fut menée sur le

75 L'insurrection de 1878 est notamment attribuée aux délimitations spoliatrices, voir A. Saussol, *supra*, note 33, aux p. 192-195.

76 Il est intéressant de noter que d'entrée de jeu le préambule de l'accord de Nouméa qualifie les soi-disant « traités » intervenus avec certains chefs dans le contexte de la prise de possession d'« actes unilatéraux ».

terrain la politique foncière coloniale, du régime de l'indigénat confinant les Kanak dans les réserves, de la marginalisation et de la paupérisation généralisée des collectivités autochtones. Lorsque la renonciation imputable au détenteur coutumier légitime de la terre est effectivement pleinement consentie, elle emporte la fin des droits de premier occupant. Il ne faut certes pas écarter l'hypothèse que ce genre transaction ait eu lieu. Un auteur souligne la grande habileté de certains administrateurs à faire valoir auprès des chefs l'avantage que représentent les titres formels sur les terres de réserve bien qu'un tel avantage se payât très souvent au prix fort de la perte de vastes espaces ancestraux⁷⁷. Exiger un abandon libre et éclairé ne revient pas à postuler, ce qui serait au mieux paternaliste, une quelconque incapacité des Kanak à prendre des décisions politiques complexes dans des situations difficiles.

B. L'extinction unilatérale

Compte tenu de la promesse originelle de respecter les droits de premier occupant, conformément au régime de la découverte, et de la gravité des conséquences pour les autochtones dépossédés de leur terre ancestrale, les tribunaux anglo-saxons exigent que l'intention d'abroger définitivement tout droit autochtone soit exprimée sans aucune ambiguïté par le législateur⁷⁸. De plus, il incombe à la partie alléguant l'extinction valide d'en faire la preuve. Il ne semble pas y avoir de motif déterminant pour adopter une approche différente en Nouvelle-Calédonie.

Les instruments coloniaux, tel que l'arrêté de Guillaïn en 1868, ont parfois octroyé de manière explicite le pouvoir d'exproprier sans indemnité les terres de réserve à des fins d'utilité publique (art. 7). Ce pouvoir ne s'étendait toutefois pas au-delà des limites de la réserve, de sorte que le droit commun de l'expropriation devrait par ailleurs trouver application à l'égard de toute terre autochtone non incluse dans une réserve⁷⁹. Des régimes juridiques particuliers pourraient aussi traiter des situations exceptionnelles ou ponctuelles. Ce cas de figure méritera sans doute d'être envisagé pour ce qui concerne les arrêtés de confiscation punitive des terres de tribus jugées déloyales à l'égard de l'autorité coloniale. Ces confiscations ne produiront toutefois d'effet extinctif valide que si elles étaient en tout point conformes au droit en vigueur au moment où elles ont eu lieu.

La question de l'extinction unilatérale se pose plus particulièrement relativement à la délimitation des terres autochtones et la concession de celles-ci à des tiers aux fins de la colonisation. Il faut déterminer si ces actes de l'administration opèrent en soi, et de manière entièrement autonome, l'extinction unilatérale des droits de premier occupant.

De l'analyse du droit colonial faite précédemment, il ressort que la délimitation ou le cantonnement, en tant qu'opération juridique, n'est pas conçu en soi comme un procédé d'expropriation. En effet, l'exigence juridique de l'acquisition de gré à gré des terres en place

77 A. Saussol note, par exemple, l'habileté de Feillet : « Feillet eut aussi l'habileté de paraître procéder à une certaine concertation. Il s'employa à convaincre les chefs de donner leur consentement. Il y parviendra parfois ». Voir A. Saussol, *supra*, note 33, à la p. 289.

78 Voir notamment *Calder, supra*, note 6, à la p. 404 (juge Hall) ; *Sparrow, supra*, note 11, aux p. 1098-1099 ; *Gladstone, supra* note 19, au § 31 ; *Delgamuukw, supra* note 10, au § 180.

79 Notons par ailleurs que l'article 7 de l'arrêté de Guillaïn, aux termes duquel le gouvernement s'approprie les mines, les cours d'eau et les forêts, ne vise que les terres de réserve.

depuis 1855 n'a pas été écartée par les instruments successifs traitant de la délimitation et du cantonnement. Par voie de conséquence, dans le cadre de la politique de cantonnement, le périmètre des terres Kanak ne peut légalement être délimité de manière à en exclure des terres occupées par les autochtones sans que ces derniers n'aient dûment abandonné leurs droits sur ces terres. Si des terres occupées mais non régulièrement cédées ne sont pas formellement réservées à leurs détenteurs mélanésien légitimes, il ne s'agit pas d'une expropriation régulière ou d'une extinction effective des droits ancestraux autochtones mais d'une illégalité pure et simple.

Autrement dit, dans ce cas de figure, les droits autochtones sur des terres occupées traditionnellement par eux ne pourront avoir été valablement éteints lors de la délimitation et du cantonnement quand bien même elles se trouveraient erronément ou frauduleusement à l'extérieur des limites d'une réserve. Les historiens ont montré que les opérations de délimitation et de cantonnement ont souvent exclu des réserves de vastes étendues de terres occupées par les autochtones, ce qui a d'ailleurs été à l'origine de conflits sanglants⁸⁰. La déclaration candide d'un haut fonctionnaire sur ce point est sans équivoque. Évoquant le cas de la tribu de Néampia, il décrivait dans les termes suivants l'effet de la délimitation sur son territoire traditionnel :

Le territoire de cette tribu était bien plus étendu. La commission a retranché au moins 6 000 hectares, c'est-à-dire plus de la moitié de la superficie totale. Il est en outre à remarquer que la plus grande partie du territoire laissé à la tribu se compose de terres montagneuses ou incultes et que cette région est éloignée de tout centre de colonisation et ne pourra être exploitée de longtemps.⁸¹

La politique de Feillet avait même pour objet spécifique de « resserrer » le domaine foncier autochtone bien en deçà des territoires traditionnels y compris par la « transplantation » de tribus entières⁸². Nombre de réserves existantes ont été réduites et parfois purement et simplement supprimées⁸³. Or, à défaut d'un consentement libre et éclairé de la part des autochtones portant sur l'abandon complet et définitif de leurs droits ancestraux sur les terres qu'ils occupent, ces droits pourraient avoir survécu quand bien même les terres en question se trouvent à l'extérieur des limites d'une réserve et malgré le déplacement de la tribu. Les clans et la tribu pourraient certes avoir acquiescé *a posteriori* à l'extinction totale des droits ancestraux mais cet acquiescement devra être tout aussi univoque, libre et éclairé. Or les historiens ont bien documenté le fait que les procédures de cantonnement observables sur le terrain n'ont pas toujours respecté la règle du consentement autochtone⁸⁴. Alain Saussol n'hésite pas à parler d'un « cantonnement subi mais jamais accepté »⁸⁵.

En somme, l'acte de délimiter et de cantonner ne constitue pas en soi une extinction unilatérale puisqu'il a pour modalité obligatoire la renonciation de la partie autochtone à ses droits

80 J. Dauphiné, *supra*, note 20, aux p. 87-96.

81 Propos de Benet responsable de la commission de délimitation reproduits dans Dauphiné, *supra*, note 20, à la p. 118.

82 Il faut donc nuancer l'affirmation de Lafargue selon laquelle il y a continuité de la propriété originelle sur les réserves, voir R. Lafargue, « Terres de mémoires », *supra*, note 4, à la p. 118. Cela ne vaut pas pour le tribus « transplantées » loin de leur terre ancestrale.

83 Voir notamment A. Saussol, *supra*, note 33, aux p. 286-290 ; 322-325.

84 Il semble en effet que de nombreux cas d'abus de pouvoir aient été documentés, voir J. Dauphiné, *supra*, note 20, aux p. 209-210. Voir aussi A. Saussol, *supra*, note 33, aux p. 289-290.

85 Saussol, *supra*, note 33, à la p. 453.

sur la terre des ancêtres. Reste toutefois à savoir si le simple fait de concéder la propriété des terres aux colons ou à l'industrie, alors que ces terres sont comprises dans un territoire traditionnel autochtone hors réserve, emporte *ipso jure* l'extinction unilatérale des droits ancestraux. Il convient de considérer d'abord le cas des concessions octroyées *avant* toute opération de délimitation.

À partir de la déclaration de 1855, le droit colonial applicable en Nouvelle-Calédonie a posé le principe général que les terres occupées par les autochtones ne sont pas disponibles à la colonisation, à moins qu'elles aient été librement abandonnées par leurs occupants. De là l'importance pratique pour les autorités de bien connaître l'emplacement de ces terres. La politique de délimitation avait précisément pour objectif de fixer les bornes du domaine foncier autochtone et donc, par voie de conséquence, des terres du domaine public ouvertes à la colonisation. L'administration locale n'attendit toutefois pas la mise en œuvre de cette politique pour ouvrir le territoire aux colons dont le nombre et la boulimie foncière ne cessaient d'augmenter. Elle octroya d'abord aux aventuriers de simples permis provisoires d'occuper des terres dont l'emplacement et la superficie lui étaient encore inconnus. Le colon était « envoyé dans la brousse » à ses risques et périls à tous égards, y compris sur le plan juridique, ce qui signifie qu'il n'acquerrait aucun droit de propriété opposable aux autochtones quant aux terres qu'ils occupaient traditionnellement⁸⁶. Le permis provisoire n'était destiné à produire aucun effet juridique extinctif sur ces droits ni aucun effet translatif de droit foncier.

C'est pour offrir une plus grande sécurité juridique aux concessionnaires que l'arrêté de 1871 introduisit le permis d'occupation provisoire assorti d'un droit de préemption permettant éventuellement au colon de devenir propriétaire. Bien que cet arrêté autorise la concession de permis d'occupation, il n'édicte toutefois pas que la concession opère une extinction des droits autochtones sur les terres qu'ils occupent. Au contraire, il contraint les concessionnaires soit à établir que les terres sont inoccupées, soit à respecter les droits des occupants Kanak (art. 7). L'extinction des droits de premier occupant, si extinction il y a, ne pourra résulter que de l'abandon libre et volontaire des lieux par les autochtones aux termes d'une convention dont le colon devra rendre compte à l'administration. Or, on rapporte de nombreux cas d'abus et de comportements illégaux de la part des colons, comportements dont l'effet n'a pu être d'éteindre valablement les droits autochtones. S'agissant de la déclaration de vacance autochtone, un haut fonctionnaire admettait ce qui suit :

[...] la législation locale, pour garantir les droits de ces derniers (les Kanak), exigeait il est vrai une déclaration écrite signée de deux témoins et constatant que le terrain demandé n'embrassait ni culture ni cases canaques, mais nous pouvons affirmer hautement que ces déclarations étaient presque partout mensongères.⁸⁷

On fait aussi état d'expulsions violentes ou de manœuvres dolosives à l'encontre des chefs et de déprédations répétées du bétail saccageant les champs des Kanak. Dauphiné reproduit le

86 J. Dauphiné, *supra*, note 20, aux p. 100-101.

87 J. Dauphiné, *supra*, note 20, à la p. 82.

compte-rendu suivant qu'un observateur fait de certaines « transactions » entre les colons et les autochtones :

Il y a ici un règlement en vertu duquel, lorsqu'un colon veut une concession de terrain, il lui suffit d'avoir le consentement du chef indigène et de déclarer les limites et la contenance approximative de cette concession. La première condition (ci-dessus) est bien souvent éludée. Nos chefs ne savent pas écrire et l'on profite de leur ignorance pour leur arracher leur consentement ou même le supposer, quand il est loin d'exister.⁸⁸

181

Le dossier des permis d'occupation montre que, même si l'administration est soucieuse de favoriser l'installation intempestive des colons et que, pour ce faire, elle délègue en partie ses prérogatives à ces derniers pour ce qui concerne les droits autochtones, les concessions sont faites sous réserve des droits de premier occupant. Les occupations illégales des terres autochtones par les colons, les évictions forcées et les déclarations ou conventions frauduleuses, n'ont pas entraîné l'extinction valide des droits ancestraux. Dès lors, dans un nombre potentiellement élevé de cas, les droits ancestraux pourront avoir survécu à ces concessions. Il se peut tout de même que l'occupation initialement illégale des terres autochtones ait par la suite été régularisée à la faveur de la délimitation ou d'un cantonnement effectué conformément à la loi. Ce ne sera toutefois le cas que si les terres visées ont été régulièrement et librement abandonnées par leurs détenteurs autochtones traditionnels lors du cantonnement. En d'autres termes, il faudra que les Kanak précédemment spoliés par les colons soient spécifiquement ceux qui, lors de la délimitation, consentent à l'abandon de leurs droits de premier occupant sur leur territoire traditionnel accaparé par le colon. Dans le cas contraire, ces terres hors réserve restent grevées des droits ancestraux Kanak. Or, les historiens sont d'avis que le principe du consentement libre et éclairé n'a pas toujours été respecté en pratique, ce qui souligne bien la pertinence de la thèse de la survie des droits ancestraux sur certaines terres hors réserve⁸⁹.

Ces droits auront aussi survécu sur les terres hors réserve concédées *après* une délimitation ou un cantonnement si ces terres ont été illégalement exclues d'une réserve. On ne saurait en effet prétendre que la concession post-cantonnement est en soi un acte ayant manifestement pour but d'éteindre unilatéralement les droits autochtones indépendamment de l'effet du cantonnement lui-même. Tel qu'il a déjà été montré, le droit colonial appliqué en Nouvelle-Calédonie ne considère pas en principe que la simple concession d'un terrain à un colon comme éteignant automatiquement tous les droits des autochtones sur les terres qu'ils occupent.

Lorsque la délimitation a eu lieu, l'administration s'estime fondée en droit d'accorder par la suite au colon ou à l'industriel des droits sur les terres hors réserve précisément parce que, ayant été préalablement affranchies des droits de premier occupant par l'effet de la délimitation, elles sont réputées disponibles pour la colonisation libre. On ne peut donc imputer à la seule concession ni une finalité ni un effet extinctif autonome puisque cette concession découle de la présomption de l'administration selon laquelle les droits autochtones ont été

⁸⁸ J. Dauphiné, *supra*, note 20, aux p. 73-74. Voir également A. Saussol, *supra*, note 33, aux p. 177-178.

⁸⁹ A. Saussol écrit que « d'une façon générale c'est contraints et forcés que se généralisèrent les déplacements ». Voir A. Saussol, *supra*, note 33 à la p. 283. Voir aussi, J. Dauphiné, *supra*, note 20, aux p. 206-211.

antérieurement éteints lors d'une opération juridiquement distincte. Lorsque cette présomption s'avère erronée, la concession, sans être nécessairement dénuée de tout effet juridique en faveur du concessionnaire, ne peut qu'être sous réserve des droits autochtones.

Les droits effectifs du concessionnaire dépendront en grande partie de la portée et de la nature des droits autochtones. Si ceux-ci ne grèvent qu'une partie du terrain, alors la tenure non autochtone sera complète sur la partie exempte de droits autochtones. Si les autochtones ne détiennent qu'un droit non exclusif d'accès aux fins d'activités traditionnelles, le concessionnaire disposera d'une maîtrise conséquente de la terre dans la mesure de sa compatibilité avec les droits autochtones. Lorsque, en revanche, la tenure ancestrale emporte un droit exclusif d'utiliser la terre, le concessionnaire disposera d'un titre plus limité pouvant n'être plus guère qu'un droit de préemption⁹⁰. En définitive, tout comme les concessions antérieures à la délimitation, celles qui interviennent après celle-ci coexisteront avec les droits préexistants des autochtones sur les terres hors réserve dès lors que ces derniers n'auront pas été régulièrement éteints. L'existence simultanée de droits autochtones et non autochtones sur des terres concédées correspond en fait à un cas de figure connu du droit colonial calédonien.

Il convient de souligner ici que, pour ce qui concerne l'effet sur les droits ancestraux d'une concession de propriété à un tiers, le droit calédonien rejoint le droit américain mais se distingue du droit australien où la High Court a estimé que l'octroi d'un titre de propriété à un colon emporte implicitement l'extinction unilatérale du titre ancestral. La juridiction australienne s'appuie sur le fait que le *Native title* n'ayant été reconnu en Australie qu'en 1992 – alors que la Couronne y concède sans formalité des terres aux colons depuis le XVIII^e siècle – il serait « ahistorique » d'exiger rétroactivement de l'État qu'il ait exprimé, avant de concéder des terres, une intention manifeste et spécifique de supprimer un titre ancestral si longtemps tenu pour inexistant⁹¹. Ce raisonnement est intenable en Nouvelle-Calédonie où les droits ancestraux ont été explicitement affirmés dès la prise de possession en amont de l'établissement des colons et où la colonisation libre a de longue date été explicitement conditionnée soit au respect des droits autochtones soit à leur abandon libre et éclairé à la faveur de la délimitation de réserves⁹².

Un traitement complet de la question de l'extinction unilatérale exige par ailleurs que l'on s'interroge sur l'effet des dispositions de la loi organique de 1999 sur les éventuels droits ancestraux non éteints des Kanak. L'article 6 de cette loi dispose que « En Nouvelle-Calédonie, le droit de propriété garanti par la Constitution s'exerce en matière foncière sous la forme de la propriété privée, de la propriété publique et des terres coutumières dont le statut est défini à l'article 18 ». Pour sa part, l'article 18 mentionne trois catégories de propriétés coutumières,

90 La situation juridique du concessionnaire calédonien ressemblera dans ce cas à celle du concessionnaire qui, aux États-Unis, n'acquiert sur la terre autochtone non cédée que des droits de préemption. Voir par exemple l'affaire *Catawba Indian Tribe v South Carolina*, 865 F (2d) 1444 (4^e Cir 1989), à la p. 1448.

91 Un membre de la High Court a résumé ainsi la position de la Cour en soulignant qu'en Australie « *The test for extinguishment under common law does not depend upon identification of an ahistorical legislative intention to extinguish rights which before 1992 were not understood to have survived European settlement.* » Voir le juge Bell s'exprimant à la page 47 de l'arrêt *Queensland v Congo*, [2015] HCA 17. Voir aussi *Wik Peoples v Queensland*, [1996] 187 CLR 1 aux p. 184-185; *Akiba v The Commonwealth* [2013] 250 CLR 209 aux p. 229-230.

92 Lafargue semble faire l'impasse sur cette différence fondamentale entre le droit calédonien et le droit australien, voir R. Lafargue, « Terres de mémoires », *supra*, note 4, aux p. 120-121.

à savoir les réserves, les terres attribuées par l'ADRAF et les terres domaniales rétrocédées. Or, les terres hors réserve grevées de droits ancestraux non éteints n'auront pas toutes été attribuées ou rétrocédées. Il se peut qu'elles représentent une part du domaine des personnes publiques et des terres concédées à des particuliers. L'omission de ces terres dans l'énumération contenue à l'article 18 exprime-t-elle une intention non équivoque du législateur organique de supprimer totalement et définitivement tous les droits fonciers autochtones historiquement reconnus mais non mentionnés ? Imputer une finalité extinctive manifeste à la loi organique serait faire de celle-ci un instrument de dépossession potentiellement massive des Kanak. Ni le contexte ni le texte de la loi ne permet d'affirmer qu'elle se veut un moyen de perpétuer les spoliations foncières en éteignant d'un coup de plume les droits de premier occupant des Kanak ayant survécu jusqu'alors. Au contraire, l'accord de Nouméa que l'on s'attache à mettre en œuvre reconnaît le lien ancestral à la terre⁹³.

Somme toute, l'omission du législateur organique de mentionner les droits de premier occupant des Kanak ayant éventuellement survécu sur des terres hors réserve n'exprime pas une volonté claire et sans équivoque de dépouiller les Kanak de ces droits. Il est même possible d'interpréter l'article 18 comme admettant une attribution de terres fondée sur le lien ancestral à la terre par la voie du contentieux plutôt que *via* une réattribution opérée par l'ADRAF. En outre, même si on présume que les terres grevées de droits ancestraux ne comptent pas parmi les terres coutumières au sens de l'article 18, les dispositions de la loi organique n'épuisent pas le champ matériel de la propriété en droit français. Or, tel qu'il sera expliqué plus loin, la protection de la propriété affirmée dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen s'étend aux droits fonciers autochtones ancestraux non éteints.

De plus, s'il était estimé que la loi organique affirme effectivement une volonté très claire de priver les Kanak de tous leurs droits non éteints sur l'ensemble de leurs terres ancestrales hors réserve, cette dépossession pourra, tel qu'il sera expliqué plus loin, être contestée en invoquant les engagements internationaux de la France aux termes de la Convention européenne des Droits de l'homme.

C. L'imprescriptibilité des droits ancestraux Kanak

De ce qui précède, il découle que les droits ancestraux des Kanak n'ont peut-être pas toujours été valablement éteints sur un domaine considérable se trouvant aujourd'hui à l'extérieur des réserves. Même si les spoliations en question remontent à plusieurs décennies et, le plus souvent même au XIX^e siècle, il n'est pas possible pour autant d'affirmer que le simple passage du temps a effacé les illégalités et a mis à l'abri de toute contestation juridique les dépossessions, les délimitations et les occupations illégales des terres autochtones.

La propriété ou la tenure autochtone incommutable est imprescriptible puisque, de par sa nature juridique intrinsèque, elle : « ne peut changer de possesseur, de propriétaire »⁹⁴, ce qui neutralise le jeu en faveur de toute personne des règles du droit commun en matière de prescription acquisitive de droits de propriété⁹⁵. Si, par hypothèse, les autorités gouvernementales

93 Ce fait est bien souligné par R. Lafargue, « Terres de mémoires », *supra*, note 4, à la p. 110.

94 P. Robert, *Le Petit Robert De La Langue Française 2013 - Grand Format.*, Educa Books, 2013, à la p. 1302.

95 R. Lafargue est du même avis, voir R. Lafargue, « Terres de mémoires », *supra*, note 4, à la p. 108.

ont concédé à des colons ou à des sociétés des droits sur les terres occupées par les autochtones et non validement expropriées ou librement abandonnées, la tenure autochtone subsiste et les tiers ne pourront s'approprier même par usucapion le bien autochtone incommutable, ce dernier ne pouvant, tant qu'il existe, avoir d'autre propriétaire ou possesseur. Le concessionnaire n'ayant acquis son titre que sous réserve des droits de premier occupant, il ne pourra exciper de l'article 6 de la loi organique qui affirme la « propriété privée » en Nouvelle-Calédonie pour écarter les droits autochtones⁹⁶.

Le fait que le groupe autochtone détenteur traditionnel de la terre ait été, même de longue date, privé illégalement de la jouissance de ses terres par le gouvernement ou les particuliers ne saurait avoir pour effet d'éteindre ses droits. Dès lors, les autochtones restent titulaires de leurs droits de premier occupant sur toutes les terres qu'ils occupaient traditionnellement au moment de la prise de possession, si ces terres n'ont pas fait l'objet d'une extinction unilatérale valide ou si les droits autochtones n'ont pas été abandonnés aux termes d'une transaction libre et éclairée ou par un acquiescement subséquent en toute connaissance de cause⁹⁷.

L'incommutabilité et l'imprescriptibilité des droits fonciers autochtones ont aussi pour conséquence l'imprescriptibilité du droit des autochtones de saisir le juge compétent en vue de faire constater et respecter leurs droits ancestraux reconnus par le droit français depuis 1855. Il reste donc encore loisible aujourd'hui à une collectivité kanak de saisir une juridiction compétente afin de faire valoir qu'elle détient des droits ancestraux sur ses terres traditionnelles hors réserve parce qu'elle les occupait au moment de la prise de possession. Si le gouvernement ou un particulier allègue que ces droits n'existent plus parce qu'ils ont été validement éteints, il devra apporter la preuve du bien-fondé factuel et juridique de cette prétention.

Tel qu'il sera expliqué plus loin, de la persistance de droits ancestraux Kanak sur des terres concédées de longue date à des particuliers découlera la nécessité d'un juste arbitrage des droits autochtones et non autochtones.

IV. LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE ET EUROPÉENNE DES DROITS ANCESTRAUX KANAK

Lorsque les autochtones sont amenés à quitter la terre ancestrale dans des circonstances où leurs droits ancestraux n'ont pas été validement éteints, leur bien imprescriptible reste juridiquement partie intégrante de leur patrimoine. À titre de premiers occupants, les Kanak détiennent sur les terres qu'ils occupaient traditionnellement au moment de la prise de possession des droits d'occupation et d'usage. Bien que ce titre soit collectif et qu'il n'emporte pas la libre disposition totale du patrimoine foncier, il permet d'affecter la terre et les

96 R. Lafargue écrit que l'article 6 « sécurise les droits acquis au titre de la propriété privée, même s'ils ont été acquis sur la base d'une politique spoliatrice menée par la puissance publique ». Voir R. Lafargue, « Terres de mémoires », *supra*, note 4 à la p. 121. Il ne pourra en être ainsi que dans la mesure où le titre de propriété privée incompatible avec les droits de premier occupant a été validement et donc effectivement acquis au départ, ce qui ne sera pas le cas lorsque les droits autochtones n'ont pas été préalablement éteints conformément à la loi.

97 La question factuelle de savoir si les autochtones ont renoncé à leurs droits librement et en toute connaissance de cause est différente de la question de droit qui est celle de celle de savoir si le passage du temps entraîne le jeu de la prescription acquisitive.

ressources aux fins que le groupe juge opportunes, compte tenu des besoins de ses membres, y compris leurs besoins économiques. Les autochtones peuvent aussi, le cas échéant, consentir à la « désaffectation » de leur tenure.

A. La protection constitutionnelle

En somme, les droits fonciers autochtones, malgré leur source et leurs attributs singuliers par rapport au droit général des biens, recevront en droit étatique une protection équivalente à ceux des droits réels sur un bien corporel immobilier⁹⁸. Ils confèrent à un groupe doté de la personnalité juridique « un pouvoir juridiquement protégé sur une chose »⁹⁹ et représentent clairement un intérêt patrimonial. Ainsi, cette tenure tombe logiquement dans le domaine extensif de la « propriété » au sens des articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et, par conséquent, elle jouit d'une protection constitutionnelle. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs déjà reconnu des propriétés soumises à des régimes juridiques particuliers¹⁰⁰. Le fait que, les droits ancestraux ne soient pas réductibles aux catégories canoniques du droit général des biens ne devrait pas mettre en échec l'invocabilité de la déclaration. Tel que le font observer des spécialistes du contentieux constitutionnel, la juridiction constitutionnelle a opté « très fermement en faveur d'une "autonomisation" du droit constitutionnel de propriété à l'égard des règles classiques du droit civil »¹⁰¹. L'article 6 de la loi organique reconnaît d'ailleurs explicitement que les terres coutumières constituent une manifestation de l'exercice du droit constitutionnel de propriété. Il doit forcément en être de même des terres ancestrales Kanak hors réserve non mentionnées à l'article 18 de la loi mais dont les attributs juridiques sont les mêmes que ceux des terres coutumières. Il faut en définitive éviter une qualification juridique particulariste des droits ancestraux autochtones qui autoriserait commodément de leur nier toute protection constitutionnelle.

En conséquence, toute limitation des droits fonciers ancestraux Kanak sur leurs terres hors réserve devra, aux termes de l'article 2 de la Déclaration, être justifiée par un motif d'intérêt général et proportionnée à l'objectif recherché, alors qu'une privation de ces droits au sens de l'article 17 devra être prescrite par le Parlement qui ne pourra agir ainsi qu'en présence d'une nécessité publique évidente et en versant une indemnité juste et préalable aux Kanak¹⁰².

La constitution exige aussi le respect du principe d'égalité¹⁰³ de sorte que, face au constat de la persistance de droits ancestraux Kanak hors réserve, le législateur ne pourrait sans entrave

98 R. Lafargue insiste sur la singularité du lien autochtone à la terre dans l'ordre juridique coutumier kanak et tient ce lien pour inassimilable à un droit réel, voir R. Lafargue, « Terres de mémoires », *supra*, note 4, notamment aux p. 108-109. Cela ne fait toutefois pas obstacle à ce que le droit étatique, y compris le droit constitutionnel, attribue de son côté et pour ses propres fins une dimension patrimoniale aux droits de premier occupant.

99 J.-L. Bergel, « Les biens » (2010), en ligne : *Lextenso* <www.lextenso.fr/ouvrage/9782275050553-29?em=d%C3%A9finition%20droit%20de%20propri%C3%A9t%C3%A9>.

100 Le Conseil constitutionnel a défini largement le droit de propriété, voir J.-F. de Montgolfier, « Le Conseil constitutionnel et la propriété privée des personnes privées » (2011) N 31:2, *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 35, aux p. 37-39.

101 D. Rousseau *et al*, 2016, *Droit du contentieux constitutionnel*, Paris, LGDJ, à la p 702.

102 *Ibid.*, aux p. 702-706.

103 *Ibid.*, aux p. 755-757.

éteindre ces droits par une mesure unilatérale les visant spécifiquement, tel qu'il fut fait par exemple en Australie et en Nouvelle-Zélande dans la foulée d'une évolution jurisprudentielle que les pouvoirs politiques jugeaient incompatible avec la sécurité foncière des non-autochtones¹⁰⁴. S'en prendre ainsi de manière ciblée aux seuls droits de premier occupant ne pourrait en effet qu'être discriminatoire à l'encontre du groupe ethnoculturel autochtone et la justification de cette discrimination fondée sur la volonté de privilégier la sécurité foncière des non-autochtones paraît improbable¹⁰⁵.

B. La protection européenne

Il fait par ailleurs peu de doute que les droits de premier occupant sur les terres ancestrales Kanak jouissent de la protection de la Convention européenne des Droits de l'homme aux termes de l'article 1 du 1^{er} protocole additionnel de la Convention qui affirme que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Sans égard à la qualification de ces droits par le droit constitutionnel français, la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) procède à une qualification juridique autonome des revendications portées devant elle. Cette dernière adopte une approche pragmatique au moment de décider si l'article 1 du 1^{er} protocole n° 1 trouve application en posant la question de savoir « si les circonstances de l'affaire, considérées dans leur ensemble, ont rendu le requérant titulaire d'un intérêt substantiel protégé par l'article 1 du Protocole n° 1 »¹⁰⁶.

Les revendications de droits autochtones sur la terre et les ressources soulèveront des difficultés particulières lorsqu'elles s'appuieront exclusivement sur des tenures originaires non reconnues par le droit étatique¹⁰⁷. Il en ira autrement lorsque, à l'instar des droits ancestraux Kanak découlant du droit colonial français, ces revendications trouvent un fondement dans le droit de l'État partie à la Convention. Ainsi, dans l'affaire *Könkämä et 38 autres villages Sames c. Suède*¹⁰⁸, la Commission européenne admet que des droits de chasse et de pêche revendiqués par les Saamis « peuvent être considérés comme des biens au sens de l'article 1 du protocole n° 1 »¹⁰⁹. De même, la CEDH a statué que des droits de pâturage des rennes, de chasse et de pêche revendiqués par des autochtones constituent des « biens » en vertu de la Convention¹¹⁰. La Cour est d'avis que les droits d'usage des Saamis sur leurs terres traditionnelles sont protégés même si le droit interne ne leur confère pas le statut de propriété¹¹¹. La CEDH n'hésite pas par ailleurs à admettre l'existence d'un « bien » protégé même en l'absence de titre officiel de propriété sur le bien litigieux¹¹².

104 Pour une étude critiquant la loi néo-zélandaise sous l'angle du principe d'égalité, voir G. W G Leane, "Indigenous Rights Wronged: Extinguishing Native Title in New Zealand" (2006) 29:1 Dal LJ 41.

105 Pour une analyse du contrôle des justifications des atteintes au principe d'égalité, voir notamment Rousseau *et al supra*, note 101, aux p. 763-773.

106 *Beyeler c Italie* [GC], n° 33202/96 [2000], CEDH 100.

107 G. Otis et A. Laurent, « Le défi des revendications foncières autochtones : la Cour européenne des droits de l'homme sur la voie de la décolonisation de la propriété ? » (2012) 23:89 RTDH 43.

108 *Könkämä et autres c Suède* (1996), Comm Eur DHDR 87 à la p. 78 [Könkämä].

109 *Ibid.*, à la p 85.

110 *Handölsdalen Sami Village et autres c Suède* (déc), n° 39013/04 [2009] CEDH 46.

111 *Könkämä, supra*, note 108 à la p. 13 s.

112 *Doğan et autres c. Turquie*, n° 8803/02 [2004] VI CEDH au § 139 [Doğan]; *Sargsyan c Azerbaïdjan* (satisfaction équitable) [GC], n° 40167/06, [2015] CEDH, au § 179. Voir F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 13^e éd, Paris, Presses universitaires de France, 2016 aux p. 877-878.

La CEDH donne en outre aux peuples autochtones un accès direct à la protection juridictionnelle. Ainsi, les villages saamis, ont pu prétendre être victimes d'une violation alléguée de leur droit au respect de leurs biens car « les droits visés par [la loi sur l'élevage des rennes] ne peuvent être exercés par les Samés qu'en tant que membres d'un village Same »¹¹³. La Cour a de plus statué que la protection de l'exercice des droits des autochtones sur les terres et les ressources reconnus en droit étatique constitue un objectif d'intérêt général justifiant l'État de déroger à l'exclusivité de l'usage de son bien par un propriétaire privé¹¹⁴. Enfin, il convient de souligner que la Cour a attribué à un plaignant un intérêt patrimonial en raison de ses « droits incontestés sur les terrains communaux du village », ce qui montre bien une reconnaissance de la dimension collective de certains biens¹¹⁵, reconnaissance dont pourront se prévaloir les Kanak¹¹⁶.

En somme, non seulement les terres ancestrales Kanak devraient tomber dans le domaine de la propriété protégée par la Constitution française mais il n'est guère douteux qu'elles font aussi partie des « biens » que la France est tenue de respecter aux termes de la Convention européenne des droits de l'homme. Il en résulte des obligations spécifiques en ce qui concerne les mesures qui auraient pour effet de priver les Kanak de leurs droits ou de réglementer l'exercice de ces droits¹¹⁷. Puisque la Convention européenne a valeur supra législative dans l'ordre interne français¹¹⁸, le juge ordinaire est par ailleurs tenu de trancher en faveur de cette convention tout conflit avec une norme non constitutionnelle quand bien même ladite norme serait, par hypothèse, conforme à la constitution¹¹⁹. Comme « les engagements

113 *Könkämä et 38 autres villages Sames c. Suède*, voy § 86, *supra*, note 108. En revanche, l'instance de Strasbourg a estimé qu'une association de promotion de la culture saamie ne pouvait être considérée comme une victime d'une violation de la Convention car elle n'a pas de responsabilités dans le domaine de la pêche, mis en cause en l'espèce et ne représentait pas ses membres sur ce sujet : *Johtti Sapmelaccat Ry et als c. Finlande* [déc.], n° 42969/98, [2005] CEDH.

114 Dans une affaire où un propriétaire dont le bien se situait sur une zone où les Saamis sont autorisés à chasser l'élan en vertu du droit suédois, la Commission a reconnu que ces droits pouvaient limiter la propriété d'autrui conformément à l'intérêt général. *Halvar From c Suède* (1998), Comm Eur DHDR [Halvar From].

115 Doğan, *supra*, note 112.

116 La Commission africaine des droits de l'homme s'est d'ailleurs appuyée sur la décision dans l'affaire *Doğan*, *ibid*, pour affirmer que : « La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu que les "droits de propriété" pouvaient également comprendre les ressources économiques et les droits sur les terres communautaires des demandeurs ». Voir « Centre de développement des droits des minorités agissant au nom de la Communauté Endorois c l'État du Kenya », Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, communication 276/2003, 27^e rapport d'activité, couvrant les activités de juin à novembre 2009, au § 186.

117 La Cour a affirmé à plusieurs reprises que l'article 1 du Protocole n° 1 contient trois normes distinctes : « la première, qui s'exprime dans la première phrase du premier alinéa et revêt un caractère général, énonce le principe du respect de la propriété ; la deuxième, figurant dans la seconde phrase du même alinéa, vise la privation de propriété et la soumet à certaines conditions ; quant à la troisième, consignée dans le second alinéa, elle reconnaît aux États le pouvoir, entre autres, de réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général. » Voir notamment *Yaşar Holding A.Ş. c Turquie (fond)*, n° 48642/07 [2017] CEDH au para 88. La réglementation de l'usage d'un bien doit respecter le principe de légalité et ménager un « juste équilibre » entre les impératifs de l'intérêt général et ceux de la sauvegarde des droits fondamentaux. Voir notamment, *Malfatto et Mieille c France*, n° 40886/06 [2016] CEDH au § 61.

118 L'article 55 de la Constitution énonce que les traités ont « une autorité supérieure à celle des lois ». La primauté accordée aux engagements internationaux sur les normes internes ne s'étend pas aux dispositions constitutionnelles. Voir notamment P. Pactet et F. Mélin-Soucramanien, *Droit constitutionnel : 2019*, 37^e éd, Paris, Sirey, 2018 aux p. 633-634.

119 Voir Sudre, *supra*, note 112 aux p. 187-189.

internationaux l'emportent sur les lois organiques »¹²⁰, la loi de 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie devra céder si, par hypothèse, elle enfreint les droits des Kanak sur les terres ancestrales hors réserve.

V. LA REVENDICATION DE DROITS ANCESTRAUX DEVANT LA JUSTICE FRANÇAISE

Pendant longtemps, les Kanak ne purent s'adresser aux tribunaux pour exiger le respect de leurs droits de premier occupant. Le général de Trentinian écrivait, dans la foulée de la révolte de 1878, « on disait aux indigènes lorsque leurs plantations étaient ravagées : portez-vous partie civile. C'était une amère dérision. Ils ne comprenaient pas ces paroles [...] »¹²¹. Toutefois, même après la fin de l'indigénat et jusqu'à aujourd'hui, les juridictions françaises ont très rarement été saisies de revendications de droits ancestraux sur des terres hors réserve, contrairement à ce que l'on observe notamment au Canada et en Australie, où une jurisprudence foisonnante se développe depuis plus d'un quart de siècle. Pourtant, les Kanak n'ont jamais renoncé à leur revendication sur ces terres. La *Charte du peuple kanak* l'affirme sans détour :

*Les clans spoliés par la colonisation poursuivent avec le soutien de l'ensemble des composantes du Peuple Kanak leur quête de justice et revendiquent leur patrimoine foncier ancestral. La date de référence de ces revendications est la date de prise de possession par la France et l'objectif reste la réhabilitation des droits spoliés par la colonisation.*¹²²

En pratique, cette revendication est compliquée par la présence de prétentions autochtones croisées et opposées à l'extérieur des réserves¹²³. Les autorités coutumières s'attachent d'ailleurs à concevoir des mécanismes de résolution de ces conflits par le monde coutumier lui-même, mécanismes qui passent par « un travail historique et anthropologique sur l'histoire des territoires (depuis 1853) et la mise en place des cahiers fonciers des clans et chefferies »¹²⁴. Il semble toutefois que pour le moment, les Kanak misent plutôt sur les voies non juridictionnelles de la réforme foncière.

D'aucuns semblent estimer que porter devant la justice un contentieux foncier fondé sur le principe d'« ancestralité » serait plus que hasardeux en Nouvelle-Calédonie. Un auteur parle d'une « situation précoloniale introuvable pour le peuple kanak »¹²⁵. Il convient certes de prendre la mesure des bouleversements qu'ont connus les structures claniques et tribales dans la foulée des déplacements et des expulsions¹²⁶, mais un tel pessimisme n'est peut-être

120 Pactet et Mélin-Soucraminian, *supra*, note 118 à la p 634.

121 Cité dans J. Dauphiné, *supra*, note 20 à la p. 95.

122 *Charte du peuple kanak*, Sénat coutumier de la Nouvelle-Calédonie, Nouville, 2014, art. 3.1.7.

123 *Ibid.*, art. 3.1.4.

124 *Ibid.*, art. 3.1.5.

125 Léon Wamytan, *Peuple kanak et droit français*, Nouméa, Centre de documentation pédagogique de la Nouvelle-Calédonie, 2013 à la p. 329.

126 La Charte du peuple kanak rappelle les bouleversements et les recompositions entraînés par la mise en réserve : « Au cours de cette histoire, la situation des clans "originels" et des clans "assis" a évolué avec les nouvelles alliances, les donations, l'évolution des liens de parenté et la disparition des clans. Des recompositions sont apparues, aidées parfois par une démographie souvent différenciée dans les clans. Dans ces conditions, de nouveaux équilibres sociaux et coutumiers se

pas entièrement justifié. Au Canada, bien que les groupes autochtones aient aussi connu des fragmentations et des recompositions importantes en raison notamment de leur regroupement et de leur sédentarisation dans des réserves, ils ont pu établir une continuité relative mais suffisante entre le groupe « originel » et le groupe actuel né de diverses mutations. Les tribunaux canadiens acceptent de prendre acte de l'évolution des sociétés et des institutions autochtones souvent induite par la colonisation. La Cour d'appel de Colombie-Britannique a ainsi décidé que la détermination du groupe actuel détenteur des droits ancestraux relève au premier chef des autochtones eux-mêmes¹²⁷. Il faut toujours garder à l'esprit que la revendication n'exige pas la reconstitution artificielle, voire chimérique, de coutumes et d'institutions qui existaient avant la colonisation. Il est probable qu'aujourd'hui ce soit le clan kanak qui aura la qualité juridique pour revendiquer la terre ancestrale¹²⁸.

De même, au Canada et en Australie, les peuples autochtones parviennent, en dépit des obstacles pratiques et financiers considérables qui se dressent sur leur chemin, à faire la preuve que leurs ancêtres occupaient un territoire ou un secteur précis au moment du contact avec les Européens qui remonte parfois – pour ce qui est du Canada – à plus de 400 ans¹²⁹. En mobilisant leur tradition orale, les enquêtes archéologiques, historiques et anthropologiques réalisées par des spécialistes agissant à titre de témoins experts, leurs avocats arrivent fréquemment à convaincre les juges de l'existence de droits fonciers d'origine précoloniale. Répétons ici que le succès de la revendication ne dépend pas de la capacité des demandeurs de reconstituer avec précision le régime foncier précolonial de leurs ancêtres mais seulement de la démonstration du fait de l'occupation par le groupe ancestral au moment de la prise de possession.

La disposition d'esprit des acteurs concernés en Nouvelle-Calédonie et le paysage juridictionnel français pourraient cependant changer. C'est du moins ce que l'on peut supposer au vue d'une jurisprudence récente dans l'affaire *Wezyui-Ma-Nezyui (Gowe) c. Clavel*. Un clan y revendiquait un terrain hors réserve concédé de longue date par les autorités étatiques à un particulier. L'arrêt de la Cour d'appel de Nouméa a débouté le clan revendicateur¹³⁰ et la Cour de cassation a confirmé cette décision en 2014¹³¹. La haute juridiction interprète tant les prétentions du clan que les attendus de la Cour d'appel comme portant sur deux fondements juridiques distincts : un titre « coutumier » préexistant ayant persisté à ce jour ou un titre acquis par prescription. À l'instar de la Cour d'appel, elle déboute le clan en raison de l'absence de preuve d'une possession idoine permettant d'établir l'un ou l'autre des fondements au titre revendiqué.

La décision de la Cour de cassation ne rejette pas le postulat d'un titre coutumier hors réserve. En reliant clairement l'exigence d'une possession « continue, publique, paisible et

sont établis que quatre à six générations de vie commune viendront consolider ». *Charte du peuple Kanak, supra*, note 122, section 3, art. 1.

127 La Cour écrit que « *the definition of the proper rights holder is a matter to be determined primarily from the point of view of the Aboriginal collective itself* ». Voir *Tsilhqot'in, Nation v British Columbia*, [2012] 3 CNLR 333 au § 14 (C.A.C.-B).

128 Voir CA Nouméa, 22 août 2011, n° 10 /532.

129 Voir le cas des Mohawks dans l'affaire *R. c Adams, supra*, note 62 et celui des Algonquins dans l'affaire *R. c Côté*, [1996] 3 RCS 139.

130 (2012) 10/00493, arrêt du 22 mars 2012.

131 Cass Civ 3^e, 21 mai 2014, non publié, n° 12-25-432, (2014) (Rejet).

non équivoque » à la prescription acquisitive, elle vient plutôt préciser qu'un clan peut soit détenir un titre coutumier « au titre du lien à la terre » soit un titre de droit commun. Elle laisse donc ouverte la question des critères d'appréciation du « lien à la terre » susceptible de fonder un titre coutumier de même que l'enjeu clé qui est celui de l'effet extinctif d'une concession de titres de propriété sur des terres hors réserve.

Il n'est pas déraisonnable de suggérer, comme certains l'ont fait, que cette décision, bien qu'elle ne tranche pas la question de la survie de droits ancestraux sur les terres hors réserve, n'écarte pas l'émergence d'une jurisprudence analogue à celle des juridictions anglo-saxonnes¹³².

Il incombera à l'avenir aux plaideurs autochtones d'asseoir une revendication foncière hors réserve sur une articulation juridique claire de la doctrine des droits de premier occupant héritée du droit colonial, ce qui aidera le juge à cerner tant les conditions juridiques d'existence des droits ancestraux que les règles relatives à leur possible extinction.

De plus, une revendication en justice de droits ancestraux exige la présentation d'une preuve historique étoffée et convaincante puisqu'il faut établir l'occupation ancestrale des terres en litige au moment de la prise de possession¹³³. Si pour démontrer l'extinction des droits de premier occupant, l'État ou le particulier intéressé établit l'existence d'une soi-disant entente de « cession volontaire » intervenue avec les détenteurs légitimes de la terre, le plaideur autochtone doit être prêt à contester le caractère libre et volontaire de la renonciation aux droits sur le territoire à l'aide d'une preuve des faits ayant entouré la dépossession de ses ancêtres. Une revendication crédible exigera donc de longs préparatifs. Le groupe revendicateur devra faire preuve d'une grande cohésion et pouvoir compter sur l'expertise technique et les ressources nécessaires. De surcroît, l'expérience canadienne et australienne montre que le recours aux tribunaux comporte le risque d'un échec au terme de procédures longues et coûteuses.

En revanche, les succès de plusieurs peuples autochtones au Canada et en Australie, nous apprennent aussi que l'affirmation judiciaire des droits ancestraux peut être le catalyseur d'un changement d'attitude de la part de l'État qui ne peut plus minimiser la légitimité et la solidité d'une revendication autochtone même si celle-ci est de nature à perturber les configurations foncières héritées des politiques coloniales. Autrement dit, la consécration par la justice des droits ancestraux pourrait induire un changement de paradigme juridique, et même politique, eu égard à la résolution du contentieux foncier colonial¹³⁴, un paradigme d'ailleurs en phase avec les normes internationales relatives aux droits des peuples autochtones¹³⁵.

Cette mutation aidera à asseoir la réforme foncière sur un soubassement ancestral plus légitime pour le monde kanak que la méthode actuelle d'attribution des terres récupérées par

132 Voir notamment R. Lafargue, « Terres de mémoires », *supra*, note 4, aux p. 111-113.

133 Certaines présomptions de fait peuvent toutefois s'appliquer. Par exemple, au Canada, certaines manifestations d'une occupation postérieure à la prise de possession peuvent faire présumer que cette occupation remonte à une époque antérieure à la prise de possession.

134 Au Canada, l'affirmation de la persistance du titre ancestral dans l'affaire *Calder* a mené directement à la mise en place par le gouvernement canadien d'une politique de négociation des revendications foncières autochtones et, plus tard, à la protection constitutionnelle des droits ancestraux, voir *Calder*, *supra*, note 6.

135 Voir notamment les articles 25 à 30 de la *Déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones*, Rés AG 61A, Doc off AG NU, 61e sess, supp n° 49, Doc NU A/295 (2007) 1 [Déclaration des Nations unies].

l'ADRAF¹³⁶. La réforme parviendrait alors mieux à remplir la mission de réparation et de réconciliation qui lui incombe. Ce changement pourrait aussi s'avérer nécessaire pour amener tant l'État que l'industrie extractive à accepter que les chefferies et les clans kanak ont conservé avec l'espace hors réserve un lien juridique légitime, continu et effectif apte à étayer leur revendication de « *souveraineté sur leur territoire traditionnel ou coutumier quel que soit son statut* »¹³⁷ et donc de conforter la demande de consentement préalable, libre et éclairé des autochtones à toute exploitation de leur « zone d'influence coutumière »¹³⁸.

Le juge pourrait aussi jouer, en présence d'un blocage irréductible des processus coutumiers de conciliation, et donc en tout dernier recours, un rôle précieux d'arbitre des conflits fonciers entre les acteurs coutumiers eux-mêmes pour ce qui concerne la revendication des terres ancestrales¹³⁹.

VI. LA RESTITUTION DE LA TERRE ANCESTRALE : UN EXERCICE DE PONDÉRATION DE DROITS

Par ailleurs, un jugement constatant la persistance de droits ancestraux sur un espace hors réserve posera la question de la réparation qu'il conviendra d'accorder au premier occupant autochtone dans l'hypothèse où ce dernier ne souhaite pas renoncer à ses droits à la faveur d'un accord formel avec l'État¹⁴⁰.

La détermination des conséquences juridiques concrètes à tirer de la survie des droits ancestraux appelle une approche subtile et nuancée tenant compte de la complexité de la réalité de terrain. Plus la situation foncière observable aujourd'hui sur les terres concernées sera enchevêtrée sur le plan des tenures et des affectations, plus la quête de restitution s'avèrera complexe et exigeante. C'est ce que dit en quelque sorte la déclaration des Nations unies sur les droits des peuples autochtones, dont l'article 28 se lit comme suit :

Les peuples autochtones ont droit à réparation, par le biais, notamment, de la restitution ou, lorsque cela n'est pas possible, d'une indemnisation juste, correcte et équitable pour les terres, territoires et ressources qu'ils possédaient traditionnellement ou occupaient ou utilisaient et qui

136 La méthode d'attribution des terres appliquées par l'ADRAF soumet l'étude des demandes à plusieurs critères ne se rapportant pas au lien à la terre. Une importance considérable, sinon prépondérante, semble être accordée à la mise en valeur économique de la terre. Voir Décret n° 89-571 du 16 août 1989 pris en application de l'article 94 de la Loi No 88-1028 du 9 novembre portant dispositions statutaires et préparatoires à l'autodétermination de la Nouvelle-Calédonie en 1998 et relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier, JO, 18 août 1989, à la p 10359 ; modifié par : Décret No 2000-1001 du 16 octobre 2000 modifiant le décret n° 89-571 du 16 août 1989 et relatif à l'Agence de développement rural et d'aménagement foncier, JO, 17 octobre 2000, n° 241, à la p. 16840, art 26.

137 *Charte du peuple kanak*, supra, note 122, art. 3.2.3.

138 La Charte du peuple kanak énonce que le « consentement préalable, libre et éclairé et en connaissance de cause de la chefferie et des clans concernés est requis quel que soit le statut juridique de l'espace considéré. Ce droit est rattaché à la Zone d'Influence Coutumière qui délimite sur le plan cartographique, l'espace rattaché à une chefferie et à ses clans », supra, note 122, art. 3.2.8.

139 Dans ce cas de figure, il faudrait idéalement que les protagonistes s'adressent au juge d'un commun accord non sans avoir au préalable épuisé tous les paliers de conciliation coutumière.

140 Le principe d'abandon volontaire de la terre ancestrale hérité du régime de la découverte reste en effet toujours d'actualité.

ont été confisqués, pris, occupés, exploités ou dégradés sans leur consentement préalable, donné librement et en connaissance de cause.

La restitution est posée comme un objectif mais non comme un impératif indérogable étant admis qu'elle ne sera pas toujours possible. L'article 46 de la Déclaration vient en outre formuler une importante limite intrinsèque aux droits qu'elle énonce, y compris en matière de réparation, en affirmant que « dans l'exercice des droits énoncés dans la présente Déclaration, les droits de l'homme et les libertés fondamentales de tous sont respectés ». La disposition reconnaît aussi la légitimité de certaines restrictions extrinsèques mises en place par les pouvoirs publics si ce procédé est « strictement nécessaire à seule fin d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et de satisfaire aux justes exigences qui s'imposent dans une société démocratique »¹⁴¹.

La mise en balance des droits fondamentaux et l'exigence de justice formulée avec force dans l'instrument onusien se concrétisent de manière exemplaire lorsque les terres hors réserves grevées de droits ancestraux se trouvent aujourd'hui entre les mains de particuliers. Lorsque la preuve d'un titre ancestral aura été faite, le juge judiciaire français ne sera guère habilité par le droit commun à opérer une pondération des droits et des intérêts et devra, sauf impossibilité pratique, ordonner la restitution. La situation sera toutefois plus complexe si les droits ancestraux ne sont pas de la nature d'un titre exclusif mais de droits non exclusifs de passage et de prélèvement assimilables à un démembrement de la propriété. C'est ce type de droits qui laissent place à la coexistence de droits fonciers autochtones et non autochtones sur un même espace que les tribunaux reconnaissent le plus souvent au Canada et en Australie.

Il pourrait en outre être légitime pour le législateur de mettre en place un dispositif de règlement des revendications de droits ancestraux. Un tel dispositif pourrait rendre possible la pondération ou la conciliation des intérêts autochtones et non autochtones, comme c'est le cas au Québec, par exemple, où la *Charte des droits et libertés de la personne*¹⁴² prévoit explicitement la conciliation judiciaire de la protection des biens avec l'intérêt général et les droits d'autrui¹⁴³. Tel qu'il a été mentionné précédemment, la concession à l'origine du titre non autochtone n'est pas une nullité absolue même si elle n'a pas mis fin valablement au droit de premier occupant qui est incommutable. Lorsque les droits autochtones ne sont pas de nature exclusive, il ne sera pas nécessairement impossible de faire coexister au moins partiellement les droits du concessionnaire et de ses successeurs avec ceux des autochtones. Ces droits réels sur un bien immobilier, même limités, ressortissent vraisemblablement au domaine de la « propriété » protégée par la constitution française¹⁴⁴.

141 Voir *Déclaration des Nations unies*, *supra*, note 135, art 46, qui exige en outre que la mesure soit non discriminatoire et conforme aux conformes aux obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Le troisième alinéa de l'article énonce que « Les dispositions énoncées dans la présente déclaration seront interprétées conformément aux principes de justice, de démocratie, de respect des droits de l'homme, d'égalité, de non-discrimination, de bonne gouvernance et de bonne foi. »

142 RLRQ c C-12.

143 Voir, G. Otis, « La revendication d'un titre ancestral sur le domaine privé au Québec », (2021) 62 :1 C. de D. 277.

144 Malgré les restrictions qui les frappent, ils tombent sans doute dans le champ de l'article 6 de la *Loi organique*, *supra*, note 4.

De plus, le fait de la jouissance paisible et prolongée de la terre par le particulier a fort probablement fait naître un intérêt patrimonial protégé en vertu de l'article 1 du 1^{er} protocole de la *Convention européenne des droits de l'homme* même si le lien juridique formel entre l'intéressé et la terre établi par la concession ne lui garantit pas nécessairement cette jouissance pleine et exclusive. La Cour européenne des droits de l'homme est en effet allée très loin dans l'autonomie de la notion de « bien ». Ainsi, un intérêt patrimonial protégé par la CEDH a pu se cristalliser si une personne a tiré d'un bien ses ressources économiques et son revenu, même s'il n'existe aucun lien juridique étatique entre le bien et l'intéressé¹⁴⁵. On a par ailleurs pu constater dans certaines affaires que la Cour ne semble même pas faire de l'origine illicite de l'intérêt patrimonial un facteur déterminant. Elle a pu en effet considérer que le fait que l'État laisse perdurer pendant un certain laps de temps l'usage effectif d'un bien, faisait qu'il devenait forços à s'opposer à l'existence d'un intérêt patrimonial au sens de la Convention européenne. En conséquence, il peut y avoir un intérêt patrimonial dans la mesure où la jouissance d'un bien a bénéficié d'une forme de reconnaissance de facto de la part de l'État, par voie de tolérance¹⁴⁶. De la même manière, la Cour a estimé, à propos d'une maison construite illégalement sur le domaine public maritime français¹⁴⁷, que, même si l'État avait informé les requérants du caractère révocable et non constitutif de droit réel des autorisations d'occupation qui leur ont été accordées, « le temps écoulé a fait naître l'existence d'un intérêt patrimonial du requérant à jouir de la maison, lequel était suffisamment reconnu et important pour constituer un "bien" »¹⁴⁸.

Il fait donc peu de doute que le titulaire d'une concession sur les terres grevées de droits ancestraux kanak pourra avoir acquis au fil du temps un intérêt patrimonial sur cette terre constituant un « bien » au sens du droit européen des droits de l'homme. La situation de la terre traditionnelle autochtone concédée à un particulier en est donc une de droits croisés et un régime législatif de règlement des revendications autochtones n'aurait pas impérativement à toujours faire pencher la balance en faveur du détenteur de droits ancestraux. Une mise en équilibre concrète au cas par cas s'imposera de sorte que le sacrifice ne sera pas invariablement demandé à la même propriété.

Dans la démarche de conciliation empirique, il faudrait, toutefois, éviter de faire l'impasse sur le fait crucial que les droits de premier occupant sont des droits qui préexistaient les droits du propriétaire privé et que les autochtones en ont été privés illégalement. Tel que l'écrit un historien, la restitution des terres ancestrales sera parfois « un geste d'élémentaire justice »¹⁴⁹ et comme le reconnaît la Cour européenne des droits de l'homme, la sauvegarde des droits autochtones sur la terre et les ressources constitue un objectif d'intérêt général qui justifie dans certains cas de limiter la propriété privée¹⁵⁰.

145 Ce type d'intérêt patrimonial a été reconnu par la Cour dans l'affaire *Doğan*, *supra*, note 112.

146 *Oneriyildiz c. Turquie* (GC), n° 63, [2004] CEDH. Pour d'autres affaires dans laquelle une construction érigée à l'origine illicitement, dont les requérants ont pu jouir sans que les autorités n'agissent ou ne le contestent, a fait naître un intérêt patrimonial voy. : *Hamer c Belgique*, n° 21861/03 [2007] CEDH; *Matos e Silva, Lda. et autres c Portugal* (1996), CEDH (Sér A) 1996-IV, à la p. 1114.

147 *Depalle c. France*, n° 34044/02 [2010] CEDH.

148 *Idem*, § 68.

149 A. Saussol, *supra*, note 33, à la p. 455.

150 *Halvar From*, *supra*, note 114.

L'exercice de pondération passera par la prise en compte d'une multitude de facteurs de nature différente et dont l'importance variera selon les cas à trancher. On pourra soupeser des facteurs tels que, par exemple, la portée des droits ancestraux, l'état et l'usage actuels du terrain, l'importance culturelle ou spirituelle particulière du site pour les autochtones et les solutions de rechange à la restitution. Si les droits ancestraux prouvés ne sont pas de la nature d'une maîtrise foncière exclusive, il ne sera peut-être pas impossible d'organiser une jouissance partagée de la terre¹⁵¹. Dans les cas où la restitution en nature des terres à leur premier occupant serait requise, le particulier ainsi privé de son bien aura le droit à une juste indemnité. Les non-autochtones, dont en particulier les descendants des colons qui sont aujourd'hui sur la terre calédonienne depuis des générations, ne devraient donc pas craindre que la reconnaissance judiciaire de droits ancestraux entraîne une « dépossession à rebours » arbitraire. Comme l'écrit A. Saussol, « l'héritage calédonien, c'est aussi un siècle de colonisation de peuplement enracinée dans l'île et ce partage de la Grande Terre appelle nécessairement une solution de compromis »¹⁵².

Il vaut la peine de souligner ici la riche jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sur la question de la restitution des terres ancestrales autochtones lorsqu'elles sont devenues la propriété de tiers de bonne foi. Selon cette haute juridiction :

[...] La restriction du droit de propriété privée individuelle peut-être nécessaire afin d'atteindre l'objectif collectif de la préservation des identités culturelles dans une société pluraliste et démocratique, dans le sens que lui attribue la Convention américaine, et cela peut être proportionnel dans la mesure où une juste compensation est payée à ceux qui sont affectés par l'application de l'article 21 (2) de la Convention.

*Cela ne signifie pas qu'à chaque fois qu'il y a un conflit entre les intérêts fonciers de particuliers ou de l'État et ceux des membres des communautés autochtones, ces derniers doivent prévaloir sur les autres. Lorsque les États sont incapables, pour des raisons concrètes et justifiées, d'adopter des mesures afin de rendre le territoire traditionnel et les ressources communes aux populations autochtones, les compensations doivent d'abord être accordées en fonction de la signification que revêt la terre pour eux.*¹⁵³

En ce qui concerne les terres hors réserve qui sont des terres domaniales non affectées, un jugement concluant à la persistance de droits ancestraux devrait normalement emporter l'obligation d'assurer aux autochtones la jouissance effective de leurs droits pour l'avenir car il n'y a dans ce cas ni conflit de droit, ni conflit d'affectation. La restitution en nature devrait être la règle. Lorsque les terres domaniales sont affectées, il faudra voir dans quelle mesure leur restitution aux autochtones serait compatible avec l'affectation en cause. S'il y a compatibilité, la restitution devrait s'imposer. Dans le cas contraire, il faudra voir si l'affectation incompatible constitue une entrave telle aux droits ancestraux qu'elle enclenche le jeu de la protection constitutionnelle ou internationale.

151 Un droit autochtone de prélèvement de ressources végétales ou halieutiques, par exemple, n'est pas nécessairement irréconciliable avec une occupation non autochtone.

152 A. Saussol, *supra*, note 33, à la p. 455.

153 *Comunidad Yakye Axa c Paraguay* [2005], aux § 148-149.

Lorsque la restitution en nature intégrale n'est ni juste ni appropriée, il conviendrait d'envisager des formes de restitution « morale », c'est-à-dire des réparations qui confirmeraient le lien immatériel imprescriptible entre un peuple autochtone et sa terre ancestrale même lorsque cette terre est irrévocablement passée dans le patrimoine privé ou domanial. Il pourrait s'agir, par exemple, de plaques, de marqueurs coutumiers ou de monuments rappelant l'occupation ancestrale, ou encore de droits cérémoniels réservés aux premiers occupants et opposables au propriétaire.

CONCLUSION

Quel que soit le devenir constitutionnel de la Nouvelle-Calédonie, et la nature de son lien à la France, le contentieux foncier perdurera en raison de la demande autochtone de réparation des spoliations coloniales. Or la doctrine juridique des droits de premier occupant affirmée dès 1855 offre une légitimité historique proprement calédonienne à cette demande. La comparaison du droit applicable en Nouvelle-Calédonie à celui des anciennes colonies de peuplement anglo-saxonnes montre non seulement des origines et des fondements communs, mais également un régime juridique fondamentalement convergent en ce qui concerne la reconnaissance des droits des peuples autochtones sur leurs terres ancestrales. Il ressort même de cette étude que le modèle français s'avère plus protecteur encore que celui des États-Unis, de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, où on n'accorde aucune valeur *supra* législative aux droits ancestraux.

Pourtant, le contentieux des droits ancestraux en Nouvelle-Calédonie est pratiquement inexistant alors même qu'il est aujourd'hui très actif au Canada et en Australie. Il se peut que cet état de fait s'explique par la propension des juristes à s'en remettre au texte de la loi organique qui ne manifeste pas, à première vue, d'ouverture en faveur de droits ancestraux Kanak à l'extérieur des réserves. Peut-être les acteurs autochtones sont-ils aussi peu portés à lancer des revendications judiciaires qui nécessiteront des ressources et des expertises considérables notamment en raison de la preuve historique qui s'imposera. Cette étude tend toutefois à démontrer qu'une approche plus volontaire pourrait porter ses fruits.

Les considérations qui précèdent mettent aussi en exergue le fait qu'une reconnaissance judiciaire des droits ancestraux Kanak devrait amener l'État à créer de nouveaux mécanismes pour un règlement juste des demandes de restitution fondées sur le titre ancestral, particulièrement lorsqu'il y a superposition de droits autochtones et non autochtones sur un même fond. C'est là une exigence du destin commun.

Christine Bidaud

Université Jean-Moulin Lyon 3

196

La Nouvelle-Calédonie est une collectivité *sui generis* dont le statut et le fonctionnement sont régis par la Constitution française et par la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999². Bien qu'étant toujours un « morceau de France », elle est autonome sur de nombreux points et le sera de plus en plus puisqu'un transfert progressif de compétences de l'État vers la Nouvelle-Calédonie est en cours. Ainsi, la Nouvelle-Calédonie fait partie du territoire français mais n'a pas toujours le même droit que le reste de la France. Prévu dans l'accord de Nouméa du 5 mai 1998³, ces transferts de compétence sont organisés par la loi organique de 1999⁴, aux articles 20 et suivants, complétée par une loi du pays du 20 janvier 2012 pour ce qui concerne le transfert de la compétence du droit civil, des règles relatives à l'état civil et du droit commercial⁵.

Cette singularité de la Nouvelle-Calédonie ne se limite pas à une différence de droit interne avec « la métropole »^{6/7}. Il existe en plus deux statuts, chacun étant régi par un *corpus* juridique différent. Le premier, dit « statut civil de droit commun », est régi par le droit civil commun. Le second, appelé « statut civil coutumier », est régi par la coutume kanak. Sur le territoire calédonien la différence est parfaitement connue et il ne fait aucun doute que chaque statut doit être régi par son propre *corpus* juridique. Certes, de nombreux problèmes de conflits internes de normes se posent en cas de rapports juridiques mixtes ou plus largement de situations impliquant des personnes physiques ou morales⁸ relevant de statuts et, par conséquent, de *corpus* juridiques différents. Toutefois, nul ne songerait à nier ou simplement

1 Contribution rédigée en décembre 2018.

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

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

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

5 Loi du pays n° 2012-2 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie des compétences de l'État en matière de droit civil, de règles concernant l'état civil et de droit commercial, *JONC* 26 janvier 2012, p. 571.

6 L'expression est utilisée par commodité de langage bien qu'elle soit en réalité inexacte : le droit applicable en métropole l'est aussi dans les départements d'outre-mer. Il s'agit surtout d'opposer le droit applicable en Nouvelle-Calédonie au droit applicable dans le reste de la France hors territoires d'outre-mer.

7 Sur les difficultés liées à la différence existant aujourd'hui entre le droit civil applicable en métropole et le droit civil applicable en Nouvelle-Calédonie, voir É. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie – Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », *JDI*, 2014, doct. 3, p. 51. *Adde*, E. Cornut, « Le droit civil calédonien à l'aube du décrochage du droit civil français », in C. Bidaud-Garon (dir.), *Cahier du LARJE – Veille et éclairage juridiques*, 2016-3, octobre 2016, <https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2016/12/2016-3.pdf>. Et C. Bidaud-Garon, « La réforme J21 et le décrochage du droit des personnes et de la famille... », in *Cahier du LARJE – Veille et éclairage juridiques*, Dir. C. Bidaud-Garon, 2017-2, juill. 2017, p. 7, https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2017/12/Cahier_Veille_et_eclairage_juridiques_n2_LARJE2017-web.pdf.

8 On pense en particulier au clan qui, contrairement à la famille dans le droit commun, est doté de la personnalité juridique, *cf. infra*.

à négliger l'appartenance d'une personne à l'un ou l'autre des statuts pour déterminer le droit qui lui est applicable. Mais qu'en est-il de l'existence et de l'efficacité de ce statut coutumier kanak au-delà du territoire calédonien ? S'agit-il seulement d'un statut existant sur le territoire calédonien ou bien suit-il la personne en quelque lieu qu'elle se trouve ?

Si l'existence même du statut coutumier kanak est liée à l'histoire coloniale et postcoloniale française en Nouvelle-Calédonie, autrement dit à la reconnaissance par le législateur du droit d'un groupe d'individus de vivre selon d'autres règles juridiques en raison de leur appartenance à une identité sociale et culturelle différente et préexistante sur un territoire colonisé, le statut coutumier kanak ne peut être analysé seulement comme un statut territorial⁹. Surtout, le statut civil coutumier kanak est inscrit à l'article 77 de la Constitution¹⁰ et il est reconnu par la loi organique de 1999¹¹ qui en régit en grande partie l'attribution et le régime. Compte tenu, d'une part, de la place de ces textes dans la hiérarchie des normes et, d'autre part, de l'absence de mention d'un critère *ratione loci* dans ces textes, il paraît difficile de nier la réalité de l'existence du statut coutumier kanak sur l'intégralité du territoire français¹².

En ce qui concerne plus spécifiquement l'application de la coutume kanak aux personnes de statut coutumier, l'article 7 de la loi organique de 1999 est parfaitement clair : « Les personnes dont le statut personnel, au sens de l'article 75 de la Constitution, est le statut civil coutumier kanak décrit par la présente loi sont régies en matière de droit civil par leurs coutumes ». Là encore, la règle n'est assortie d'aucun critère *ratione loci*. On précisera également que l'utilisation de l'expression « statut personnel » pour définir le statut coutumier kanak ne doit pas être entendue dans un sens strict en termes de compétence de la coutume pour régir ce statut. Il ne s'agit pas de circonscrire l'application de la coutume kanak aux seuls éléments relevant de la catégorie « statut personnel » en droit international privé, *i.e.* le mariage, la filiation, le nom, etc. La Cour de cassation a précisé qu'en vertu de cet article 7 de la loi organique de 1999, « les personnes de statut civil coutumier kanak sont régies, pour l'ensemble du droit civil, par leurs coutumes »¹³. Dit autrement, tous les éléments relevant du droit civil sont régis par la coutume kanak lorsque tous les intéressés sont de statut coutumier kanak : mariage, filiation, successions, contrats, intérêts civils, etc.

9 Sur la question plus générale des liens entre territoire et statuts personnels particuliers, voir V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, éd. IRJS, coll. Bibliothèque de l'IRJC, André Tunc, tome 46, vol. 1, n° 406 et s., spéc. n° 421 pour le statut coutumier kanak. Voir égal. E. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie, Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », préc.

10 L'article 75 de la Constitution du 4 octobre 58 reconnaît les statuts personnels particuliers en général et l'article 77 mentionne le statut civil coutumier existant en Nouvelle-Calédonie.

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

12 Sur les discussions doctrinales relatives à l'« efficacité juridique » des statuts particuliers en dehors de leur territoire d'origine, voir V. Parisot, *Les conflits internes de lois*, op. cit., n° 406 et s. et réf. citées. Adde E. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie, Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », préc., spéc. n°62 et s. et réf. citées. Sur le statut musulman algérien, voir not. L.-A. Barrière, *Le statut personnel des musulmans d'Algérie de 1834 à 1962*, Édition universitaires de Dijon, publications du Centre Georges Chevrier pour l'histoire du droit, CNRS – URA 973, t. 12, 1993). Sur le statut mahorais, voir not. E. Ralser, « Le statut civil de droit local applicable à Mayotte : un fantôme de statut personnel coutumier », *Rev. Crit DIP*, 2012, n° 4, p. 733.

13 Cass., avis n° 005 0011 du 16 décembre 2005 : *BICC*, n° 637 du 1er avril 2006 ; *RTD civ.* 2006, p. 516, obs. P. Deumier ; *RJPENC*, n° 7, 2006/1, p. 40, note P. Frezet, p. 42, note L. Sermet ; *LPA*, n° 207, du 17/10/2006, p. 11, note C. Pomart.

L'existence du statut coutumier au-delà du territoire calédonien paraît donc évidente, tout autant que l'application du droit coutumier¹⁴ aux droits civils des personnes de statut coutumier. Mais ce serait bien vite oublier nombre d'autres éléments tels que l'unité de compétence entre autorités compétentes et droit applicable qui existe en matière de coutume kanak sur bon nombre de sujets, les lacunes (voire l'inexistence...) des textes ou leur obsolescence, ou encore, plus simplement, la grande méconnaissance des statuts personnels particuliers au-delà des territoires qui fondent leur existence. Les personnes de statut coutumier kanak ne vivent plus seulement en Nouvelle-Calédonie de nos jours. Ils s'installent en métropole ou à l'étranger temporairement ou de manière pérenne sans pour autant renoncer à leur statut. Mais naître hors territoire calédonien (I) et vivre hors territoire calédonien (II) tout en conservant son statut coutumier et en se voyant appliquer la coutume kanak est loin d'être simple.

I. NAÎTRE HORS TERRITOIRE CALÉDONIEN

Naître hors territoire calédonien emporte évidemment la question de la transmission du statut coutumier du ou des parents à l'enfant (A). Au-delà de cette question de la transmission du statut, c'est surtout celle de l'enregistrement du statut par l'autorité publique qui se pose (B).

A. L'indifférence du lieu de naissance pour l'attribution du statut civil coutumier

L'attribution du statut civil coutumier à la naissance peut se révéler plus ou moins complexe en fonction du statut des parents et du « type » de filiation¹⁵. Plusieurs cas de figure doivent être distingués.

Tout d'abord, lorsque les parents de l'enfant sont tous deux de statut civil coutumier, l'article 10 de la loi organique du 19 mars 1999 précise que « l'enfant légitime, naturel ou adopté dont le père et la mère ont le statut civil coutumier, a le statut civil coutumier ». Peu importe que l'enfant soit né en mariage ou hors mariage, dès lors que ses deux parents sont de statut coutumier, l'enfant l'est également.

Ensuite, si les parents de l'enfant sont un couple mixte marié, leur mariage sera obligatoirement célébré selon le droit civil commun et l'enfant aura le statut civil de droit commun et non le statut coutumier¹⁶.

14 Toutes les règles coutumières n'étant pas des règles de droit, l'expression « droit coutumier » est plus exacte que celle de coutume. Toutefois, les textes faisant le plus souvent référence à la « coutume », les deux expressions seront employées indistinctement. Sur ces différences terminologiques, voir E. Cornut, « Intégration directe ou indirecte de la coutume dans le *corpus* normatif de la Nouvelle-Calédonie ? », in E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, PUNC, 2018, p. 488. Version électronique : <https://unc.nc/la-coutume-kanak-dans-le-pluralisme-juridique-caledonien/>.

15 Sur l'ensemble de la question de la filiation en droit coutumier, voir H. Fulchiron, « La filiation », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p.56. Adde V. Parisot et S. Sana-Chaillé de Néré, « La méthode conflictuelle, une méthode de résolution du conflit de normes adaptée à l'intégration de la coutume dans le *corpus* juridique calédonien », *ibid.*, p. 404 et s. spéc. p. 465 et s.

16 Art. 42 de la délibération n° 424 du 3 avril 1967 : « Le mariage mixte, entre une personne de statut de droit commun et une personne de statut civil particulier ne peut avoir lieu que devant l'officier de l'état civil de droit commun ». Le principe plus général formulé à l'article 9 al. 1^{er} de la loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie consacre la même solution, cf. *infra*.

Enfin, si les parents de l'enfant sont un couple mixte non marié, il est plus délicat d'être affirmatif sur la solution. En effet, aucun article de la loi organique de 1999 ou d'un autre texte ne couvre cette situation. Il n'est, en effet, pas envisageable de faire régir cette hypothèse par l'article 9 al. 1^{er} de cette loi. Selon ce texte « 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 ». L'enfant ne peut évidemment pas être considéré comme un « rapport juridique » entre deux personnes de statut différent. En outre, il s'agit ici de déterminer le statut de l'enfant, et non le *corpus* juridique applicable à l'établissement de la filiation.

Surtout, il existe une divergence d'interprétation entre le Conseil constitutionnel et la Cour d'appel de Nouméa. Dans sa décision du 15 mars 1999¹⁷ sur la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie, le Conseil constitutionnel a formulé une réserve d'interprétation quant à l'article 10. Selon le Conseil, cet article doit être entendu « comme conférant également le statut civil coutumier à l'enfant dont la filiation n'est établie qu'à l'égard d'un seul parent de ce même statut » et « si la filiation de cet enfant venait à être établie à l'égard de l'autre parent, il ne saurait conserver le statut civil coutumier que si ce parent a lui-même le statut civil coutumier ». Autrement dit, si la filiation n'est établie qu'à l'égard du parent de statut coutumier, l'enfant est également de statut coutumier. En revanche, dès lors que le second parent de statut de droit commun établit sa filiation (simultanément ou non), l'enfant prend le statut de droit commun.

Pour la Cour d'appel de Nouméa, la solution est tout autre. Depuis 1990¹⁸ et aujourd'hui encore, elle considère que l'enfant doit être rattaché au statut de sa mère et que la reconnaissance de l'enfant par son père n'entraîne aucune conséquence quant au statut de l'enfant. Certes, le recours à l'article 11 de la loi organique¹⁹ permet aux parents de déposer une requête en vue d'obtenir le changement de statut de l'enfant, mais l'établissement du second lien de filiation n'emporte aucun changement automatique de statut. La Cour d'appel de Nouméa avait justifié sa solution, d'une part, par l'article 75 de la Constitution, d'autre part, par l'article 311-14 du Code civil. Le premier de ces textes permet de garantir le maintien des deux statuts personnels, *i.e.* statut de droit commun et statut coutumier kanak, au sein de la République française et les juges en ont déduit l'absence de primauté d'un statut sur l'autre. Partant, selon la Cour d'appel de Nouméa, l'établissement du second lien de filiation à l'égard d'un parent de statut différent ne modifie pas le statut de l'enfant. Le second texte, l'article 311-14 du Code civil, est la règle de conflit de lois applicable en matière de filiation et elle attribue compétence à la loi personnelle de la mère au jour de la naissance de l'enfant. Bien que le Code ne le précise pas expressément, cette règle est normalement utilisée

17 Décision n° 99-410 DC du 15 mars 1999, 12^e consid.

18 CA Nouméa, *Ch. civ.*, 3 sept. 1990, deux arrêts : RG 316/89 et RG 90/1169.

19 Selon ce texte « Le statut civil coutumier peut être demandé au bénéficiaire d'un mineur par toute personne de statut civil coutumier exerçant dans les faits l'autorité parentale.

La requête est rejetée si le juge constate que les intérêts du mineur, ou de l'un de ses ascendants, descendants ou collatéraux sont insuffisamment préservés. Le mineur capable de discernement est entendu par le juge. L'audition du mineur peut être écartée par une décision spécialement motivée.

La demande de changement de statut fait l'objet d'une publication dans un journal d'annonces légales. Toute personne qui justifie d'un intérêt légitime dispose d'un délai d'un mois à compter de la publication pour former opposition ».

uniquement pour régir les conflits internationaux de lois en matière de filiation²⁰. Or, s'il est certain que l'inexistence de règles de conflit internes est une véritable difficulté juridique et qu'il existe une urgence indéniable à établir de telles règles, le recours aux règles de droit international privé est contestable puisque, par essence, la situation n'a rien d'international. La Nouvelle-Calédonie a un statut *sui generis* lui conférant une autonomie dans de nombreux domaines, mais elle demeure un territoire français. Le conflit de normes qui existe ici oppose la coutume kanak au droit civil commun ; il n'a donc rien d'international. La Cour d'appel de Nouméa, sans doute consciente de la fragilité de cet argument, n'argue plus aujourd'hui que de la seule égalité des statuts pour maintenir sa position et continuer sa résistance à l'interprétation du Conseil constitutionnel²¹. Compte tenu de la constance de cette jurisprudence, de l'absence de décision de la Cour de cassation en la matière et de la difficulté à justifier la solution du Conseil constitutionnel autrement que par la primauté du statut de droit commun sur le statut coutumier, la solution de la Cour d'appel doit être préférée à celle du Conseil constitutionnel.

Une dernière situation peut se présenter. Il est possible que l'enfant soit né d'un couple mixte de concubins et que ce couple se marie ultérieurement. Là encore, aucun texte ne régit la question du statut de l'enfant et de son éventuel changement de statut. Face à cette situation, se fondant sur le mécanisme de la légitimation qui existait encore en 1990, la Cour d'appel de Nouméa a décidé que l'enfant qui était de statut coutumier comme sa mère acquiert le statut de droit commun de son père à compter de la célébration du mariage²². Dans cette décision également, il est possible de reprocher à la Cour d'appel d'avoir fondé sa décision sur des règles de conflit propres au droit international privé²³. Mais elle s'appuie aussi sur l'article 42 de la délibération du 3 avril 1967 relative à l'état civil coutumier²⁴ qui conditionne la validité du mariage mixte à une célébration par un officier de l'état civil de droit commun. Partant, elle considère que tous les effets du mariage relèvent du droit commun, ce qui entraîne la mise en œuvre du mécanisme de la légitimation par mariage. Bien que la légitimation ait disparu lors de la réforme du droit de la filiation, la même solution pourrait être déduite de l'article 9 de la loi organique, quoique son extension au changement de statut de l'enfant ne soit pas évidente. En effet, le rapport juridique mixte est le mariage entre les parents de l'enfant et, éventuellement, l'établissement du lien de filiation entre l'enfant et le parent, pas la détermination du statut de l'enfant.

Dans ces règles de détermination du statut de l'enfant, il n'est jamais question de tenir compte du lieu de naissance de l'enfant. Ni le législateur ni la jurisprudence ne laissent supposer que les règles seraient différentes selon que l'enfant est né sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie ou non. Certes, les affaires jugées par la Cour d'appel de Nouméa impliquaient

20 La section II du Code civil dans laquelle est inscrit l'article 311-14 s'intitule « Du conflit de lois relatives à la filiation » et non « Du conflit international de lois relatives à la filiation ». Il est donc théoriquement envisageable de l'appliquer aux conflits internes de normes applicables à la filiation. Néanmoins, il ne fait guère de doute que le législateur avait uniquement les conflits internationaux à l'esprit lorsqu'il a adopté ce texte.

21 Voir en particulier, *CA Nouméa*, Ch. cout., 11 mars 2013, RG 12/00348 : *RJPENC* 2013-1, n° 21, Jur. p. 147, obs. E. Cornut.

22 *CA Nouméa*, Ch. civ., 3 sept. 1990, RG 90/1169.

23 En l'occurrence les anciens articles 331 et 332-1 du Code civil qui ont été abrogés par la réforme de la filiation au 1^{er} janvier 2005.

24 Délibération n° 424 du 3 avril 1967, *JONC*, 27 avril 1967 p. 360.

toutes des situations entièrement locales. Pour autant, aucun attendu inscrit dans ces décisions relatives à la transmission des statuts ne laisse penser que la solution aurait été différente en cas de naissance hors territoire calédonien.

Les rares décisions impliquant des personnes de statut coutumier nées en métropole n'ont pas pour objet l'attribution ou la transmission du statut coutumier en tant que tel. Elles font un amalgame des fondements (art. 11, 12, 13 al. 1 ou 15 de la loi organique de 1999) et de l'objet possible des demandes (changement, revendication ou constatation de statut)²⁵. L'article 15 de la loi organique, seul texte applicable à la constatation du statut coutumier et non à son changement, n'est pas toujours visé et il n'est fait mention d'aucun caractère déclaratif. Dès lors, il est même impossible de déterminer si la décision implique un changement de statut pour l'avenir ou s'il s'agit bien de la constatation de l'appartenance de l'intéressé au statut coutumier depuis sa naissance²⁶. Sans doute l'utilisation de l'article 15 comme fondement d'une action en revendication de statut justifiée par la possession d'état de statut coutumier dans l'affaire Saïto n'est-elle pas étrangère à ces amalgames²⁷.

Même lorsque la détermination du statut ne pose aucune difficulté, *i.e.* lorsque les deux parents sont de statut coutumier, la naissance en France entraîne des difficultés auxquelles la question de l'enregistrement de la naissance par l'autorité publique hors territoire calédonien est loin d'être étrangère.

B. L'enregistrement du statut coutumier par l'autorité publique hors territoire calédonien

La coexistence des statuts se traduit sur le territoire de la Nouvelle-Calédonie par une dualité de services et de registres de l'état civil. Le principe est extrêmement simple et en paraphrasant le Doyen Carbonnier il peut être résumé par l'expression suivante : « À chacun son statut, à chacun son état civil »²⁸. Les actes de l'état civil des personnes de statut civil de droit commun doivent ainsi être enregistrés par le service de l'état civil de droit commun conformément au droit commun²⁹. Les actes de l'état civil des personnes de statut civil coutumier doivent, quant à eux, être établis et conservés par les services de l'état civil coutumier et sont régis par la délibération du 3 avril 1967³⁰.

25 Sur ces différentes actions possibles, voir P. Dalmazir et P. Deumier, « Le contentieux préalable du changement de statut », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 26.

26 Pour un exemple de décision, voir TPI Nouméa, section détachée de Koné, 23 décembre 2010, RG10/00085. Dans cette affaire, un enfant était né en métropole de deux parents de statut coutumier. Le jugement fait pourtant état d'un changement de statut et vise l'article 11 de la loi organique et non l'article 15.

27 CA Nouméa 29 septembre 2011, RG, n° 2011/46, Madame le Procureur Général contre Saïto, D. 2011, p. 2904, note P. Gourdon. Et Cass. Civ. 1^{re}, 26 juin 2013, n°12-30.154 : JCP G. 2013, 986, note E. Cornut ; D. 2013, p. 2092, note I. Dauriac ; JDI 2014, comm. 8, note S. Sana- Chaillé de Néré. 794 et JCP G, 2013, 39, act. n° 986.

28 Sur l'ensemble de l'état civil coutumier, voir C. Bidaud-Garon, « L'état civil coutumier », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 367.

29 On notera toutefois que la compétence en matière d'état civil a été transférée à la Nouvelle-Calédonie le 1^{er} juillet 2013. À l'heure actuelle, aucune loi de pays n'a encore été adoptée et la réglementation de l'état civil de droit commun reste similaire à celle prescrite par le droit étatique. Seule la question du transfert du greffier à l'officier de l'état civil de la compétence en matière d'enregistrement des PACS est sujette à difficulté. Sur cette question, voir C. Bidaud-Garon, « La réforme J21 et le décrochage du droit des personnes et de la famille... », préc.

30 Préc.

Les deux états civils présentent des différences importantes, ne serait-ce que par le nombre de registres et d'actes qui existent. En effet, dans le souci d'être la plus conforme possible au droit coutumier, la délibération a prévu, qu'en plus des actes de naissance, de reconnaissance, de mariage, de décès et d'enfant sans vie, il devait être établi des actes de dissolution du mariage coutumier³¹ et d'adoption coutumière³², ces deux « événements » étant extrajudiciaires en droit coutumier. On notera également qu'en plus des registres classiques, il existe un registre dit de « recensement »³³, souvent appelé « registre de tribu » en pratique, dont l'objet est la conservation de tous les événements intéressant l'état civil des membres d'une même tribu³⁴. Il est comparable à une sorte de livret de famille de la tribu qui serait conservé par l'autorité publique. En plus de ces différences d'actes et de registres, les règles gouvernant les déclarations et les mentions qui doivent être inscrites dans les actes sont souvent bien différentes de celles du droit commun. Au-delà du reflet de l'état des personnes, l'état civil est en Nouvelle-Calédonie le reflet du statut. Partant, il s'est développé une sorte de présomption entre état civil et statut : les personnes ayant des actes de l'état civil coutumier sont présumées de statut coutumier et les personnes ayant des actes de l'état civil de droit commun sont présumées de statut civil de droit commun.

Lorsqu'un enfant de statut coutumier naît en métropole, une difficulté surgit inéluctablement puisqu'il n'existe pas de service d'état civil coutumier hors du territoire de la Nouvelle-Calédonie. Pour autant, il existe une obligation territoriale de déclaration des naissances survenant en France auprès de l'officier de l'état civil français³⁵. Dès lors, les parents de l'enfant de statut coutumier n'ont pas d'autre choix que de déclarer la naissance au service de l'état civil métropolitain, *i.e.* au service de l'état civil de droit commun. L'enfant de statut coutumier aura alors un acte de naissance de droit commun et compte tenu de la présomption de conformité existant entre état civil et statut, il aura bien des difficultés à faire valoir la réalité de son statut. Dans cette hypothèse, la difficulté ne vient pas de la détermination du statut de l'enfant, mais de l'élément factuel qu'est le lieu de naissance. De plus, les règles de compétence *ratione loci* des officiers de l'état civil coutumier ne sont pas clairement définies par la délibération de 1967. La logique commande toutefois que les naissances et les décès soient déclarés au lieu de leur survenance. Dès lors, non seulement une naissance survenue hors du territoire de la Nouvelle-Calédonie ne peut jamais être inscrite dans les registres de l'état civil coutumier, mais en plus, comme aucun système de transcription des actes métropolitains dans les registres de l'état civil coutumier n'a été prévu dans une telle hypothèse, il n'est pas possible de procéder à l'inscription de l'enfant dans le « bon » registre de l'état civil.

Le problème peut être illustré par une décision du TPI de Nouméa du 20 septembre 2012³⁶. Dans cette affaire, l'enfant, dont les deux parents sont de statut coutumier, est né à Bordeaux et a donc été déclaré à l'état civil de cette ville. Les parents, souhaitant que le statut coutumier

31 Art. 44 et 45 de la délibération du 3 avril 1967.

32 Art. 37 à 39 de la délibération du 3 avril 1967.

33 Art. 3 à 7 de la délibération du 3 avril 1967.

34 Sur les distinctions entre les différentes autorités et entités coutumières (clan, tribu, conseil de clan, aire coutumière etc.), voir G. Nicolas, « Le rôle des autorités et institutions coutumières », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 338.

35 Art. 55 du Code civil *in fine*.

36 TPI Nouméa, 20 septembre 2012, RG n° 12/00844. En Nouvelle-Calédonie, il n'existe qu'une seule juridiction de première instance dénommée Tribunal de première instance.

de leur enfant soit établi, ont saisi le Tribunal de Nouméa d'une requête en accession au statut coutumier. Après avoir précisé que la requête s'analysait « aussi bien en une action en revendication de statut qu'en une demande d'accession au statut coutumier kanak », le tribunal a ordonné qu'un acte de naissance coutumier soit dressé pour l'enfant. Le dispositif est toutefois formulé de manière très étonnante : « Ordonne qu'à la requête du procureur de la République l'acte de naissance correspondant au nouveau statut de l'intéressé soit dressé sur les registres de l'état civil coutumier de la commune de son lieu de naissance, soit celui de NOUMÉA et en marge des différents exemplaires de l'acte de naissance ». L'enfant est né à Bordeaux... Si l'on peut comprendre le pragmatisme des magistrats confrontés à une telle situation, on ne peut que se désoler d'un tel vide juridique. Dans l'hypothèse de la naissance hors territoire calédonien d'un enfant de statut coutumier, il y a une incompatibilité matérielle entre les règles de droit et la situation factuelle. La naissance doit être déclarée au lieu de survenance de cet événement, mais celui-ci ne possédant pas de registre coutumier, il n'est pas possible de faire enregistrer l'enfant au service de l'état civil conforme à son statut. Il n'existe à l'heure actuelle aucune solution pour que l'enfant puisse avoir un état civil conforme à son statut. On pourrait songer *a minima* à l'apposition d'une mention indiquant le statut civil coutumier de l'enfant sur l'acte de naissance enregistré à l'état civil de droit commun de métropole. En l'état du droit, c'est impossible en raison de l'interdiction faite aux officiers de l'état civil d'apposer une mention non prévue par les textes³⁷, mais rien n'empêche le législateur étatique d'introduire une telle possibilité. Certes, la concordance entre le statut et l'état civil ne serait pas parfaite, mais la solution aurait au moins le mérite d'éviter aux intéressés de saisir le tribunal pour faire constater le statut coutumier de leur enfant. Un tel dispositif pourrait être utilement complété par la création, par le législateur calédonien, de règles de transcription de ces actes de naissance métropolitains revêtus de la mention « statut coutumier » dans les registres de l'état civil coutumier de Nouméa ou d'une autre commune de Nouvelle-Calédonie. Au-delà, le législateur calédonien pourrait parfaitement décider de créer des registres de l'état civil des personnes de statut coutumier hors de Nouvelle-Calédonie, comme il existe un service de l'état civil pour les Français de l'étranger à Nantes. Dans cette hypothèse, il serait possible de combiner les deux propositions et de faire transcrire l'acte de naissance métropolitain indiquant la mention « statut coutumier » sur le registre des personnes de statut coutumier hors de Nouvelle-Calédonie.

On le voit, la naissance hors territoire calédonien d'une personne de statut coutumier pose de réelles difficultés en termes de constatation du statut coutumier. On rappellera que les actes de l'état civil sont censés refléter le statut et non le déterminer. L'enfant ayant deux parents de statut coutumier est également de statut coutumier à sa naissance, comme le prévoit l'article 10 de la loi organique. Le lieu de la naissance (*ie.* en Nouvelle-Calédonie, ailleurs en France ou même à l'étranger) n'a aucune incidence sur cette règle. Mais cet enfant étant pourvu d'acte de l'état civil de droit commun, il sera considéré comme de statut de droit commun à moins que ses parents ou lui-même, lorsqu'il aura atteint sa majorité, ne se résolvent à saisir le juge, ce qui est souvent délicat pour une personne de culture kanak. Celle-ci est avant tout basée sur le palabre et la solution négociée. La saisine du juge est l'ultime recours et elle est souvent mal vécue, au point que certains préféreront continuer à vivre sous l'apparence du statut de droit commun. Ils devront alors renoncer à leurs droits sur la terre coutumière et à l'application du droit coutumier à leurs droits civils, les deux étant conditionnés par le statut coutumier qu'elles ont, mais qu'elles ne peuvent prouver.

37 Art. 35 du Code civil.

On aurait pu espérer que l'effectivité du statut coutumier soit mieux garantie lorsqu'il ne s'agit ni de sa détermination ni de son enregistrement hors territoire calédonien. Il n'en est rien... L'effectivité du statut coutumier est tout aussi aléatoire lorsque des personnes de statut kanak choisissent de faire leur vie hors territoire calédonien.

II. VIVRE HORS TERRITOIRE CALÉDONIEN

Vivre hors territoire calédonien peut recouvrir nombre de problématiques. Seules les questions de la filiation coutumière hors territoire (A) et du statut conjugal des personnes de statut coutumier hors territoire seront envisagées (B).

A. La filiation coutumière hors territoire calédonien

Pour comprendre les problèmes liés à l'établissement de la filiation, il est nécessaire de préciser que, dans le droit coutumier, la notion même de filiation revêt un sens différent de celui du droit commun. L'enfant est avant tout l'enfant d'un clan, avant même d'être l'enfant de ses parents³⁸. À sa naissance, il est automatiquement relié à sa mère considérée comme « la femme-porteuse de vie »³⁹. Il entre dans le clan de sa mère et à son encontre, la filiation ne fait pas de doute en droit coutumier⁴⁰. Pour être relié à son père et ainsi passer du clan maternel au clan paternel, le père devra accomplir des gestes coutumiers.

Lorsque les parents sont mariés, le père doit présenter l'enfant aux membres de son clan et chacun d'entre eux doit dire s'il accepte ou non cet enfant. Lorsque les parents ne sont pas mariés, les gestes coutumiers à accomplir sont différents. En effet, le mariage est avant tout une union interclanique. Dès lors, la naissance d'un enfant hors mariage implique nécessairement que le couple s'est uni sans avoir reçu l'accord préalable des clans. Si le père souhaite établir sa filiation et ainsi faire entrer l'enfant dans son clan, il devra donc d'abord accomplir un geste de pardon. Il devra ensuite faire un geste de réservation de l'enfant. En outre, ce n'est que si ces deux gestes sont acceptés par le clan maternel que la filiation paternelle sera établie. Quel que soit le lien unissant les parents, c'est l'accomplissement des gestes coutumiers par le père qui permet à l'enfant d'entrer dans le clan paternel, exception faite de l'hypothèse dans laquelle l'enfant est adopté coutumièrement⁴¹.

38 Sur les réalités que recouvre la filiation coutumière, voir CA Nouméa, ch. cout. 20 mars 2014, *RG*, n° 12/519. La clarté avec laquelle la filiation en droit coutumier est expliquée dans cette décision mérite d'être saluée. Elle est partiellement reproduite in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, p. 379. Adde A. Leca, *Précis de droit civil coutumier kanak*, CDP NC, 3^e éd., 2018, p. 129, n° 21 et s. Et R. Lafargue, *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridique infra-étatiques*, LGDJ, Droit et Société, 2010, p. 303 et s.

39 Voir A. Leca, *ibid.* et réf. citées.

40 Les conditions d'inscription de cette filiation maternelle dans l'acte de naissance coutumier de l'enfant ne sont toutefois pas très claires. La délibération de 1967 est des plus obscures et du côté de la jurisprudence, tantôt elle semble tendre vers une inscription automatique de la mère dans l'acte de naissance de l'enfant, tantôt elle exige que la mère fasse une reconnaissance d'enfant (voir TPI Nouméa, sect. Koné, 25 août 1993, *RG* n° 76/93).

41 Sur l'adoption coutumière, voir H. Fulchiron, « La filiation », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, *op. cit.*, spéc. p. 80 et s.

Du point de vue de l'état civil coutumier, la filiation n'est pourtant pas appréhendée de la même manière selon que les parents sont mariés ou non. Si les parents sont mariés, rien n'est prévu hormis l'inscription du nom des père et mère dans l'acte de naissance, sans pour autant que la délibération de 1967 régissant l'état civil coutumier ne fasse de distinction entre les enfants nés en mariage ou hors mariage⁴². Le texte semble avoir raisonné comme en droit commun et avoir fait application d'une sorte de présomption de paternité, *i.e.* il ne tient pas compte des gestes coutumiers qui doivent pourtant être accomplis.

Si les parents ne sont pas mariés, l'article 35 de la délibération de 1967 prévoit que « la reconnaissance de l'enfant naturel ne pourra se faire qu'avec le consentement de celui de ses parents déjà connu et, si aucun de ses parents n'est connu, qu'avec le consentement de la personne qui l'a élevé ». Dans la quasi-totalité des cas, la mère est le premier parent connu et il lui appartient de donner son accord au père pour qu'il puisse effectuer une reconnaissance d'enfant⁴³.

Si le couple de statut coutumier donne naissance à un enfant en métropole, l'établissement de la filiation maternelle ne posera guère de problème, le droit coutumier ne prévoyant aucun geste à accomplir. En revanche, il faudra impérativement que le père accomplisse les gestes coutumiers auprès du clan maternel lors d'un séjour en Nouvelle-Calédonie pour que sa filiation soit établie et que l'enfant entre dans son clan. En effet, dans tous les cas, le droit coutumier conditionne l'établissement de la filiation paternelle à l'accomplissement des gestes coutumiers. À défaut, la filiation ne sera pas établie selon le droit coutumier.

Pourtant, si les parents sont mariés et possèdent un acte de l'état civil coutumier qui le prouve et s'ils se présentent à l'état civil de droit commun pour déclarer la naissance de leur enfant, il est quasiment certain que l'officier de l'état civil ne se posera pas la question du statut des intéressés et du droit applicable à l'établissement de la filiation. Au vu de l'acte de mariage, il inscrira le nom des deux parents dans l'acte de naissance de l'enfant, comme il l'aurait fait pour un enfant de statut de droit commun.

Si les parents ne sont pas mariés et si le père se présente à l'état civil de droit commun pour effectuer une reconnaissance d'enfant, il est tout aussi certain que l'officier de l'état civil métropolitain ne se posera pas la question du statut de cette personne. Il est tout à fait probable qu'il accepte de recevoir cette reconnaissance et qu'il l'inscrive sur l'acte de naissance de l'enfant. L'officier de l'état civil s'en tiendra assurément à la nationalité française du père, tant la question des statuts coutumiers est méconnue en dehors des territoires dont ils sont originaires.

Le résultat de l'établissement de cet acte de naissance et de cet acte de reconnaissance si les parents ne sont pas mariés est alors particulièrement incongru : il existera un acte de l'état civil, *i.e.* un acte public et authentique, qui fera foi d'un état de la personne qui n'existe pas puisqu'il n'a pas été établi conformément au droit qui régit le statut de cette personne. En effet, on l'a dit, l'article 7 de la loi organique de 1999 et l'interprétation qu'en a fait la Cour

42 Art. 33 b) de la délibération de 1967, préc.

43 On n'entrera pas ici dans le débat de savoir si le fait de soumettre la reconnaissance d'enfant par le père à l'accord de la mère est conforme à la Convention EDH et à la CIDE.

de cassation ne laissent aucun doute quant à la compétence de la coutume kanak pour régir les droits civils des personnes de statut coutumier, la filiation en faisant évidemment partie. Ni la loi organique ni la Cour de cassation ne font référence à une quelconque territorialité de la règle qui serait restreinte à la Nouvelle-Calédonie. De plus, compte tenu de l'unité de compétence qui existe ici entre autorité pouvant établir la filiation et droit applicable à la filiation, on pourrait presque dire de la confusion entre les deux puisque c'est l'acceptation des gestes coutumiers par les autorités coutumières (les membres du clans) qui établit la filiation, aucune réponse ne peut venir du seul législateur étatique ou calédonien. C'est la coutume elle-même qui doit autoriser une présentation des gestes *via* un système de procuration, voire de « visioconférence » pour respecter l'oralité inhérente à la coutume, pour que la filiation puisse être établie conformément au droit coutumier. La coutume a certes des bases ancestrales, mais elle n'est nullement figée. Surtout, il ne serait en réalité pas question de changer la règle coutumière, seulement d'envisager une mise en œuvre faisant appel aux moyens techniques actuels, ce que ne semblent pas refuser les autorités coutumières.

Au-delà de son établissement, ce sont les effets de la filiation qui risquent d'être totalement transformés lorsque la famille de statut coutumier vit hors territoire calédonien. En droit coutumier, on l'a dit, l'enfant est avant tout l'enfant du clan. Ainsi, « l'autorité parentale est collective, elle ne se réduit pas au père et à la mère »⁴⁴. L'enfant est en quelque sorte placé sous l'autorité collective du clan auquel il appartient et, si c'est le clan paternel, ce sera sous la surveillance du clan maternel qui a un droit de regard sur les décisions prises vis-à-vis de l'enfant⁴⁵. Cela ne signifie pas que les parents n'ont aucun rôle dans l'éducation de leur enfant, ils s'occupent de lui au quotidien et prennent les décisions qui le concernent. Toutefois, ils ne sont pas seuls à décider et ils ne peuvent aller contre une décision que le clan aurait prise à l'égard de leur enfant. De la même manière, les obligations alimentaires qui existent des parents envers leurs enfants en droit commun n'ont pas la même résonance en droit coutumier. C'est avant tout sur le clan auquel appartient l'enfant que pèse « l'obligation de prendre en charge et nourrir les enfants »⁴⁶. À propos d'un enfant dont la filiation paternelle était établie, la Cour d'appel de Nouméa a ainsi pu affirmer que, dans cette hypothèse, il existe une « obligation pour le clan paternel de protéger, d'éduquer et d'élever l'enfant » et que « nulle obligation alimentaire n'incombe au clan maternel (utérin) »⁴⁷. Il arrive que le parent membre du clan auquel l'enfant appartient soit tenu de verser une pension alimentaire. Mais dans cette hypothèse, il est visé en tant que membre du clan auquel appartient l'enfant plus qu'en tant que parent de l'enfant. Ainsi, lorsque l'enfant appartient au clan paternel, il est de jurisprudence constante qu'il n'est pas possible de condamner la mère au versement d'une pension alimentaire alors qu'elle ne réside plus avec l'enfant et qu'elle n'en assume pas la charge⁴⁸.

Si un litige à propos de l'autorité parentale ou d'une pension alimentaire survient en métropole, on imagine sans peine les difficultés d'application du droit coutumier. Avant tout,

44 TPI Nouméa, sect. Lifou, 25 juillet 2012, RG 12/18.

45 Sur ce point, voir CA Nouméa, ch. cout. 20 mars 2014, RG n° 12/519. *Adde* V. Poux, « L'autorité parentale », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 91 et s.

46 CA Nouméa, 21 juillet 2011, n° 11/214.

47 CA Nouméa, 11 octobre 2012, n° 11/531.

48 *Ibid.*

comme l'officier de l'état civil, il y a de fortes chances que le juge ne se pose pas la question du statut des intéressés, qu'il s'en tienne à leur nationalité française et qu'il leur applique donc le droit commun. En admettant qu'il soit informé du statut coutumier des intéressés, ne serait-ce qu'en raison de son allégation par l'une des parties, peut-il appliquer le droit coutumier ? En principe, le droit l'y oblige, l'article 7 de la loi organique de 1999 est on ne peut plus clair sur ce point. Mais, d'une part, il existe une difficulté de connaissance et de preuve du contenu du droit coutumier. La coutume est par essence orale, il n'existe pas de code de droit coutumier et peu d'ouvrages lui sont consacrés⁴⁹. C'est d'ailleurs pour cette raison que la chambre coutumière du TPI et la Cour d'appel de Nouméa siègent avec deux assesseurs coutumiers lorsque l'affaire n'implique que des personnes de statut coutumier et porte sur une question relevant de la compétence de la coutume ou encore lorsque le litige est relatif à une terre coutumière, quel que soit le statut des parties. On pourrait toutefois objecter que le juge métropolitain peut avoir accès au droit coutumier soit au travers de la jurisprudence des juridictions siégeant en Nouvelle-Calédonie, soit en demandant un certificat de coutume à un juriste coutumier⁵⁰. Le mécanisme est bien connu quant à la preuve du contenu du droit étranger, il peut parfaitement être utilisé pour le droit coutumier. D'autre part, si la teneur du droit coutumier est établie, il est possible que le juge métropolitain soit quelque peu en difficulté pour son application. Il n'y a pourtant pas d'obstacle insurmontable. D'abord, pour ce qui est de l'accord du clan pour les décisions graves relatives à l'enfant, on pourrait parfaitement imaginer un système dans lequel le juge métropolitain demanderait à son homologue de Nouvelle-Calédonie de requérir un officier public coutumier afin que celui-ci recueille et consigne dans un acte coutumier⁵¹ cet accord clanique. Quant à la mise en place d'une pension alimentaire versée par le clan, des solutions pourraient également être trouvées. Le clan, contrairement à la famille, est doté de la personnalité juridique⁵². Dès lors, il est possible de lui enjoindre de verser une pension alimentaire. Au-delà, le parent de l'enfant, pris en tant que membre du clan, peut lui aussi se voir obligé de verser des aliments. En revanche, le juge métropolitain devra se fonder sur le droit coutumier dans ses motifs et non sur le droit commun. À l'heure où le règlement de l'Union européenne dit « aliments »⁵³

49 On notera toutefois que nombre d'éléments peuvent être connus et compris grâce notamment aux ouvrages suivants : R. Lafargue, 2003, *La coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie. Aux sources d'un droit commun coutumier*, PUAM ; adde *La coutume face à son destin. Réflexions sur la coutume judiciaire en Nouvelle-Calédonie et la résilience des ordres juridiques infra-étatiques*, op. cit. ; E. Leca, *Précis de droit civil coutumier kanak*, op. cit. ; E. Cornut et P. Deumier (dir.), *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit. ainsi que la base de données créée à l'occasion de la recherche GIP Justice *L'intégration de la coutume dans le corpus normatif contemporain en Nouvelle-Calédonie*, consultable sur : <http://coutumier.univ-nc.nc>.

50 Outre les membres de la Gase juridique kanak, les officiers publics coutumiers, qui sont en quelque sorte des « notaires » de droit coutumier, pourraient remplir cette fonction ainsi que les conseils coutumiers et le sénat coutumier. D'autres auteurs ont imaginé la mise en place d'une question préjudicielle coutumière, voir E. Cornut, « Les conflits de normes internes en Nouvelle-Calédonie. Perspectives et enjeux du pluralisme juridique calédonien ouverts par le transfert de la compétence normative du droit civil », préc., spéc. n° 93 et s.

51 L'acte coutumier est un acte créé par la loi du pays du 15 janvier 2007 (relative aux actes coutumiers, *JONC*, 30 janvier 2007 p. 647). Il est établi par les officiers publics coutumiers relativement à des personnes de statut coutumier kanak. Il a valeur authentique dans un certain nombre de cas, spécialement en matière de statut civil coutumier et de propriété coutumière.

52 CA Nouméa, 22 août 2011, RG n° 10/531 et n° 10/532. Sur cette question, voir E. Cornut, 2015, « La valorisation des terres coutumières par celle du droit coutumier », in C. Castets-Renard et G. Nicolas (dir.), *Patrimoine naturel et culturel de la Nouvelle-Calédonie : aspects juridiques*, éd. L'Harmattan, p. 125 et s.

53 Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires.

et le protocole de La Haye du 23 novembre 2007⁵⁴ mettent en place tout un système d'unification des règles de conflit et de coopération internationale pour permettre aux enfants de percevoir des aliments de ceux qui leur en doivent en quelque pays qu'ils se trouvent, il serait tout de même regrettable qu'au niveau interne, cela s'avère impossible.

B. Le statut conjugal des personnes de statut coutumier hors territoire calédonien

En droit commun, les couples peuvent aujourd'hui choisir entre trois modes de conjugalité : le mariage, le PACS et le concubinage. En droit coutumier, seul le mariage et le concubinage existent.

Le mariage coutumier⁵⁵ est une cérémonie coutumière qui ne requiert à aucun moment l'intervention d'un officier de l'état civil. Depuis la loi de pays instaurant les actes coutumiers⁵⁶, il est de plus en plus fréquent de voir ce type d'acte rédigé à l'occasion d'un mariage coutumier, sans que cela ne soit pour autant obligatoire. Du point de vue de l'état civil coutumier, aucune formalité préalable au mariage n'est requise. L'acte de l'état civil coutumier de mariage sera établi sur simple déclaration des époux dans un délai de trente jours à compter de la cérémonie⁵⁷. On l'a dit, le mariage coutumier est avant tout un accord interclanique. Dès lors, le consentement des époux ne suffit pas, il requiert également l'accord des chefs de clan⁵⁸. Il ne se déroule toutefois pas obligatoirement en terre coutumière. En revanche, certains membres du clan, en particulier les oncles maternels⁵⁹, doivent être présents lors de la célébration et toute une série de coutumes d'échange doit avoir lieu. Dès lors, il est bien difficile de concevoir la célébration d'un mariage coutumier en métropole. L'application du droit coutumier ne requiert certes qu'un critère *ratione personae*, en l'occurrence le statut coutumier des futurs époux, et l'accord des chefs de clans pourrait être consigné dans un acte coutumier, mais la célébration sur le territoire métropolitain paraît impossible pour deux raisons. La première tient à la nature même du mariage dans la coutume kanak. Le mariage est pour la société kanak un événement social dont les clans sont les témoins, spécialement les oncles utérins. Il paraît dès lors difficile de concevoir la célébration du mariage coutumier en dehors du territoire calédonien. La seconde est liée à l'unité de compétence entre autorité coutumière et droit coutumier pour la célébration du mariage coutumier. En effet, s'il est concevable en droit international privé que l'officier de l'état civil applique la loi étrangère aux conditions de fond du mariage, on voit difficilement comment il pourrait se conformer aux règles coutumières qui ne distinguent pas les règles de fond et de forme et qui ne conçoivent pas la célébration d'un mariage coutumier par une autorité non coutumière. Là encore, aucune solution ne semble pouvoir être trouvée à défaut d'évolution des règles coutumières. Si tel était le cas, on pourrait imaginer un système de procurations données par les oncles utérins à d'autres membres du clan présents sur le territoire métropolitain, auquel s'ajouterait la réalisation des coutumes d'échanges

54 Protocole de la Haye sur la loi applicable aux obligations alimentaires du 23 novembre 2007.

55 Sur le mariage coutumier, voir B. Cagnon, « Le mariage coutumier », in *La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien*, op. cit., p. 42. Adde A. Leca, *Précis de droit civil coutumier kanak*, op. cit. p. 112, n° 19.

56 Loi du pays n° 2006-15 du 15 janvier 2007, préc.

57 Art. 40 de la délibération de 1967.

58 Sur la nécessité du consentement des deux époux, on notera l'article 69 de la Charte du peuple kanak qui l'exige expressément.

59 Art. 68 de la Charte du peuple kanak.

entre les clans hors de la présence des futurs époux. Le témoignage de l'ensemble du clan ferait toutefois défaut.

En ce qui concerne le concubinage, le sort que lui réserve la coutume est relativement ambivalent. Bien que toléré, il peut parfois être vu comme une marque de défiance envers les autorités coutumières puisque celles-ci n'ont pas donné leur accord à cette union. C'est d'ailleurs pour cette raison que l'établissement de la filiation paternelle hors mariage implique une coutume de pardon. Pourtant, de manière assez surprenante, la coutume kanak lui accorde parfois des effets équivalents à ceux du mariage. Il en va ainsi spécialement en matière de succession. La loi du pays du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak⁶⁰ consacre une véritable vocation successorale pour le concubin survivant sur les biens du défunt situés hors terre coutumière. Cette loi n'est certes pas du droit coutumier, mais du droit civil calédonien applicable à raison du statut coutumier du défunt. Toutefois, elle reprend et consacre les règles et les principes coutumiers pour ce qui est de la détermination des successibles et donne donc une vision assez claire des règles de droit coutumier existant en matière de succession, bien que ces règles puissent varier d'une aire coutumière à l'autre. Le concubinage ne requérant aucun geste coutumier particulier, ni aucun enregistrement auprès de l'état civil coutumier, le concubinage de personnes de statut coutumier vivant en métropole n'entraîne aucune difficulté particulière. Seule la question de l'applicabilité de la loi du pays relative aux successions des personnes de statut kanak par le notaire métropolitain en cas de décès d'un concubin de statut coutumier sur le territoire métropolitain pourrait se poser, mais elle dépasse largement le cadre des présents développements.

Pour ce qui est du PACS, il n'existe pas dans la coutume kanak. Dès lors, les personnes de statut coutumier n'y ont pas accès pour organiser leur union. Le statut kanak étant régi par le droit coutumier, la solution est des plus logiques et s'applique sans difficulté en Nouvelle-Calédonie. En revanche, il est de plus en plus fréquent que les services de l'état civil coutumier soient saisis de demandes de transcription de PACS enregistrés en métropole à propos de personnes de statut coutumier. Là encore, c'est l'ignorance de l'existence et du régime juridique du statut coutumier qui est à l'origine des difficultés. Les officiers de l'état civil et avant eux les greffiers des tribunaux d'instance s'arrêtent à la nationalité française des intéressés. Ils ne s'interrogent jamais sur leur statut. Les conséquences de la nullité de ces PACS peuvent être lourdes, non seulement pour les intéressés qui peuvent se croire à tort unis par un pacte civil de solidarité, mais aussi pour les tiers, spécialement pour les créanciers de ce couple. Le même raisonnement pourrait être conduit au niveau du mariage entre personnes de même sexe. Ce type de mariage n'existe pas non plus dans la coutume et, par conséquent, il n'aurait aucun effet. Il serait toutefois intéressant de connaître la position du juge métropolitain compte tenu de l'alinéa 2 de l'article 202-1 du Code civil selon lequel « Deux personnes de même sexe peuvent contracter mariage lorsque, pour au moins l'une d'elles, soit sa loi personnelle, soit la loi de l'État sur le territoire duquel elle a son domicile ou sa résidence le permet ». Même en faisant abstraction du statut coutumier et du droit coutumier le régissant, le recours à la loi de la résidence habituelle

60 Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak, *JONG*, 5 juin 2018, p. 7131. Sur cette loi, voir C. Bidaud-Garon, « Aperçu critique de la Loi du pays n° 2018-4 du 28 mai 2018 relative aux successions des biens appartenant aux personnes de statut civil coutumier kanak », in *Cahier du LARJE - Veille et éclairage juridiques*, Dir. C. Bidaud-Garon, 2018-6, décembre 2018, p. 6, <https://larje.unc.nc/wp-content/uploads/sites/2/2018/12/Cahier-du-LARJE-Veille-et-eclairage-juridiques-n°3-2018-Version-numérique.pdf>.

semble permettre la célébration du mariage. Certes, cet article est inscrit dans le chapitre IV bis relatif aux conflits de lois, ce qui sous-entend qu'il n'est pas applicable aux conflits internes de droit. Pour autant, il paraîtrait bien délicat de refuser à deux personnes de même sexe de statut coutumier le droit de se marier alors que le législateur français a souhaité marquer très fortement sa faveur à ce type d'union au point de l'autoriser aux étrangers dont le statut personnel le prohibe. Il y aurait là une incohérence juridique bien difficilement justifiable⁶¹.

Reste le cas de la dissolution du mariage coutumier⁶² hors territoire métropolitain qui est tout aussi problématique. Comme le mariage est une union interclanique, la dissolution de cette union passe elle aussi nécessairement par l'accord des chefs de clans. La volonté des époux est insuffisante à dissoudre le mariage. En outre, il ne s'agit pas d'une procédure judiciaire. Le juge ne sera saisi qu'en cas de difficulté et, dans cette hypothèse, il statuera conformément au droit coutumier en étant assisté de deux assesseurs coutumiers. Dès lors, des époux de statut coutumier peuvent-ils dissoudre leur mariage en métropole ? Pour cela, il faudrait *a minima* imaginer que, comme pour le mariage, le juge demande à son homologue de Nouvelle-Calédonie qu'il requière un officier public coutumier en vue de l'établissement d'un acte coutumier contenant le consentement des chefs de clans. Il devrait ensuite statuer selon le droit coutumier. Sur un plan purement technique, cela semble envisageable. Toutefois, ce serait vite oublier que la dissolution du mariage coutumier se fait autour et à l'issue d'un palabre visant à concilier les époux et surtout les clans quant aux conséquences de la dissolution du mariage. Peut-on alors songer au divorce par consentement mutuel déjudiciarisé ? Il faudrait imaginer que le palabre se déroule grâce à une « visioconférence » et que l'acte sous signature privée contresigné par avocats et déposé au rang des minutes d'un notaire corresponde à l'acte coutumier dressant le procès-verbal de palabre tout en respectant les conditions prévues par l'article 229-3 du Code civil. Il y aurait alors quasiment une application cumulative des deux droits.

Au niveau des effets de la dissolution du lien matrimonial, on précisera que l'enfant restera attaché au clan de son père, responsable de son éducation et débiteur de l'obligation alimentaire. Dit autrement, l'épouse sera autorisée à quitter le clan de son mari, mais elle ne pourra s'installer hors du clan avec ses enfants si les autorités coutumières s'y opposent. Compte tenu de l'évolution du droit commun (*i.e.* la faveur du législateur envers la résidence alternée afin de favoriser le maintien des liens entre l'enfant et ses deux parents) et de la jurisprudence des juridictions internes et internationales, il sera sans doute très délicat pour un juge métropolitain de saisir toutes les nuances et la logique de la coutume kanak.

On le voit, l'efficacité et l'opposabilité du statut coutumier hors du territoire calédonien sont sujettes à bien des difficultés dont plusieurs ne trouvent pas de solution dans le droit positif. Garantir l'existence du statut coutumier dans la Constitution était une chose importante, mais il serait temps aujourd'hui de s'assurer de son effectivité sur l'intégralité du territoire de la République. La sécurité juridique a besoin de règles de conflit interne de normes adaptées aux différentes situations : les articles 7 et 9 de la loi organique sont très insuffisants

61 Sur la faveur du législateur français envers les mariages entre personnes de même sexe, voir l'article 171-9 du Code civil. Voir également H. Fulchiron, « Le "mariage pour tous" en droit international privé : le législateur français à la peine... », *JCP G*, 2012, doct. 1317 ; Adde « Le mariage entre personnes de même sexe en droit international privé au lendemain de la reconnaissance du "mariage pour tous" », *JDI* 2013, p. 1055.

62 Sur la dissolution du mariage coutumier, voir A. Leca, *Précis de droit civil coutumier*, *op. cit.*, p. 123, n° 20.

pour couvrir toutes les hypothèses. Au-delà, ce sont des mécanismes et des outils comme la création de procédures et de registres qui seraient utiles. Les législateurs étatique et calédonien ne sont toutefois pas les seuls responsables des différents écueils juridiques existants. La coutume kanak doit elle aussi accepter quelques évolutions et adaptations si elle veut permettre une efficacité du statut coutumier au-delà de la Nouvelle-Calédonie. On constatera finalement que le droit français est plus à l'aise avec les conflits internationaux qu'avec les conflits internes et, même s'ils sont plus nombreux, il est regrettable d'être confronté à autant d'incertitudes sans même quitter le territoire français.

QUATRIÈME PARTIE

TERRITOIRES ET RELATIONS INTERNATIONALES

LES INDÉPENDANCES AVEC PARTENARIAT DES PAYS INSULAIRES NON AUTONOMES DU PACIFIQUE SUD

Mathias Chauchat

Université de la Nouvelle-Calédonie

215

Le Pacifique, à nos yeux, est double. Il y aurait le Pacifique français, avec les trois pays d'outre-mer et, en filigrane, le Vanuatu, issu du condominium des Nouvelles-Hébrides, et le Pacifique anglo-saxon, plus divers et en réalité largement prégnant. Les indépendances, si elles ont débuté dans les années soixante, ont été plus étalées, en raison des contextes d'insularité et des dimensions réduites des îles.

On entend souvent « on est trop petits pour être indépendants » ; et quand on parle des pays associés, on entend « on est trop grands pour ça ». En définitive, la taille ne compte pas... L'association est une modalité de la décolonisation expressément prévue par la résolution 1541 (XV) adoptée le 15 décembre 1960 par l'Assemblée générale des Nations unies¹. Cette libre association a été imaginée par les Nations unies pour offrir aux colonies une voie de décolonisation alternative et non conflictuelle leur permettant d'affirmer leur existence propre, tout en restant étroitement liées à leur ancienne métropole.

Les Anglo-saxons ont largement accompagné le mouvement de décolonisation, surtout la Nouvelle-Zélande, dont le comportement est souvent cité comme exemplaire. Ces indépendances se sont passées en douceur en général, dans la continuité politique et sans préjudice économique, l'argent de la coopération succédant à l'argent de la puissance administrante.

Côté français, rien ne bouge, hormis l'indépendance de Vanuatu acquise en 1980 et pour laquelle la France s'est fait forcer la main par les Britanniques. La Nouvelle-Calédonie est réinscrite sur la liste des pays à décoloniser par l'Assemblée générale des Nations unies depuis le 2 décembre 1986². L'obligation internationale de décolonisation qui pèse sur la France a été constitutionnellement reconnue pour la Nouvelle-Calédonie dans l'accord de Nouméa. L'Assemblée générale de l'ONU a également adopté, le 17 mai 2013, une résolution qui place la Polynésie française sur la liste des territoires à décoloniser³. La France, qui s'opposait à cette démarche, n'a pas participé à la séance. Ainsi, la France conduit deux politiques en apparence contradictoires dans le Pacifique face aux peuples coloniaux.

1 Résolution n° 1541 (XV) du 15 décembre 1960 de l'Assemblée générale des Nations unies : Un territoire peut être considéré comme décolonisé dans trois hypothèses : soit quand il est devenu indépendant, soit quand il a intégré volontairement un État, soit quand il « s'est librement associé à un État indépendant ».

2 Résolution 41/41 A du 2 décembre 1986 de l'Assemblée Générale des Nations unies sur l'application de la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux.

3 Résolution n° A/67/L.56/Rev 1 du 17 mai 2013 de l'Assemblée Générale des Nations unies sur le droit de la Polynésie française à l'autodétermination.

Les stratégies françaises ne sont qu'en apparence contradictoires, car on constate pour la Nouvelle-Calédonie, en reprenant les mots de Stéphanie Graff une « accélération de la colonisation en contexte de décolonisation ». Comme le dit l'auteur :

La stratégie politique de l'État a été d'introduire, dans les négociations pour la décolonisation de la Nouvelle-Calédonie, un troisième acteur entre le peuple colonisé et l'État colonisateur. Il a opposé à la volonté d'indépendance du peuple colonisé un principe démocratique formel et ainsi imposé dans le corps électoral la colonie de peuplement qu'il a lui-même créée et développée avec constance. Il déclare alors que ce sont les Calédoniens qui doivent décider de leur avenir, sachant que la démocratie et le principe d'un individu-une voix peuvent devenir, dans un contexte de colonisation de peuplement, un atout contre le peuple colonisé et sa volonté d'indépendance.⁴

Il faut toujours avoir cette question en tête. À quoi sert un vote d'auto-détermination si le peuple d'origine, « le peuple colonial », y est marginalisé ? On rappellera qu'il ne compte que pour 48 % environ du corps électoral ayant à se prononcer le 4 novembre prochain. Le vote ne réglera sans doute rien.

La France doit rechercher dans le Pacifique une conciliation entre des impératifs contradictoires : assurer la coopération régionale, préserver des stratégies internationales de puissance, respecter la volonté des peuples autochtones colonisés. Et il y a plusieurs manières de préserver le drapeau.

Pour prendre du recul, il existe la *hard power* (en français, « la manière forte ») qui désigne la capacité d'un corps politique à imposer sa volonté à d'autres corps politiques à l'aide de moyens militaires et économiques. L'opposé est le *soft power*. Le concept fut proposé en 1990 par Joseph Nye, sous-secrétaire d'État sous l'administration Carter, puis secrétaire adjoint à la Défense, sous celle de Bill Clinton, dans *Bound to Lead : The Changing Nature of American Power*, un ouvrage écrit en réaction aux thèses qui évoquaient le déclin de la puissance américaine⁵. Aucun déclin pour le penseur américain, mais plus simplement un changement de paradigme. Le *soft power* est la capacité d'un État à obtenir ce qu'il souhaite de la part d'un autre État sans que celui-ci n'en soit même conscient : "*Co-opt people rather than coerce them*".

Un mot sur ces doctrines. Face aux nombreuses critiques, en particulier sur l'efficacité concrète du *soft power*, mais aussi sur son évaluation, Joseph Nye va faire le choix d'introduire un nouveau concept : le *smart power*. La puissance étatique ne peut-elle être que *soft* ou *hard*. L'idéal selon Nye ? Assez logiquement un savant mélange de *soft* et de *hard*. Du pouvoir « intelligent ».

La France, qui n'est pas une grande puissance, utilise plutôt le *soft power*. La France a fait en 2017 un bond en avant dans le classement des pays les plus puissants en termes de *soft power*, ce qui a déclenché pas mal de cocoricos⁶. Le pays était cinquième au monde, il se retrouve premier, doublant le Royaume-Uni et même les États-Unis qui reculent de la première à la

4 S. Graff, « Colonisation de peuplement et autochtonie : réflexions autour des questions d'autodétermination, de décolonisation et de droit de vote en Nouvelle-Calédonie », *Revue Mouvements*, n° 91, automne 2017, p. 34.

5 Joseph Nye écrira en 2004, *Soft Power: The Means to Success in World Politics*, Public Affairs XVI.

6 P. Riché, « La France, championne du Soft Power », *L'Obs*, 19 juillet 2017. Il commente un rapport annuel du USC Center on Public Diplomacy (softpower30.com).

troisième place, derrière l'Allemagne et le Canada. La presse anglo-saxonne parle de vrai *leap frog*, un saut de grenouille. Merci Emmanuel Macron, l'anti-modèle de Trump.

Mais curieusement, le *soft power* n'existe guère dans le Pacifique, resté à l'écart de la modernisation politique. Que ce soit à Tahiti, où l'argent s'est fait rare sous la présidence Témara pour couler à nouveau à flots avec le retour des autonomistes, ou en Calédonie ou à Wallis, ce qui compte pour la France c'est « son espace, son territoire, son armée, son drapeau ». Le *hard power*.

Écoutons le discours du président de la République, Emmanuel Macron le 5 mai 2018 au théâtre de l'Île. Jeune président, vieux discours :

La France serait moins belle sans la Nouvelle-Calédonie, parce qu'elle est une part de cette France Monde, de cette France qui existe dans cette région du monde à des dizaines de milliers de kilomètres de Paris mais au cœur de ce qui est la vocation même de la France de rayonner à travers tous les continents et sur toutes les mers. [...] La France est une grande puissance de l'indopacifique, elle est une grande puissance de l'indopacifique à travers tous ces territoires, la Nouvelle-Calédonie, Wallis-et-Futuna, la Polynésie française mais aussi Mayotte et La Réunion et les terres australes et antarctiques françaises viennent soutenir ce projet, tous ces territoires de la France à travers les mers, c'est la France plus grande qu'elle-même, mais c'est plus d'un million et demi de nos concitoyens qui sont dans cette large région, ce sont plus de 8 000 de nos militaires qui portent notre défense nationale, nos intérêts, notre stratégie, c'est plus des trois quarts de notre présence maritime nous qui sommes la deuxième puissance maritime du monde. [...] L'Indo-Pacifique est au cœur du projet français pour toutes ces raisons, parce que nous y sommes et parce que cette région du globe est en train de vivre un basculement profond [...]. Enfin avec le choix du peuple britannique de quitter l'Union européenne, la France devient le dernier pays européen Pacifique, le dernier comme un pont jeté entre tant d'opportunités, comme un pont jeté entre tant de perspectives [...].

Analysons-le sommairement. Un discours puisé aux racines des années 1970. Les souverainetés que le président, à la suite, décline en « souveraineté alimentaire, souveraineté économique, souveraineté énergétique, souveraineté maritime », sont déjà les mêmes têtes de chapitre du plan Dijoud proposé en 1978 la veille des Événements⁷. La fierté finalement d'être le dernier État colonisateur du Pacifique...

En définitive, pour la France, ce qui compte vraiment, c'est son espace, son territoire, son armée, son drapeau. Le *hard power*. Mais la France reste assez isolée dans la zone, n'utilisant son argent que pour financer indexation et défiscalisation au détriment de la coopération régionale et de l'insertion économique de ses territoires dans la zone.

I. LA FRANCE PRIVILÉGIE EXCESSIVEMENT SES TERRITOIRES

La France, en privilégiant excessivement « ses » territoires, participe modestement à la coopération régionale. Et l'implication nouvelle de ses territoires reste ambiguë.

⁷ Conférence d'Olivier Fandos, « L'émergence d'une troisième voie : la FNCS (1977-1979) », le 17 mai 2018 (Centre Tjibaou).

A. La France participe modestement à la coopération régionale

La France de l'outre-mer a toujours ressemblé au portrait que Clémenceau donnait de la France en 1886 : « La France est un pays extrêmement fertile : on y plante des fonctionnaires et il y pousse des impôts ».

En ouvrant exagérément les robinets de l'argent public, la France n'a cessé de détruire la compétitivité des économies ultramarines et de la Nouvelle-Calédonie. L'emploi public a encore accentué sa trop forte prédominance, « l'économie du nickel » étant surtout comme dans tous les outre-mer français, une économie de la rente publique. La monnaie est sensiblement surévaluée entraînant un pouvoir d'achat artificiel et un déséquilibre de la balance des paiements qui ne peut être compensée que par l'aide de la France... Déficits publics et endettement sont devenus l'Alpha et l'Omega de la croissance ou de son illusion. Tout cela a isolé la Calédonie de son environnement régional et la rend non compétitive. Même les usines de nickel, fierté du pays, ont été lourdement subventionnées⁸. C'est le cercle vicieux de la dépendance à l'argent facile et à la dette qui s'est installé. Il faut toujours plus d'argent public pour un rendement décroissant.

Le commerce a retrouvé des faux airs du vieux pacte colonial. Les centrales d'achat des grands groupes français sont toutes tournées vers la France et la Calédonie ressemble de plus en plus, par ses magasins, à un département. Les produits australiens, néo-zélandais ou indonésiens pas chers s'effacent doucement des rayons.

Les transferts continuent d'être versés sous la forme d'une rente clientéliste ; il doit être rappelé que la France majore les traitements de ses fonctionnaires envoyés outre-mer (de 73 % en Nouvelle-Calédonie) pour encourager les flux de population venant de la métropole. Les Calédoniens ne sont pas perdants. Propriétaires du foncier dans le sud, ils s'enrichissent sans beaucoup de travail grâce à la bulle immobilière et aux achats des métropolitains. Les Kanak sont les vrais perdants avec la triple peine de la submersion, des salaires bas et des prix élevés.

Seuls les contrats de développement représentent une manière moderne de donner sous la forme d'une aide à la coopération à des projets. Un partenariat gagnant-gagnant serait de donner moins aux particuliers, mais mieux au pays qui l'utiliserait d'une manière plus émancipée. Ce serait là un avenir raisonnable pour les trois territoires français. La question est évidemment celle-ci : si la France voulait vraiment l'émancipation du pays, pourquoi donnerait-elle autant et de cette manière ?

La conséquence est que la France participe trop peu à la coopération régionale.

On peut reprendre l'analyse de Denise Fisher dans le journal de la Société des Océanistes en 2015 : « Ainsi, l'aide de l'État à la région ne représente que 3,4 % de son soutien à ses

⁸ Durant la visite de Manuel Valls en Nouvelle-Calédonie en mai 2016, un prêt de 200 millions d'euros a été annoncé pour la STCPI (Société Territoriale Calédonienne de Participations Industrielles) qui détient 34 % de la SLN en vue d'assumer son devoir d'actionnaire. Comme il l'avait fait pour la SLN en avril, Manuel Valls a ensuite annoncé en novembre un important soutien financier à l'entreprise brésilienne Vale, pour éviter la mise en sommeil de son usine dans le sud : un prêt de 200 millions d'euros et une garantie supplémentaire de 220 millions. Le même mois de novembre, l'État annonce que Glencore n'aura pas à rembourser la défiscalisation obtenue pour la centrale électrique de l'Usine du Nord, c'est-à-dire 200 millions d'euros, une somme comparable à celle obtenue par la SLN ou Vale.

collectivités du Pacifique Sud. Cela ne constitue que 2 % de l'aide à la coopération globale de la France, très peu quand on pense que celle-ci est présente dans cette région en tant que puissance souveraine. Paradoxalement, la France attribue 53 % de son aide en Afrique, où elle n'a pas de présence souveraine. Et, par rapport aux sommes attribuées annuellement, par l'Australie et même par la Nouvelle-Zélande, la contribution de la France n'est pas énorme »⁹. Ces données n'ont pas significativement évolué, sauf à la hausse pour la Chine et l'Australie.

Tableau 1 : Financial flows to developing countries

| OECD countries | Total DPA | Oceania | % DPA |
|--|-----------|---------|---------|
| France | 5 641,5 | 96,2 | 1,71 % |
| Australia | 2 290,4 | 735 | 32,09 % |
| New Zealand | 357,9 | 227,5 | 63,57 % |
| USA | 28 534,8 | 66,1 | 0,23 % |
| EU | 16 832,4 | 71,3 | 0,42 % |
| Non-OECD countries | | | |
| China (estimate ¹⁰) | 7 100 | 209 | 2,94 % |
| | | | |
| Transfers France to OCT vs DPA (PTOM/APD) | 2 900 | 96,2 | 3,32 % |

Source OECD - US\$ million - 2016data

Canberra a décidé d'accroître en 2018 son aide internationale à la région Pacifique, au moment même où la Chine se montre de plus en plus présente dans une zone que l'Australie voit comme appartenant à sa zone d'influence. L'augmentation de l'enveloppe allouée par Canberra au Pacifique signifie que cette région recevra désormais 32 % de l'aide internationale australienne.

Selon un *Think tank* de Sydney, le Lowy Institute, la Chine a atteint une aide annuelle de 209 millions de US \$ à 9 pays insulaires du Pacifique (Fidji, Timor-Leste, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Samoa, Tonga, Niue, îles Cook, Vanuatu et États fédérés de Micronésie). De son côté, l'Australie a augmenté son aide jusqu'à 979 US \$, soit 60 % de l'aide globale internationale. La Nouvelle-Zélande donne aussi une aide significative de 235 millions de US \$, plus que les USA (220 millions de US \$)¹¹. En tableau, c'est très parlant géopolitiquement. La France donne pour ses ressortissants, ses territoires, son armée, son drapeau. C'est du *hard power*. La francophonie ne représente pourtant que 2 % de la population océanienne (Vanuatu compris)¹².

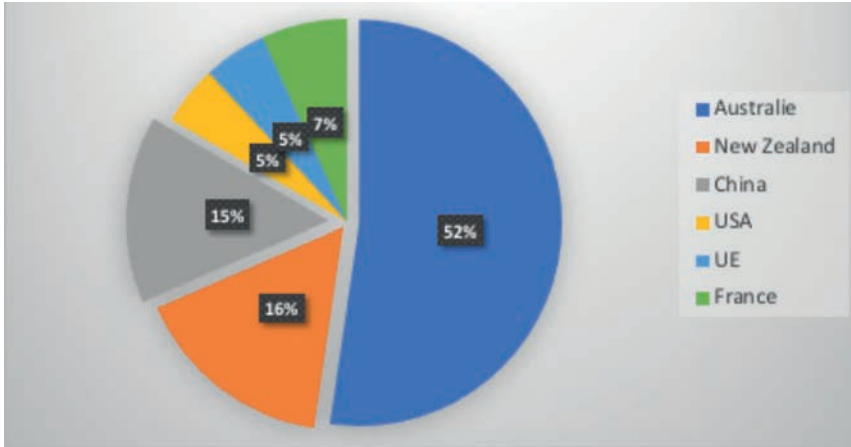
9 D. Fisher, « Rhétorique et réalité : les collectivités françaises et leurs voisins du Pacifique Sud », *Le journal de la Société des Océanistes*, n° 140 (Janvier-juin 2015), p. 43.

10 N. Kitano et Y. Harada, "Estimating China's Foreign Aid 2001-2013", JICA Research Institute, June 2014

11 Source <https://chineseaidmap.lowyinstitute.org>.

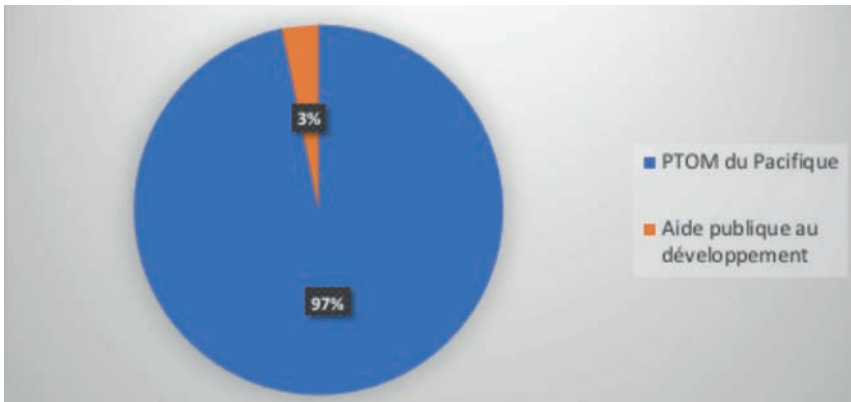
12 E. Berg, « France, l'horizon Pacifique », *Géoéconomie* 2013/1 (n° 64), p. 212.

Graphique 1 : Aide publique au développement en Océanie. Grands donateurs 2016.



Source OCDE

Graphique 2 : La dépense publique française en Océanie

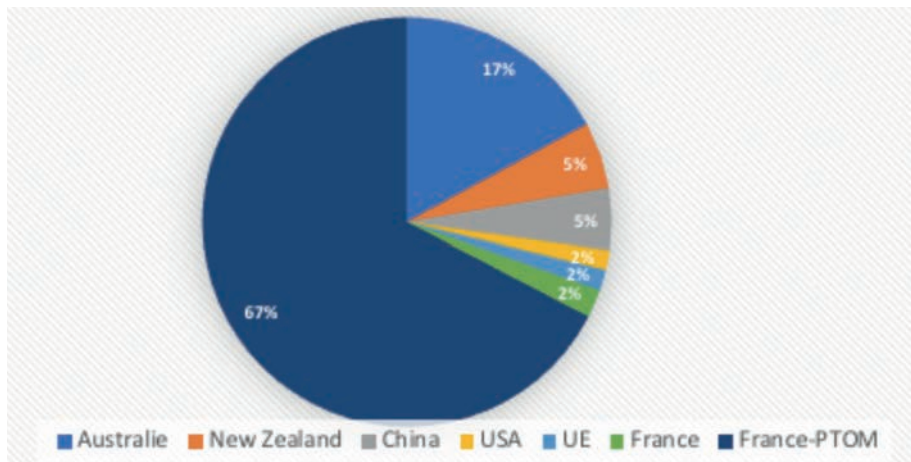


Source : Rapport d'information au Sénat n° 222 (2016-2017)

À quoi tout cela sert-il ? Juste un exemple... Tout le monde a en tête le nouveau wharf construit par la Chine à Luganville sur l'île de Santo à Vanuatu pour un montant de 114 millions AUS (8,6 milliards de FCFP). En mai 2016, Pékin a obtenu un petit succès diplomatique dans son différend territorial concernant la mer de Chine méridionale, avec le soutien du Vanuatu, État voisin dont la position géographique proche de l'Australie en fait un pays stratégique aux yeux des autorités chinoises...

Ce match Australie/Chine a des répercussions sur la politique française. L'alliance USA/Australie/Nouvelle-Zélande pour contrer l'influence chinoise a trouvé un allié naturel, la France. Ce nouvel intérêt stratégique donne un nouveau prétexte pour mettre en veilleuse la « décolonisation » et le maintien du drapeau tricolore y puise une nouvelle jeunesse...

Graphique 3 : Aide au développement en Océanie



Source : OCDE, en million US \$; données 2016

Schéma 1 : Chinese & Australian aid in the Pacific (L'aide chinoise et australienne dans le Pacifique)



Source : Australie vs Chine, le match - news.com.au¹³

13 <https://www.news.com.au/finance/work/leaders/the-truth-about-chinas-power-play-in-the-pacific/news-story/fb8e8be28d65fd4df0141d59109a230d#.kwmvvy>.

B. Le relais pris par les territoires français du Pacifique est modeste et ambigu

La France s'est réengagée activement dans le Forum des îles du Pacifique, après la fin des essais nucléaires en 1996 et la signature de l'accord de Nouméa en 1998. Il y a eu aussi des changements côté australien avec le gouvernement conservateur de John Howard, en 1996, qui a relativisé la relation traditionnelle avec les pays insulaires et réévalué celle avec les partenaires occidentaux, dont la France. Le Forum va vite s'accorder sur une ouverture aux territoires non autonomes. La Nouvelle-Calédonie devient observatrice, dès 1999, et la Polynésie française, en 2004, et Wallis-et-Futuna, en 2006. Le rapprochement aboutit en 2016 avec l'entrée de la Polynésie et de la Nouvelle-Calédonie comme membres à part entière du Forum.

Cette entrée a été débattue, y compris en interne en Nouvelle-Calédonie ; Roch Wamytan écrira une lettre au secrétaire général du Forum, le 5 septembre 2016, dans laquelle il dit ceci :

Il est ainsi clair que la France, au nom de sa grandeur, de sa place dans le monde, de ses intérêts supérieurs et de son rang de deuxième force navale derrière celle des USA, souhaite assurer et garder ses pouvoirs souverains en Nouvelle-Calédonie. Ces déclarations (celles du président Hollande) expriment la ligne politique rouge de l'indépendance interdite que la France met en œuvre. Parfois, sous la couverture de démocratie, nous sont révélées les manœuvres d'un État qui essaie d'assurer sa domination tout en se présentant sous le meilleur jour devant la communauté internationale. Il est pour nous, hors de question pour l'instant et tant que la Nouvelle-Calédonie n'est pas indépendante, qu'elle puisse obtenir le statut de membre à part entière du PIF. De même, qu'il est inconcevable pour nous, en référence au Groupe Fer de lance Mélanésien (MSG), que le FLNKS puisse donner sa place au gouvernement de la Nouvelle-Calédonie. Parce qu'il laisserait à coup sûr la France entrer dans ces organisations régionales, selon le principe « du cheval de Troie ».¹⁴

Ces réserves n'ont pas suffi. Le statut d'autonomie de la Nouvelle-Calédonie et, dans une moindre mesure, celui de la Polynésie ont été pris un peu trop vite pour argent comptant.

Mais très vite, la suspicion est réapparue. Écoutons Nic Maclellan qui rend compte d'une interview donnée par le haut-commissaire, Thierry Lataste, en 2017 :

Le Haut-commissaire nous a confirmé ce que beaucoup de leaders craignaient : l'État français voit son rôle comme proposant la politique que les autorités locales vont accompagner. Les dirigeants de la Nouvelle-Calédonie ou de la Polynésie pourront agir par délégation de l'État lorsqu'ils défendront les politiques de Paris, mais ils n'auront pas cette marge de manœuvre s'ils avancent des initiatives différentes.¹⁵

Ainsi, la toute première réunion entre le réseau diplomatique français pour l'Océanie et le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie¹⁶ a été organisée à Nouméa les 16 et 17 mars 2017.

14 La lettre du 5 septembre 2016 de Roch Wamytan à Dame Meg Taylor, secrétaire générale du Forum des îles du Pacifique : http://dirgnito.over-blog.com/2016/09/question-of-the-integration-of-new-caledonia-as-a-full-member-of-the-pacific-islandsforum.html?utm_source=_ob_share&utm_medium=_ob_facebook&utm_campaign=_ob_share_auto.

15 N. Maclellan, "France and the Blue Pacific", *Asia and the Pacific Policy Studies*, ANU, March 2018, vol 5.

16 Côté Nouvelle-Calédonie, la délégation conduite par Philippe Germain était composée du vice-président de la

L'objectif de ces échanges était de définir une véritable « politique partagée » entre l'État et la Nouvelle-Calédonie en matière d'intégration régionale. Plus politiquement, il s'agissait de montrer que l'intégration régionale peut se faire sans indépendance. Les échanges ont porté sur la politique d'intégration régionale des collectivités françaises, l'intégration économique et commerciale de la Nouvelle-Calédonie dans la zone Pacifique et les moyens que l'État peut mobiliser en ce sens, la gestion durable des océans ou encore l'élaboration d'une stratégie concertée entre l'État et l'Union européenne en faveur de la Nouvelle-Calédonie. Une politique lourdement ambiguë, soulignée encore une fois par le discours du président de la République, le 5 mai 2018 au théâtre de l'Île, qui fixait ses directives.

Très vite aussi, les maladresses conjuguées d'Edouard Fritch, le président de la Polynésie française et de Philippe Germain, le président du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, qui ne cessent de se présenter comme les relais de la France dans le Pacifique, ont suscité le doute¹⁷.

Un exemple parmi d'autres. La Nouvelle-Calédonie a participé pour la première fois, les 18 et 19 mai au Japon, au sommet des Dirigeants des îles du Pacifique. Philippe Germain va défendre l'axe Indo-Pacifique récemment prôné à Nouméa par Emmanuel Macron. Voici ce qu'on trouve sur le site du Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie :

*Quelques jours après la visite du président de la République Emmanuel Macron en Australie et en Nouvelle-Calédonie, l'heure est au renforcement de l'influence française dans la région, notamment par l'intermédiaire des PTOM, avec la Nouvelle-Calédonie comme tête de pont de la France, voire de l'Europe. Au Japon, Philippe Germain réaffirmera l'adhésion totale de la Nouvelle-Calédonie à un axe Indo-Pacifique libre et ouvert.*¹⁸

De même, les deux présidents, Germain et Fritch, aiment à présenter leurs collectivités comme un pont entre l'Union européenne et les autres pays insulaires. Ce qui leur vaut cette remarque acerbe de Nic Maclellan : « Ce qui est loin d'être clair, c'est comment le fait que la Calédonie et la Polynésie française soient associées à l'UE puisse créer le moindre mécanisme qui permette aux États insulaires indépendants de coopérer autrement avec l'Europe »¹⁹.

La France peut-elle appliquer les résolutions de l'ONU ?

province Nord, Victor Tutugoro, et de Bernard Deladrière, membre du gouvernement en charge notamment de la francophonie. Côté État siégeaient, outre le Haut-commissaire, Jules Irrmann, chef de la mission Océanie au ministère des Affaires étrangères et du développement international, Christian Lechervy, ambassadeur de France auprès de la Communauté du Pacifique (CPS), Secrétaire permanent pour le Pacifique, Florence Jeanblanc-Risler, ambassadeur de France en Nouvelle-Zélande, Michel Djokovic, ambassadeur de France à Fidji, et Christina Angelidis, conseillère politique à l'ambassade de France en Australie.

17 L'année 2017 a néanmoins été un grand cru diplomatique pour la Nouvelle-Calédonie. Alors que la Nouvelle-Calédonie a récemment rejoint le Vanuatu au sein de l'Organisation internationale de la francophonie, au cours de la 39^e session de la conférence générale de l'Unesco qui se tenait à Paris le 30 octobre 2017, la Nouvelle-Calédonie a été accueillie par acclamation comme membre associé de l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science et la culture (Unesco). Une décision adoptée à l'unanimité des 195 membres qui permet au pays d'intégrer pour la première fois une organisation intergouvernementale mondiale de l'ONU. La Nouvelle-Calédonie est également la première communauté française d'outre-mer à devenir membre associé à l'Unesco.

18 <https://gouv.nc/actualites/17-05-2018/laxe-indo-pacifique-sinvente-au-japon>

19 N. Maclellan, "France and the Blue Pacific", *loc. cit.*

II. LA FRANCE DOIT ACCOMPAGNER ACTIVEMENT LA DÉCOLONISATION

Même si beaucoup de signaux contraires nous sont donnés qui font douter de la sincérité française à appliquer parfaitement les résolutions de l'ONU, ce qui tranche avec l'attitude ouverte de nos voisins anglo-saxons du Pacifique, on peut quand même étudier l'hypothèse de l'accompagnement.

La France doit faire le pas de sa modernisation politique et accompagner activement en proposant par elle-même. Et cette proposition passe par un partenariat comme ont su le faire les autres puissances administrantes du Pacifique Sud. Bref, passer du *hard power* au *soft power* dans la région.

A. L'État-associé est la formule la plus usitée

C'est une voie universelle largement recommandée par l'ONU. La différence entre « l'État-associé », formule reconnue par l'ONU, et le « partenariat » vient des considérations du rapport de Jean Courtial et Ferdinand Mélin-Soucramanien, remis en octobre 2013. Les deux co-auteurs préfèrent oublier pudiquement l'article 88 de la Constitution, estimé paternaliste et déprécié. Ce choix des mots permettrait une adaptation du discours à une réalité française plutôt que le copier-coller anglo-saxon. Et l'oubli pudique du plan Pisani... Mais la convention de partenariat, soulignent-ils, est une modalité de l'indépendance. Elle aurait dans cette hypothèse une double nature, acte juridique international d'État à État et acte juridique interne déclinée dans chacune des Constitutions²⁰. C'est précisément la formule de l'État-associé.

Les îles Cook (17 500 habitants) ont choisi cette voie en 1965 en devenant le premier État associé à la Nouvelle-Zélande. Niue (1 612 habitants) a ensuite fait de même en 1974, avant d'être suivie par les îles Marshall (53 000 habitants) et les États fédérés de Micronésie (105 000 habitants) qui se sont associés aux États-Unis en 1986. Enfin, les îles Palaos (21 300 habitants) sont devenues le troisième État associé aux États-Unis en 1994.

Les territoires sous souveraineté française demeurent globalement un anachronisme. Qui n'est pas indépendant dans la grande région Pacifique ?

Côté Pacifique Sud, on songe à Tokelau (1 337 habitants et 6 000 résidents en Nouvelle-Zélande), qui dépend encore de la Nouvelle-Zélande. Helen Clark, Premier ministre de Nouvelle-Zélande de 1999 à 2008, a souhaité faire évoluer les relations entre Wellington et Tokelau. C'est la puissance administrante qui s'investit dans son obligation internationale. L'idée était d'arriver à un traité de « libre association » comparable à celui existant déjà entre la Nouvelle-Zélande et les îles Cook ou Niue. Un accord conjoint sur les principes de partenariat a été signé en présence du gouverneur général en novembre 2003. Le premier référendum eut lieu du 11 au 15 février 2006. Le « oui » recueillit 60,07 % des suffrages exprimés. Insuffisant au regard de l'exigence constitutionnelle des 2/3 des suffrages exprimés. Un second eut lieu du 20 au 24 octobre 2007 en présence d'observateurs des Nations unies. Il

20 J. Courtial et F. Mélin-Soucramanien, « Réflexions sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie », octobre 2013, p. 38, Rapport au Premier ministre, Collection des grands rapports officiels, Vie publique..

n'y eut « que » 446 « oui » sur 692 suffrages exprimés (64,4 %), manquant d'assez peu les deux tiers exigés. En conséquence, le gouvernement néo-zélandais annonça qu'il respecterait la décision du peuple tokelauan.

Il reste aussi Pitcairn, l'île mythique britannique aux 67 habitants, descendants des mutinés du Bounty et de leurs femmes polynésiennes, accessible uniquement par bateau depuis l'archipel des Gambier de la Polynésie française. Sa Constitution de 2010 en a fait une démocratie représentative, la plus petite du monde, avec un conseil et un gouverneur. Les compétences régaliennes relèvent de la Grande-Bretagne, qui en déléguerait bien la gestion à la Nouvelle-Zélande. Pitcairn a fait dire à Jean-Baptiste Manga, « le droit des peuples peut aussi avoir un autre versant, celui du droit à ne pas être un État »²¹.

Les Samoa américaines²², territoire américain aux 55 000 habitants à l'ouest des îles Cook et à l'est de Wallis-et-Futuna, sont particulièrement intéressantes et ont une histoire compliquée. Les Samoa sont partagées entre l'Allemagne et les USA en 1899. La partie est deviendra les Samoa dites américaines et la partie ouest, passée sous mandat néo-zélandais en 1914, l'État indépendant des Samoa. Les habitants possèdent la nationalité américaine (*American nationals*), mais pas la citoyenneté (*American citizens*). Cela signifie qu'ils disposent de la libre circulation sur le territoire des États-Unis mais pas du droit de vote pour l'élection présidentielle américaine ou la chambre des représentants. Le président américain est chef de l'État et le pays a sa Chambre des représentants et son Sénat ainsi qu'un gouverneur élu par le peuple pour un mandat de 4 ans. Ce qui nous intéresse dans les Samoa américaines est leur volonté de ne pas devenir un État indépendant. Comme la Nouvelle-Calédonie ; et pourtant, il pèse sur les USA comme sur la France une obligation d'agir.

B. L'accompagnement actif est une obligation internationale

Il ne s'agit pas en effet que d'une « bonne volonté » dépendant de la seule puissance administrante. C'est une obligation internationale de pédagogie de l'émancipation. Les résolutions de l'ONU rappellent constamment que la puissance administrante doit, au-delà de l'organisation technique de la consultation, mettre au point des programmes d'éducation politique dans le pays afin de faire prendre conscience à la population de la Nouvelle-Calédonie de son droit à l'autodétermination compte tenu des différents statuts envisageables et conforme aux principes de l'Organisation²³.

Or, ce n'est pas cela qu'on constate. La France, si elle cherche à réussir techniquement la consultation, et cela pour la seule Nouvelle-Calédonie, souhaite de plus en plus ouvertement son échec politique. *A contrario*, la Nouvelle-Zélande s'est politiquement beaucoup impliquée dans la réussite du statut d'association. Elle a fait campagne pour le « oui ».

21 J.-B. Manga, « Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes en droit et en relations internationales contemporaines : étude comparée de la Nouvelle-Calédonie et du Nuanut' », thèse soutenue le 25 février 2013, p. 138. Cette thèse a été publiée en 2014 sous le titre : *Des pérégrinations du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes – Nouvelle-Calédonie – Nunavut*, Éditions L'Harmattan, collections Portes océanes.

22 Les Samoa américaines ont le statut d'observateur au Forum des îles du Pacifique.

23 On prendra pour exemple la résolution n° AC.109.2014 de l'Assemblée générale du 26 juin 2014, points n° 5 et 6. Il s'agit de formules sur l'obligation de pédagogie souvent répétées dans les résolutions.

Les indices de ce souhait d'échec sont nombreux : la question sèche et clivante²⁴ du 4 novembre n'a été adossée à aucune proposition de partenariat ou d'État associé, comme ont su le faire les autres puissances du Pacifique pour convaincre leurs populations d'un « oui » qui ne soit pas un oui de rupture. La validation de la fraude sur le corps électoral provincial lors du comité des signataires du 4 février 2016²⁵, la noyade démographique du peuple kanak²⁶ y compris, même dans le corps référendaire, le discours du président restent des éléments de fort doute.

Côté non indépendantistes, Philippe Gomès, député de la Nouvelle-Calédonie, a annoncé un programme qu'on peut résumer en quelques mots : inutile de respecter l'irréversibilité constitutionnelle à l'issue de la consultation. Il faudra rouvrir le corps électoral, changer la clé de répartition, changer le mode de scrutin en donnant plus de sièges au Sud et, s'agissant des indépendantistes, qu'ils « fassent le deuil de l'indépendance »²⁷. Il n'est pas de responsable français qui ne se déplace en faisant connaître sa préférence pour la France d'outre-mer.

On peut rappeler la visite des trois sénateurs Les Républicains autour de Bruno Retailleau, fin mai 2018, ou de Manuel Valls, président de la mission parlementaire sur l'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, accompagné de Christian Jacob, en février 2018 au Congrès, qui déclare alors : « Je suis très attaché à ce lien entre la Nouvelle-Calédonie et la France et je souhaite que la Nouvelle-Calédonie reste avec la France »²⁸.

La victoire à la consultation et la défaite des indépendantistes ne régleront rien. Il n'y aura que des perdants. Les indépendantistes, parce qu'ils n'auront pas atteint leur objectif, les non indépendantistes parce qu'ils ne pourront appliquer aucune de leurs promesses, sauf à rouvrir les désordres. Parmi ces promesses, sortir de la décolonisation.

Peut-on sortir de la décolonisation, à l'issue du vote ? Les non indépendantistes ne doivent pas s'enfermer dans des politiques sans issue. Peut-on sortir de la liste de l'ONU ? Les Samoa américaines, comme la Polynésie française, l'ont cherché. Cela passerait dans les deux cas par une demande de désinscription : Édouard Fritch, le président de la Polynésie française, a introduit le 3 octobre 2016, par le biais de la délégation de Papouasie-Nouvelle-Guinée à l'ONU une demande de retrait de la Polynésie de la liste des territoires non autonomes à décoloniser. Les Samoa américaines l'avaient fait en 2001. Dans les deux cas, l'Assemblée générale ne l'a pas permis.

Pour la Polynésie comme pour les Samoa américaines, on se référera aux résolutions du même 6 décembre 2016²⁹, adoptées immédiatement après la demande de désinscription de la

24 M. Chauchat, « Une question sèche et clivante », *AJDA*, n° 15/2018 du 23 avril 2018, p. 1.

25 M. Chauchat, « La fraude à la sincérité du corps électoral en Nouvelle-Calédonie », *Jus Politicum*, n° 13-2015.

26 Constamment dénoncée par les indépendantistes et notée dans les résolutions de l'ONU ; on se reportera par exemple à la résolution n° AC.109.2014 de l'Assemblée générale du 26 juin 2014, point n° 11 sur « les flux migratoires incessants ».

27 Ph. Gomès, « Pour que continue à vivre le « rêve calédonien » », *Revue juridique, politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, 2018 n° 31, p. 21.

28 <https://la1ere.francetvinfo.fr/nouvelle-caledonie-independantistes-colere-apres-prises-position-mission-valls-562097.html>.

29 Résolution adoptée par l'Assemblée générale le 6 décembre 2016, 71^e session, n° A/RES/71/120 – Question de la Polynésie française ; n° 71/108 – Question des Samoa américaines.

Polynésie, et qui s'expriment dans des termes quasi-identiques :

- 1. Réaffirme le droit inaliénable du peuple de la Polynésie française (des Samoa américaines) à l'autodétermination, conformément à la Charte des Nations unies et à sa résolution 1514 (XV) contenant la déclaration sur l'octroi de l'indépendance aux pays et aux peuples coloniaux ;
- 2. Réaffirme qu'en fin de compte c'est au peuple de la Polynésie française (des Samoa américaines) lui-même qu'il appartient de déterminer librement son futur statut politique, conformément aux dispositions applicables de la Charte, de la Déclaration et de ses résolutions pertinentes, et, à cet égard, demande à la puissance administrante d'agir en coopération avec le gouvernement du territoire et les organes compétents du système des Nations unies pour mettre au point des programmes d'éducation politique dans le territoire afin de faire prendre conscience au peuple de la Polynésie française (des Samoa américaines) de son droit à l'autodétermination, compte tenu des différents statuts politiques légitimes envisageables sur la base des principes clairement définis dans sa résolution 1541 (XV) et les autres résolutions et décisions pertinentes ;
- Pour la Polynésie, point 8. Prie la puissance administrante d'intensifier son dialogue avec la Polynésie française afin de favoriser la mise en place rapide d'un processus d'autodétermination équitable et effectif, dans le cadre duquel seront arrêtés le calendrier et les modalités de l'adoption d'un acte d'autodétermination ;
- Pour les Samoa américaines, point 2. Réaffirme également que, s'agissant de la décolonisation des Samoa américaines, le principe de l'autodétermination est incontournable et qu'il constitue aussi un droit fondamental consacré par les conventions pertinentes relatives aux droits de l'homme ;
- 9. Prie le comité spécial de poursuivre l'examen de la question du territoire non autonome de la Polynésie française (des Samoa américaines) [...].

Que retrouve-t-on dans ces résolutions ? Que le droit à l'autodétermination est *inaliénable* et que la puissance administrante doit *accompagner et éduquer* positivement ces populations à l'autodétermination, attitude que l'ONU avait saluée pour la Nouvelle-Zélande en 2001³⁰. On est très éloigné de l'attitude française qui, pour la seule Nouvelle-Calédonie, satisfait formellement à l'organisation technique de la consultation, tout en organisant son échec politique.

Il faut donc choisir volontairement et consensuellement une solution pérenne. Le partenariat pour les territoires français peut être cette solution pérenne. Mais, comment le réussir ?

C. Le partenariat est la formule la plus prometteuse

D'abord, parce que c'est demandé depuis l'origine, tant en Polynésie française qu'en Nouvelle-Calédonie. Jean-Marie Tjibaou, qui avait engagé le pays dès 1988 dans la voie longue d'une indépendance préparée et négociée, tempérait : « La souveraineté, c'est le droit de choisir ses partenaires ; l'indépendance, c'est le pouvoir de gérer la totalité des besoins créés par la colonisation, par le système en place. [...] C'est la souveraineté qui nous donne le droit de négocier les interdépendances »³¹. Il introduisait la nuance de la dichotomie sémantique entre indépendance autarcique qui fait peur et souveraineté qui rassemble, à laquelle la question

30 <https://www.un.org/press/fr/2001/AGCOL190.doc.htm>.

31 *Les temps modernes*, n° 464, mars 1985.

clivante vient précisément de mettre fin. Le projet de l'Union nationale pour l'indépendance, issu des travaux du Palika et publié en mars 2017, expose ceci :

Pour sortir de la colonisation française par le haut, un accord de partenariat entre KNC et la France est une nécessité politique et une perspective logique. Cet accord lierait les deux États souverains sur des bases nouvelles dont le fondement trouve sa source dans la continuité du processus de décolonisation initiée avec l'État français pour accompagner l'émergence du nouvel État. Ce schéma est souvent comparé à celui d'une indépendance-association proposée par Edgard Pisani en janvier 1985. Il est toujours combattu par la droite coloniale alors même que les termes du débat ont considérablement changé sur le plan statutaire suite à l'accord de Nouméa de 1998. Pourtant, le mouvement pour l'indépendance n'avait pas exclu cette solution qu'il a toujours réitérée, notamment lors des différentes négociations de 1988 et 1998. Cette solution est même prévue depuis 1995 dans la Constitution française puisque son article 88 dispose que « la République peut conclure des accords avec des États qui désirent s'associer à elle pour développer leurs civilisations ».³²

Si l'Union calédonienne, formellement, ne reprend pas la proposition de partenariat, c'est parce qu'elle attend la proposition de l'État et ne souhaite pas conclure une négociation avant de l'avoir entamée.

En Polynésie française, tant Gaston Flosse qu'Oscar Temaru ont songé à copier le régime d'association de leur voisine les Cook. Début août 2005, comme le rappelait Alex W. du Prel :

Aux îles Cook, Oscar Temaru demanda, avec une pointe d'humour, à l'ambassadeur de France en Nouvelle-Zélande, Jean-Michel Marlaud, de « fermer ses yeux et boucher ses oreilles » avant de déclarer que « nous voulons avoir la même autonomie que celle que vous avez » en parlant du statut d'État associé des îles Cook. Pourtant il répétait là le même souhait qu'avait déjà exprimé l'ancien président Flosse en 1996, ce qui alors n'avait ému personne.³³

On peut aussi se souvenir de la proposition de « délégation de souveraineté » de Guy Agniel³⁴ qui était d'utiliser le concept de l'acte conjoint (*Joint Declaration*), qui est au cœur des émancipations dans le Pacifique.

Si le partenariat est la formule la plus prometteuse c'est, ensuite, parce qu'il concrétise le destin commun. Léa Havard a démontré que ce régime correspondait aux besoins « d'un peuple complexe »³⁵, c'est-à-dire un peuple, au sens juridique, dont l'identité est double en ce qu'il s'identifie à la fois à l'État associé et à l'État partenaire. Plusieurs éléments juridiques traduisent cette double identité. Le premier d'entre eux réside dans la reconnaissance du pluralisme juridique. Tous les États associés admettent la coexistence de l'ordre juridique coutumier originaire avec l'ordre juridique étatique issu de la colonisation. En outre, les États

³² « Kanaky-Nouvelle-Calédonie, un État souverain en Océanie », contribution de l'UNI à la détermination de l'avenir politique et institutionnel de la Nouvelle-Calédonie, p. 100 et suivantes.

³³ A. W. du Prel, *Tahiti-Pacifique*, n° 170, Juin 2005 <http://archives.tahiti-pacifique.com/98-173/display.html>.

³⁴ G. Agniel, « Du droit à la bouderie à la délégation de souveraineté », <https://larje.unc.nc/fr/du-droit-a-la-bouderie-a-la-delegation-de-souverainete/>.

³⁵ L. Havard, « L'État-associé : recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud », thèse soutenue le 14 novembre 2016, n° 92 et suivants notamment.

associés reconnaissent le pluralisme linguistique. Leur Constitution consacre toujours deux langues officielles : la langue océanienne et la langue issue de la colonisation, autrement dit l'anglais. Enfin, il peut y avoir un partage de nationalité entre l'État associé et l'État partenaire. Les îles Cook et Niue ont ainsi choisi d'adopter la nationalité néo-zélandaise, à laquelle ils peuvent renoncer, plutôt que de créer la leur.

Ce partenariat, enfin, est la formule de la souveraineté. Pour reprendre encore l'analyse de Léa Havard³⁶, en choisissant de s'associer à un État partenaire, le nouvel État associé exprime sa qualité d'État souverain. Il gère ses affaires internes de façon autonome et il existe comme un État à part entière sur la scène internationale. Enfin, l'État associé a la capacité juridique de reprendre unilatéralement les compétences déléguées à l'État partenaire. Ce pouvoir unilatéral de révocation de l'association constitue la pierre angulaire du statut d'État associé en ce qu'il est la garantie de sa souveraineté. La nature hybride de la Constitution associative, qui, selon Léa Havard, ressort de son contenu même, fournit beaucoup de garanties. Elle comporte en effet deux types de dispositions distinctes. Certaines portent sur l'organisation interne de l'État associé, à l'instar de toute autre Constitution. D'autres dispositions organisent l'association avec l'État partenaire et remplissent les critères de définition du traité. Elles reposent sur le consentement mutuel de l'État associé et l'État partenaire, lesquels constituent deux sujets de droit international distincts, et cet accord d'association a force obligatoire. Cela permet de surmonter le problème du maintien d'un lien de rattachement de la Nouvelle-Calédonie avec la France. Rien n'empêche la France de conserver à ce partenariat une référence constitutionnelle, notamment en en faisant mention au titre XIV de la Constitution³⁷.

Quelles seraient les conditions du succès d'un partenariat ?

Certains points des programmes non indépendantistes dans la France sont assez clairement incompatibles avec un partenariat acceptable par l'ONU : Octroi unilatéral d'un statut par la loi, plutôt qu'une coconstruction ; élargissement de la citoyenneté et de l'immigration métropolitaine (ou d'outre-mer) ; refus de la réversibilité de la convention d'association (la compétence de la compétence). Reprenons ces différents points :

D'abord, il faut une préparation conjointe du partenariat. Les exemples du Pacifique montrent la participation active de la puissance administrante aux discussions sur la Constitution associative, cet acte mixte. L'idée de fixer unilatéralement par la France le statut futur de la Nouvelle-Calédonie, même négocié, serait insuffisante. Un premier pas en avant pourrait être le « rapatriement » nécessaire de la loi organique au pays qui deviendrait la Constitution provisoire du pays.

La seule garantie de consultation du pays ne suffit plus, en effet, aux relations entre la France et le pays.

36 L. Havard, *ibid.*, p. 500, 602, 646, 754, 846 notamment. L. Havard, « L'État-associé du Pacifique Sud, penser l'État autrement », intervention au colloque « L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie », organisé par l'université de la Nouvelle-Calédonie, les 17 et 18 novembre 2017, Jean-Marc Boyer *et al.*, *L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie*, Nouméa, Presses Universitaires de la Nouvelle-Calédonie (PUNC), coll. Larje, 2018.

37 De la francophonie et des accords d'association.

Une anecdote... Le 15 septembre 2017, la loi organique sur la confiance dans la vie politique a été finalement votée. La Nouvelle-Calédonie étant transitoirement encore un bout de France, la nouvelle loi lui est applicable et, au prétexte de quelques transpositions, modifie sur certains points la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie. La loi organique pour la confiance dans la vie politique a en effet étendu des nouvelles règles d'incompatibilité et de transparence au président et aux membres du gouvernement, aux membres des assemblées de province et du Congrès de Nouvelle-Calédonie ainsi qu'aux représentants à l'Assemblée de la Polynésie française, mais pas nécessairement à Wallis-et-Futuna dont la modification du statut serait un *casus belli*.

On rappellera que, suivant l'article LO. 90 de la loi organique, modifiée en 2009 :

Le congrès est consulté par le Haut-commissaire : 1° Sur les projets de loi et propositions de loi et les projets d'ordonnance qui introduisent, modifient ou suppriment des dispositions particulières à la Nouvelle-Calédonie ; [...] Ces consultations doivent intervenir, au plus tard, avant l'adoption du projet de loi ou de la proposition de loi en première lecture par la première assemblée saisie. Toutefois, les avis portant sur les projets de loi qui, dès l'origine, comportent des dispositions relatives à l'organisation particulière de la Nouvelle-Calédonie doivent être rendus de façon implicite ou expresse avant l'avis du Conseil d'État.

Cette extension, qui modifie la loi organique statutaire n° 99-209 relative à la Nouvelle-Calédonie, aurait notamment requis la consultation du congrès de la Nouvelle-Calédonie, en application de l'article 77 de la Constitution et de l'article LO. 90 de la loi organique. Le congrès de la Nouvelle-Calédonie, comme d'ailleurs l'Assemblée de la Polynésie française, aurait alors disposé d'un mois pour se prononcer, délai pouvant être réduit à quinze jours en cas d'urgence et à la demande du Haut-commissaire. Il n'en a rien été.

Comment cela a-t-il été possible ? Le dispositif de consultation a été interprété par les parlementaires et le gouvernement comme n'étant pas applicable aux amendements adoptés au cours de la navette parlementaire, par l'Assemblée nationale et le Sénat. Or l'extension est officiellement introduite en commission des lois par la rapporteure du projet³⁸. Le Conseil constitutionnel avait déjà statué indirectement sur ce point³⁹, mais dans une affaire où précisément les dispositions de la loi organique avaient été maintenues. On franchit ici le Rubicon et on modifie la loi organique sans l'avis du congrès de la Nouvelle-Calédonie.

Le Conseil constitutionnel n'a rien vu à redire⁴⁰ :

Les articles [...] qui modifient les statuts de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française, prévoient des dispositions similaires à celles figurant aux articles 6 à 9 et 11 de la loi organique

38 Assemblée nationale, « Rapport n° 124 du 2 août 2017 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République pour la confiance dans la vie politique, par Mme Yaël Braun-Pivet, députée ».

39 *Cons. const., Décision n° 2016-734 DC du 28 juillet 2016*. Loi organique rénovant les modalités d'inscription sur les listes électorales des Français établis hors de France : « Par ailleurs, pour l'application de la loi organique en Nouvelle-Calédonie, sont maintenues en vigueur les dispositions législatives dans leur état antérieur à la loi rénovant les modalités d'inscription sur les listes électorales ».

40 *Cons. const., Décision n° 2017-753 DC du 8 septembre 2017*, Loi organique pour la confiance dans la vie politique, consid. 71 et suivants.

déférée pour les membres d'une assemblée de province ou du congrès de Nouvelle-Calédonie et pour les représentants à l'assemblée de la Polynésie française. Ces dispositions, qui ont été introduites par voie d'amendement en première lecture à l'Assemblée nationale, sont prises sur le fondement des articles 74 et 77 de la Constitution. Toutefois, dès lors qu'elles ont pour objet de transposer à la Nouvelle-Calédonie et à la Polynésie française, en les adaptant, des dispositions de la loi organique, elles présentent un lien avec les dispositions du projet de loi organique déposé sur le bureau du Sénat. Ces dispositions ont été adoptées selon une procédure conforme à la Constitution et y sont par ailleurs conformes.

La décision des assemblées n'a pas été prise par hasard, le rapporteur au Sénat ayant publiquement regretté que l'insertion de ces dispositions à l'Assemblée nationale par voie d'amendements puisse « être interprétée comme un contournement déplorable des obligations de consultation »⁴¹.

Le message politique est très clair à la veille de la consultation sur la pleine souveraineté du pays. Malgré les discours mille fois répétés sur l'autonomie de la Nouvelle-Calédonie, la France fait ce qu'elle veut chez elle... Et il ne faut pas compter sur les garanties qu'offrirait le Conseil constitutionnel.

Un des enjeux du futur statut du pays, après la ou les consultations et si le pays n'accédait pas encore à la pleine souveraineté, devrait être de « rapatrier » la loi organique statutaire, qui ne devrait plus pouvoir être modifiée unilatéralement par la métropole, mais par les seuls élus du pays, sans doute à une majorité renforcée, par exemple des 3/5^e du Congrès.

C'est à l'État, dans son rôle actif d'accompagnement, de le proposer, aux Calédoniens de s'en saisir et à l'État de faire une campagne pour le « Oui ». C'est pourquoi le référendum, au moins le second, devrait être accompagné d'une proposition en ce sens. La Nouvelle-Calédonie doit pouvoir librement et conjointement choisir l'indépendance avec le partenariat.

Ensuite, il faut surmonter la querelle sur la citoyenneté. Un accord doit intervenir sur la citoyenneté et le peuplement. La citoyenneté calédonienne n'est pas « la plus fermée du monde », pour reprendre le mot de Philippe Gomès⁴². On rappellera que la Cour de cassation, dans une jurisprudence de 2011 pourtant contraire à la lettre de la loi organique, a dégelé le corps électoral en permettant l'inscription par présomption à leur majorité de tous les natifs sans exiger un parent citoyen⁴³. Les indépendantistes y ont de fait consenti au comité des signataires extraordinaire du 5 juin 2015, mais ont été vite refroidis par la couverture par l'État de la fraude électorale provinciale au comité des signataires suivant du 4 février 2016⁴⁴.

41 Rapport au Sénat n° 708 (2016-2017) de M. Philippe Bas fait au nom de la commission des lois, déposé le 4 août 2017.

42 P. Gomès, « Pour que continue à vivre le rêve calédonien », *Revue juridique politique et économique de Nouvelle-Calédonie*, n° 31 p. 19.

43 Ces « jeunes, nés sur le territoire et s'étant fait recenser à 16 ans en Nouvelle-Calédonie », selon l'expression de la Cour de cassation, sont inscrits à leur majorité par présomption sur la liste spéciale provinciale du fait d'une jurisprudence de la Cour de cassation, pourtant contraire à l'article LO. 188 qui exige un parent citoyen ; Cour de cassation, n° de pourvoi D 11-60.376 du 3 novembre 2011, *Hnawia*.

44 Suivant le relevé de conclusions du comité des Signataires du 4 février 2016, « les partenaires conviennent de déclarer comme politiquement clos le litige relatif aux inscriptions, faites jusqu'en 2015, sur les listes électorales spéciales pour les élections provinciales, sous réserve du strict respect des dispositions de la loi

Pourtant, de l'imbroglie des listes électorales et des myriades de contentieux, on peut déduire l'esquisse possible du futur peuple calédonien. Autour d'un « vouloir-vivre-ensemble » constituant le destin commun (que peut traduire une « charte des valeurs partagées »), ce « peuple calédonien » comprendrait essentiellement les *natifs* du pays (Calédoniens et Kanak), auxquels s'ajouteraient les *non-natifs ayant un parent lui-même natif*, les *non-natifs arrivés avant l'accord* de Nouméa et leurs descendants, mais plus jamais automatiquement de nouveaux arrivants, à l'exception de leurs descendants nés au pays (*natifs eux-mêmes*). C'est la logique des accords politiques successifs et c'est fragile⁴⁵.

Enfin, il faut surmonter la question de la souveraineté. Le refus de la souveraineté est une ligne rouge. Elle aboutit à empêcher les solutions raisonnables. Philippe Gomès, député non indépendantiste de Nouvelle-Calédonie, l'a le mieux exprimé ; il disait le 18 novembre 2017 à l'université du pays : « Les indépendantistes kanak nous disent “vous avez volé notre pays... Rendez-le nous et on signera un accord d'association avec la France pour qu'elle exerce en notre nom les compétences régaliennes” ; on se bat en définitive pour une minute de souveraineté. Et c'est la minute dont nous ne voulons pas ! ». Sans doute faut-il revenir à la raison.

Si on veut un État associé, et non pas une collectivité infra-étatique, il faut que la Nouvelle-Calédonie, si elle peut déléguer l'exercice de sa souveraineté, puisse avoir aussi la capacité de la reprendre. Pour Léa Havard :

*L'État associé demeure souverain à la seule et unique condition qu'il puisse se ressaisir des compétences déléguées. Autrement dit, ce qui est crucial, pour cet État, c'est de conserver, non l'exercice effectif de tous les attributs de la souveraineté, mais la potentialité de leur exercice. Dans l'hypothèse contraire, l'État associé se soumettrait entièrement à la volonté de son État partenaire et perdrait sa souveraineté. La condition sine qua non du maintien de sa souveraineté réside donc dans sa capacité juridique à recouvrer unilatéralement les compétences déléguées. Le caractère révocable de la délégation se présente comme l'élément essentiel de la libre association, celui qui différencie l'État associé d'une entité non étatique.*⁴⁶

On sourit avec condescendance de Niue et des Cook, ainsi que des décolonisations néo-zélandaises, mais, si on y regarde de près, on constate que la réversibilité du contrat d'association y est présente. La Constitution des Cook prévoit pour les dispositions relatives à l'État-associé une double majorité pour les réviser : un vote du Parlement aux 2/3 et un référendum à la majorité des 2/3 des suffrages exprimés ! Le constat vaut pour Niue, avec une procédure constitutionnelle identique⁴⁷. Ne peut-on pas faire cela en Nouvelle-Calédonie ?

De fait, la révision de l'association, si elle est souveraine, est si difficile sans consensus écrasant que l'association paraît être une formule pérenne, sinon éternelle... Ces seules garanties constitutionnelles ne semblent pas suffire aux non indépendantistes. La difficulté réside en

organique du 19 mars 1999 pour les inscriptions futures ».

45 M. Chauchat, « Les modifications récentes de la loi organique sur le corps électoral en Nouvelle-Calédonie », <http://blog.juspoliticum.com/2018/02/27/les-modifications-recentes-de-la-loi-organique-sur-le-corps-electoral-en-nouvelle-caledonie-par-mathias-chauchat/>.

46 L. Havard, « L'État-associé : recherches sur une nouvelle forme de l'État dans le Pacifique Sud », *op. cit.*, n° 647.

47 Pour le détail des dispositions constitutionnelles de Niue et des Cook, on se reportera à L. Havard, *op. cit.*, n° 650 et suivants.

définitive dans le manque de confiance à long terme. Que se passerait-il en cas de coup d'État d'une communauté et suspension de la Constitution ? On pourrait songer à faire garantir la stabilité constitutionnelle par une mention, dans la partie internationale et conjointe de la Constitution associative, des principes possibles d'intervention de l'État partenaire.

En remarque finale, on peut souligner que l'avertissement souvent lancé à nos étudiants reste celui-ci : la France n'a jamais réussi une seule décolonisation. Pourquoi penser que cela puisse être possible ici ?

La France doit respecter ses obligations internationales et cesser de s'abriter derrière l'absence de consensus des élus non indépendantistes.

Les sondages montrent un risque réel de non-compréhension du résultat du référendum. La défaite des indépendantistes, affaiblis dans leurs bastions mêmes, va être expliquée dans la presse par le destin commun et la progression des idées non indépendantistes : « la nouvelle génération a changé, les femmes d'abord. Ils ne croient plus à l'indépendance et encore moins dans leurs leaders... » Mais cette explication qui rassure en cache une autre, peut-être plus dure à entendre. Le peuple kanak ne se retrouverait pas dans le discours de ses leaders sur le destin commun et le partage du pays. Le risque est celui d'un retour à une posture identitaire brutale.

L'avertissement, lancé à nouveau le 17 mai 2018⁴⁸ par Louis-José Barbançon, en tant qu'ancien de la FNSC (la Fédération pour une Nouvelle Société Calédonienne), vaut toujours. Ce qui compte aujourd'hui, c'est que les Calédoniens aient une place reconnue à la table des négociations ; si d'aventure, ils se reconnaissaient comme Français, d'abord, ce serait le retour de la confrontation binaire du peuple kanak contre son colonisateur. Ils siègeraient alors aux côtés de la France ; ce qui peut souffrir le 4 novembre prochain, c'est le destin commun. D'autant que José-Louis Barbançon ajoutait que le changement de génération pouvait être proche et brutal en passant des actuels et patients signataires, issus du monde rural et du cycle de l'igname, aux jeunes d'aujourd'hui à la culture du *tweet* et qui n'attendent pas 30 ans de plus.

La République s'est engagée en Nouvelle-Calédonie dans un processus de décolonisation progressif, pacifique et irréversible, impliquant l'ONU, et qui n'est pas tourné contre elle. La République devrait s'y engager aussi en Polynésie. Suivant le préambule de sa Constitution, « la République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international ». Nous y sommes.

48 Conférence d'Olivier Fandos, « L'émergence d'une troisième voie : la FNSC (1977-1979) », le 17 mai 2018, au centre culturel Tjibaou.

ANNEXE

Tableau 1 : Tableau des indépendances des 25 États insulaires du Pacifique

| État indépendant | Année de l'indépendance | Puissance administrante |
|---------------------------------------|--|--|
| Australie | 1901 (<i>Commonwealth of Australia, Dominion</i>), 1931 (<i>Statute of Westminster</i>) et 1986 (<i>Australia Act</i>) | Royaume-Uni |
| Nouvelle-Zélande <i>Aotearoa</i> | 1907 (<i>Dominion</i>), 1947 (<i>Statute of Westminster</i>) et 1986 (<i>Constitution Act</i>) | Royaume-Uni |
| Samoa | 1962 | Nouvelle-Zélande |
| Îles Cook | 1965 (libre association) | Nouvelle-Zélande |
| Nauru | 1968 | Australie, Nouvelle-Zélande et Royaume-Uni |
| Tonga | 1970 (ex-protectorat) | Royaume-Uni |
| Fidji | 1970 | Royaume-Uni |
| Niue | 1974 (libre association) | Nouvelle-Zélande |
| Papouasie-Nouvelle-Guinée | 1975 | Australie |
| Îles Salomon | 1978 | Royaume-Uni |
| Tuvalu | 1978 (<i>ex Ellice Islands</i>) | Royaume-Uni |
| Kiribati | 1979 (<i>ex Gilbert and Ellice Islands Colony</i> avec Tuvalu) | Royaume-Uni |
| Vanuatu (<i>Nouvelles-Hébrides</i>) | 1980 | France et Royaume-Uni (<i>Condominium</i>) |
| Îles Marshall | 1986 (libre association) | USA |
| États fédérés de Micronésie | 1986 (libre association) | USA |
| Palau (<i>Palaos, Belau</i>) | 1994 (libre association) | USA |
| Nouvelle-Calédonie | Prise de possession en 1853, Territoire d'Outre-mer en 1946, inscrit sur la liste ONU des pays à décoloniser (1986) | France |
| Polynésie française | Protectorat en 1843, territoire d'outre-mer en 1946, demande d'inscription en cours sur la liste ONU des pays à décoloniser (2011) | France |
| Wallis-Et-Futuna | Protectorat en 1887, territoire d'outre-mer en 1961 | France |
| Pitcairn | Territoire britannique, inscrit sur la liste ONU des pays à décoloniser | Royaume-Uni |

| | | |
|-------------------|---|------------------|
| Tokelau | Dépendance autonome, inscrite sur la liste ONU des pays à décoloniser | Nouvelle-Zélande |
| Guam | Territoire non incorporé, inscrit sur la liste ONU des pays à décoloniser | USA |
| Samoa américaines | Territoire non incorporé, inscrit sur la liste ONU des pays à décoloniser | USA |
| Mariannes du Nord | Territoire organisé non incorporé des USA (1976) | USA |
| Hawaii | 50 ^e État fédéré des USA (21 août 1959) | USA |

LA REPRÉSENTATION DES ÎLES DU PACIFIQUE SUR LA SCÈNE INTERNATIONALE ET LE POSITIONNEMENT DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

Caroline Gravelat

Université de la Nouvelle-Calédonie, Larje

236

La sous-région Océanie comprend vingt-quatre entités, États ou territoires aux situations institutionnelles très diverses¹ : quatorze États souverains, dont les États les moins peuplés du monde et quatre inscrits sur la liste des PMA² ; deux États autonomes en libre association avec un États souverain et cinq territoires autonomes. Les quatorze États souverains sont membres des Nations unies³ et représentent près de 8 % des sièges de l'organisation. Si cette représentativité à l'ONU constitue une force, la région reste très vulnérable et soumise à des contraintes fortes, comme nous l'avons vu tout au long de ce colloque.

*En Océanie, les années à venir seront marquées par des défis de taille. Dans son développement, la région doit en effet composer avec une géographie difficile, l'absence d'effet d'échelle, ainsi que la confluence de diverses problématiques transversales communes à l'ensemble de la région, telles que le changement climatique, les catastrophes naturelles, les maladies non transmissibles, l'égalité entre les sexes et l'emploi des jeunes, auxquelles vient se superposer un large éventail de priorités nationales urgentes.*⁴

Dans le cadre de ce colloque, il m'est demandé de m'exprimer sur la représentation de l'Océanie sur la scène internationale et plus particulièrement celle de la Nouvelle-Calédonie. Mon intervention s'inscrit ainsi dans le 4^e axe décliné ainsi : Quelle est la nature des liens unissant une partie des îles du Pacifique avec d'autres États ? Comment s'institutionnalise leur coopération ? Comment sont-ils représentés sur la scène internationale ? Quel est leur avenir institutionnel ?

Pour appréhender le positionnement de la Nouvelle-Calédonie dans ce concert régional, l'approche globale m'a semblé être la plus éclairante. Ceci, à la fois pour montrer que les actions de la Nouvelle-Calédonie s'inscrivent dans un cadre préexistant et pour mettre en lumière la particularité de sa situation, non pas finalement d'un point de vue strictement juridique mais surtout d'un point de vue économique et géopolitique, de par ses liens avec la France.

1 Les 14 États souverains : Australie, Nouvelle-Zélande, îles Fidji, Kiribati, Nauru, Papouasie-Nouvelle-Guinée, îles Salomon, Samoa, Tonga, Tuvalu, Vanuatu ainsi que les îles Marshall, Palaos et les États fédérés de Micronésie qui sont en libre association avec les États-Unis et qui siègent à l'ONU. Les deux États autonomes en libre association avec la Nouvelle-Zélande, les îles Cook et Niue, non-membres de l'ONU. Les 8 territoires autonomes : Samoa Américaines, Polynésie française, Guam, Nouvelle-Calédonie, îles Mariannes du Nord, Tokelau, Wallis et Futuna, et Pitcairn.

2 Le Vanuatu, les îles Salomon, Tuvalu, Kiribati (le Samoa en étant sorti en 2014).

3 Sont membres de l'ONU, les îles Fidji (1970), PNG (1975), Samoa (1976), les îles Salomon (1978), Vanuatu (1981), États fédérés de Micronésie (1991), Îles Marshall (1991), Palaos (1994), Kiribati (1999), Nauru (1999), Tonga (1999), Tuvalu (2000) ainsi que l'Australie et la Nouvelle-Zélande.

4 Colin Tukuitonga, Directeur Général de la Communauté du Pacifique, Plan stratégique 2016-2020, avant-propos, en ligne : <https://www.spc.int/sites/default/files/.../wp.../12/Plan-strategique-2016-2020.pdf>

Cette situation conduit la Nouvelle-Calédonie à développer une stratégie spécifique à l'égard de la région, en s'affirmant au fil du temps comme acteur régional à part entière, autonome vis-à-vis de sa puissance administrante. L'examen des caractères des relations extérieures des États et territoires de la région amène nécessairement à quelques réflexions sur les différentes situations statutaires susceptibles d'accompagner le débat à l'heure où la Nouvelle-Calédonie est confrontée à un choix vertigineux quant à son avenir.

I. L’AFFIRMATION D’UNE RÉGION GÉOPOLITIQUE PAR LA STRUCTURATION DU DIALOGUE ET DE LA SOLIDARITÉ

Dans un contexte de décolonisation relativement tardive des territoires du Pacifique, la structuration d'un groupe régional et l'émergence d'une identité océanienne se sont développées depuis la seconde partie du XX^e siècle, d'abord au travers de structures mises en place par les puissances occidentales, puis dans le cadre d'organisations d'impulsion océanienne.

A. Au travers d'organisations créées par les puissances occidentales

1. La communauté du Pacifique ou la coopération technique sur les enjeux régionaux

La première organisation exclusivement consacrée à l'Océanie est la Communauté du Pacifique (CPS), créée en 1947⁵ et appelée Commission du Pacifique Sud, sur impulsion de Wellington et Canberra, avec le soutien des États-Unis, de la France, des Pays-Bas et du Royaume-Uni, puissances dotées de responsabilités constitutionnelles dans la région. L'initiative répond au souci occidental de garantir la stabilité régionale. L'organisation est apolitique, dédiée au développement économique et social des archipels⁶.

Conscients qu'il s'agit du seul lieu ou cadre leur permettant de se retrouver à échéances régulières, les représentants océaniens s'entendent rapidement pour contester d'une part le mode de prise de décision, qui leur laisse peu de place et d'autre part l'impossibilité d'y traiter de sujets politiques.

Les Pays-Bas et le Royaume-Uni se retirent suite à l'accession à l'indépendance des territoires qu'ils administrent. Parallèlement, les nouveaux États constitués adhèrent à l'organisation⁷ suite à la modification des statuts en 1965.

Les Océaniens investissent pleinement l'organisation et finissent par en occuper les postes de direction. Lors de la conférence du Pacifique Sud organisée en 1983 à Saipan (îles Mariannes du Nord), tous les États et territoires relevant de la compétence de la CPS en sont reconnus comme des membres votants et, ce, sur un pied d'égalité quel que soit leur statut politique⁸.

5 Convention de Canberra du 6 février 1947 signée par l'Australie, la France, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis, les Pays-Bas et le Royaume-Uni. En ligne : <https://www.spc.int/fr/documentation>

6 S. Mohamed-Gaillard, *Histoire de l'Océanie de la fin du XVII^e siècle à nos jours*, Paris, Armand Colin, 2010, p. 178 et s.

7 Le Samoa est le premier État insulaire à devenir membre de l'organisation, suite à son accession à l'indépendance en 1962.

8 Résolution adoptée par la 23^e conférence du Pacifique Sud qui s'est tenue à Saipan, îles Marianne du Nord, du 1^{er} au 7 octobre 1983. La CPS passe de 13 à 27 membres. Aujourd'hui, elle compte 26 membres : Samoa américaines,

L'organisation prend le nom de Communauté du Pacifique.

Le champ d'action de la CPS, principale organisation scientifique et technique au service du développement en Océanie, demeure la coopération en matière socio-économique. Son expertise est particulièrement reconnue dans des domaines tels que les pêches, la surveillance de la santé publique, la géoscience ou encore la conservation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Elle concentre également son énergie sur les grandes questions transversales telles que l'impact des changements climatiques ou la gestion des risques de catastrophes naturelles. Elle met en place des stratégies conjointes avec chacun des vingt-deux États et territoires insulaires afin de privilégier des axes de coopération pour les années à venir (programme pays).

À titre d'exemple, en 2017, l'organisation a conclu un accord stratégique avec l'Agence Internationale de l'Énergie Atomique (AIEA) pour permettre aux petits États insulaires du Pacifique d'avoir accès à la technologie nucléaire pour leur développement, notamment dans le domaine médical⁹.

Au-delà de ces coopérations techniques répondant aux besoins des peuples d'Océanie, la CPS sert de creuset à la naissance d'une identité régionale qui cherchera à s'affirmer et s'épanouir dans un cadre plus politique et plus océanien.

La Nouvelle-Calédonie, membre de la CPS depuis 1983, accueille le siège de l'institution depuis 1949. Ce privilège lui confère une place particulière et surtout une capacité de rayonnement remarquable. Si son implication dans les travaux de l'organisation s'accroît avec son niveau d'autonomie, suivant l'évolution institutionnelle qu'elle a connue depuis 30 ans, sa crédibilité en tant qu'interlocutrice sur des sujets techniques, tels que la pêche et plus globalement la protection et l'exploitation de la ZEE ou la gestion des risques de catastrophes naturelles, s'affirme à mesure des transferts de compétences dont elle bénéficie.

Cet engagement régional croissant de la Nouvelle-Calédonie trouve une consécration en 2017, avec la prise de présidence de la conférence pour deux années, à un moment symboliquement important puisqu'il s'agit du 70^e anniversaire de l'organisation.

2. Le PROE (Programme Régional Océanien pour l'Environnement) et le besoin de prise en compte de l'environnement physique et géographique

Lors d'un séminaire intergouvernemental sur la protection de la nature, organisé en 1969 à Nouméa, les participants ont émis le souhait de voir se créer dans le Pacifique Sud une organisation régionale chargée des questions d'environnement. Est donc mis en place en 1974 un modeste programme sur l'environnement qui s'est progressivement développé sous la forme

Australie, îles Cook, État fédérés de Micronésie, Fidji, France, Polynésie française, Guam, Kiribati, îles Marshall, Nauru, Nouvelle-Calédonie, Nouvelle-Zélande, Pitcairn, Samoa, îles Salomon, Tokelau, Tonga, Tuvalu, États-Unis, Vanuatu et Wallis-et-Futuna.

⁹ Voir Actus Web sur le site de la CPS, « Célébration de la réussite de la Communauté du Pacifique – Le CRGA 47 et la 10e Conférence, deux sessions à marquer d'une pierre blanche », 10 août 2017. En ligne : <http://www.spc.int/fr/actualite/actus-web/2017/08/celebration-de-la-reussite-de-la-communaute-du-pacifique-le-crga-47-et>.

d'un programme régional océanien de l'environnement placé en 1982 sous la responsabilité de la Communauté du Pacifique.

Afin de donner davantage de visibilité à ce programme et compte tenu de l'ampleur prise par ses activités, le programme est transformé en 1993¹⁰ en organisation régionale dont le siège est alors établi à Apia (Samoa)¹¹.

La montée en puissance des questions relatives à l'environnement, qui se placent aujourd'hui parmi les toutes premières préoccupations des États et territoires de la région particulièrement exposés aux conséquences de certains phénomènes, confère une importance accrue aux activités du PROE.

Une des stratégies de rayonnement de la Nouvelle-Calédonie repose sur la protection de l'environnement, la lutte contre les changements climatiques, la préservation de la biodiversité et la gestion durable de l'espace maritime. Particulièrement active au sein du PROE, la Nouvelle-Calédonie met en place des coopérations dans le domaine des aires maritimes protégées (déclaration d'intention avec l'Australie sur la gestion de la mer de Corail, partenariat avec les îles Cook, initiatives incluant les États avec lesquels elle a des frontières maritimes)¹² et finance des actions de coopération assurées par les organismes de recherche présents sur le territoire.

3. Les instances de coopération avec partenaires historiques en responsabilité dans la région

Les puissances en responsabilité en Océanie, que sont l'Australie, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis et la France, y jouent un rôle particulier notamment dans le domaine de la sécurité en développant des mécanismes de coopération répondant à des intérêts stratégiques et permanents, moins dépendants des développements politiques, et y associent les États insulaires en fonction de leurs capacités¹³.

Ainsi, la réunion des ministres de la Défense du Pacifique Sud (South Pacific Defence Ministers' Meeting (SPDMM)), réunissant l'Australie, Nouvelle-Zélande, France, Fidji, Tonga, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Chili) a pour objectif d'optimiser la coopération entre forces armées. Le Groupe quadrilatéral de coordination de défense, dit QUAD, réunissant l'Australie, la Nouvelle-Zélande, les États-Unis et la France constitue depuis 1995 une enceinte de discussions sur la sécurité maritime et l'organisation de la surveillance des ZEE.

10 Convention portant création du Programme régional océanien de l'environnement, faite à Apia le 16 juin 1993.

11 Le PROE assure également les fonctions de secrétaire des conventions d'Apia sur la conservation de la nature dans le Pacifique Sud (1976), de Nouméa sur la protection des ressources et de l'environnement de la région du Pacifique Sud (1986) et de Waigani sur les déchets dangereux (1995). Sur la création PROE, voir « Projet de loi autorisant la ratification de la convention portant création du Programme régional océanien de l'environnement », Sénat session ordinaire de 1995-1996, n° 256.

12 Voir : Gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, « Plan de gestion 2018-2022 du Parc naturel de la Mer de Corail », p. 96 et s.

13 Voir : plaquette du ministère de la Défense, « La France et la sécurité en Asie-Pacifique », Avril 2014. En ligne : <https://www.defense.gouv.fr/dgris/presentation/evenements-archives/presentation-de-la-politique-de-defense-et-de-securite-de-la-france-en-asie-pacifique-10-avril-2014/presentation-de-la-politique-de-defense-et-de-securite-de-la-france-en-asie-pacifique-10-avril-2014>.

Les actions de ses membres sont conduites en liaison étroite avec l'Agence des pêches du Forum des îles du Pacifique¹⁴. L'Australie en est de loin, le principal pourvoyeur de soutien en faveur des États insulaires du Pacifique, notamment avec son ambitieux Programme de sécurité maritime pour le Pacifique (renouvellement des patrouilleurs mis à disposition des États de la région)¹⁵. Dans le même sens, les rencontres sur le renseignement militaire (Oceania Directors of military Intelligence Meeting) associent la Papouasie-Nouvelle-Guinée, Fidji et Tonga.

Le gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, en charge depuis le 1^{er} janvier 2014 de « la prévention des risques de toute nature, l'information et l'alerte des populations ainsi que la protection des personnes, des biens et de l'environnement contre les accidents, les sinistres et les catastrophes par la préparation et la mise en œuvre de mesures et de moyens appropriés »¹⁶, contribue au dispositif de coopération mis en place en 1992 par l'accord FRANZ (France-Australie-Nouvelle-Zélande) qui a pour objet de répondre aux demandes des États insulaires victimes de catastrophes naturelles, de coordonner et de rationaliser l'aide civile et militaire. Un des enjeux pour la Nouvelle-Calédonie est de faire savoir qu'elle peut être un partenaire de développement pour les États insulaires, à travers l'appui financier, technique, humanitaire et non comme certains le craignent, un nouveau récipiendaire de l'aide internationale.

B. Au travers d'organisations issues de l'impulsion océanienne

1. Le Forum des îles du Pacifique ou le dialogue politique et stratégique

Dans un contexte de développement du concept de *Pacific Way*, qui repose sur le partage, la tolérance, la solidarité et surtout le fonctionnement par consensus, garantie d'une forme d'harmonie, les dirigeants océaniens font front commun face aux grandes puissances en exprimant le besoin d'un cadre régional de dialogue politique, indépendant de la CPS. Quelques dirigeants¹⁷ prennent l'initiative de créer en 1971 une nouvelle organisation régionale, le Forum des Îles du Pacifique (FIP)¹⁸.

14 Voir le site de l'organisation : <https://www.ffa.int/>: « L'Agence des pêches du Forum des îles du Pacifique (FFA - Forum Fisheries Agency) renforce les capacités nationales et la solidarité régionale afin que ses 17 membres puissent gérer, contrôler et développer leur pêche thonière aujourd'hui et à l'avenir. [...] La FFA a été créée pour aider les pays à gérer durablement leurs ressources halieutiques qui se trouvent dans leurs zones économiques exclusives (ZEE) de 200 milles. La FFA est un organisme consultatif qui fournit une expertise, une assistance technique et d'autres formes de soutien à ses membres qui prennent des décisions souveraines concernant leurs ressources en thon et participent à la prise de décisions régionales sur la gestion du thon par l'intermédiaire d'organismes tels que la commission des pêches du Pacifique occidental et central (WCPFC - Western and Central Pacific Fisheries Commission). Depuis 1979, le FFA a facilité la coopération régionale afin que tous les pays du Pacifique bénéficient de l'utilisation durable du thon – une valeur de plus de 3 milliards de dollars par an et importante pour les moyens de subsistance de nombreuses personnes dans le Pacifique ».

15 Sur le programme, voir le site du ministère australien de la Défense, <https://www.defence.gov.au/annualreports/17-18/Features/Maritime.asp> et le « Livre blanc de politique étrangère australienne 2017 », En ligne : <https://www.fpwhitepaper.gov.au/foreign-policy-white-paper/chapter-seven-shared-agenda-security-and-prosperity/stepping-or> ou encore Colton Greg, *Safeguarding australia's security interests through closer Pacific ties*, Lowy Institute, Avril 2018. En ligne : <https://www.lowyinstitute.org/publications/stronger-together-safeguarding-australia-s-security-interests-through-closer-pacific-o>.

16 Loi du pays n° 2012-1 du 20 janvier 2012 relative au transfert à la Nouvelle-Calédonie de la compétence de l'État en matière de sécurité civile (transfert effectif depuis le 1^{er} janvier 2014).

17 Fidji, Nauru, Tonga, Samoa, îles Cook avec le soutien de la Nouvelle-Zélande.

18 Le Forum des îles du Pacifique compte 18 membres : Australie, Cook, Fidji, Kiribati, Marshall, États fédérés de

Le Forum permettra de forger et de consolider une « conscience » commune aux États insulaires de la région dont il deviendra peu à peu à la fois le médiateur et l'interprète.

Dans les années 1970 et 1980, il a porté la lutte contre les essais nucléaires et la mise en place d'une zone dénucléarisée dans le Pacifique (Traité de Rarotonga, 1985) puis apporté son soutien à la décolonisation de la Nouvelle-Calédonie¹⁹.

Le FIP joue un rôle majeur comme porte-parole des pays insulaires et sert de principale interface pour les négociations commerciales internationales. Il est à l'origine du premier accord commercial (le SPARTECA²⁰) et des suivants (PICTA²¹, PACER et PACER Plus²²)²³.

Les chefs de gouvernement des États membres se réunissent chaque année pour une durée de deux jours, qui se décomposent en une série de séances officielles suivies d'une « retraite » (*retreat*) qui permet aux participants de se concerter à huis clos. Cette manifestation est traditionnellement complétée par le « Dialogue post-Forum », engagé dès le lendemain au niveau ministériel, entre les membres et les États et organisations partenaires.

Ses préoccupations ont évolué en considération des défis auxquels la région a pu être confrontée. L'apparition de tensions dans l'arc mélanésien, les coups d'État successifs aux îles Fidji et la montée des sources potentielles d'instabilité²⁴ ont fait prendre conscience aux dirigeants du FIP de la nécessité d'accorder une attention toute particulière à la sécurité régionale. Ainsi, la RAMSI²⁵, force multinationale mise en place en juillet 2003 sous son égide et à la demande du gouvernement salomonais pour restaurer la paix et rétablir l'ordre dans le pays, a été le plus important déploiement militaire dans le Pacifique depuis la Seconde Guerre mondiale.

Des mécanismes multilatéraux de sécurité régionale sont mis en place progressivement dans le cadre du FIP : adoption en 1992 de la déclaration d'Honiara²⁶ sur la coopération en matière de respect du droit, complétée en 1997 par celle d'Aitutaki²⁷, dite « déclaration sur la coopération pour la sécurité régionale », et en 2000 par la déclaration de Biketawa²⁸ qui énumère « huit principes de bonne gouvernance » et propose des orientations en vue de la gestion d'éventuelles crises régionales, puis en 2002 par celle de Nasonini²⁹. Ces dispositifs viennent

Micronésie, Nauru, Niue, Nouvelle-Zélande, Palau, Papouasie-Nouvelle-Guinée, Salomon, Samoa, Tonga, Tuvalu, Vanuatu, Nouvelle-Calédonie, Polynésie française et un membre associé : Tokelau (2014).

19 Voir N. Mrgudovic, *La France dans le Pacifique, Les enjeux de puissance*, Paris, L'Harmattan, 2008, p. 132 et s.

20 South Pacific Regional and Economic Cooperation Agreement, signé à Tarawa le 14 juillet 1980, entré en vigueur le 14 septembre 1989.

21 Pacific Island Countries Trade Agreement signé à Nauru le 18 août 2001.

22 Pacific Agreement on Closer Economic Relations (PACER Plus) signé à Tonga le 14 juin 2017.

23 Sur les accords de libre-échange PICTA et PACER, voir Narsey Wadan, « PICTA, PACER and EPA's : weakness in Pacific island countries' trade policies », *Pacific Economic Bulletin*, 2004, Vol. 19, n° 3.

24 G. Agniel, « Démocratie et colonialisme dans le Pacifique », *Pouvoirs*, 2008, vol. 127, n° 4, p. 135-149.

25 Voir « RAMSI » sur le site du Réseau de recherche sur les opérations de maintien de la paix de l'université de Montréal, <http://www.operationspaix.net/137-operation-ramsi.html>.

26 En ligne : <https://www.forumsec.org/declaration-by-the-south-pacific-forum-on-law-enforcement-cooperation/>.

27 En ligne : <https://www.forumsec.org/aitutaki-declaration-on-regional-security-cooperation/>.

28 En ligne : <https://www.forumsec.org/biketawa-declaration/>.

29 En ligne : <https://www.forumsec.org/nasonini-declaration-on-regional-security/>.

d'être complétés par la déclaration de Boe au travers de laquelle les dirigeants d'Océanie réaffirment que « les changements climatiques demeurent la plus grande menace pour les moyens de subsistance, la sécurité et le bien-être des peuples du Pacifique » et s'engagent « à renforcer l'architecture de sécurité régionale existante » en tenant compte « du concept élargi de la sécurité » pour améliorer la coordination entre les mécanismes de sécurité, faciliter le partage d'information, développer des mécanismes d'alerte précoce et soutenir leur mise en œuvre³⁰.

Alors que la France, exclue de l'organisation dès l'origine, ne peut participer qu'au dialogue post-forum, la Nouvelle-Calédonie a accédé au statut de membre en 2016, tout comme la Polynésie française. Ce statut rehaussé de la Nouvelle-Calédonie répond à une demande introduite en 2009 dans le cadre d'une politique volontariste d'insertion régionale portée par les gouvernements calédoniens successifs. C'est le fruit d'un long processus au cours duquel la Nouvelle-Calédonie aura su démontrer son autonomie en matière de relations extérieures, sa liberté d'action et son engagement régional, convainquant ainsi les gouvernements de la région de lui ouvrir les portes d'une organisation dont les statuts ne prévoient l'adhésion que des seuls États souverains. Cette ouverture de la part des dirigeants océaniques s'explique probablement autant par la proximité institutionnelle entre la Nouvelle-Calédonie et les îles Cook, État associé à la Nouvelle-Zélande ne disposant pas d'une pleine souveraineté internationale et n'étant donc pas membre de l'ONU, que par la conscience de l'Océanie que les enjeux, problématiques et défis auxquels elle est confrontée sont partagés avec la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française.

Néanmoins, si nombre de défis sont communs, la Nouvelle-Calédonie est dans une situation bien différente de celle des autres États et territoires insulaires océaniques et se rapproche plus de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande par son niveau de développement et son PIB, tout en ne bénéficiant pas du statut d'État souverain. Sa contribution au développement et à la solidarité régionale est donc très attendue. La Nouvelle-Calédonie doit désormais se faire une place au sein de cette organisation politique, une place particulière, définir une identité propre, singulière, indépendante de celle de la France.

Lors du 48^e sommet annuel du FIP en 2017, la Nouvelle-Calédonie a siégé pour la première fois en qualité de membre à part entière. Le président du gouvernement y a exprimé la volonté du gouvernement calédonien de s'impliquer davantage sur le thème de la croissance bleue et user de ses liens privilégiés avec l'Union européenne pour contribuer à porter la voix des îles du Pacifique au niveau international³¹.

D'une manière générale, la présence de la Nouvelle-Calédonie au sein de cette organisation politique va lui permettre de participer à l'élaboration et l'adoption des positions stratégiques de la région et ainsi accroître encore sa capacité d'interaction dans d'autres organisations telles que la CPS ou le PROE. Pour le directeur général de l'Agence des pêches du Forum,

³⁰ En ligne : <https://www.forumsec.org/boe-declaration-on-regional-security/>.

³¹ Sur la participation du président du gouvernement au sommet du FIP, voir gouvernement de la Nouvelle-Calédonie, News, septembre 2017 « La Nouvelle-Calédonie au Forum des Îles du Pacifique ». En ligne : <https://cooperation-regionale.gouv.nc/fr/news/08-09-2017/la-caledonie-au-forum-des-iles-du-pacifique>.

l'inclusion de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française dans le Forum contribuera à la gestion de la ressource thonière de la région.

Et c'est donc tout naturellement que la Nouvelle-Calédonie a accueilli les membres du comité ministériel du FIP lors de la consultation d'autodétermination du 4 novembre³².

Par ailleurs, il est intéressant de constater que l'adhésion de la Nouvelle-Calédonie et de la Polynésie française a réveillé les ambitions d'autres territoires autonomes océaniques. C'est le cas des Samoa américaines, observateur au sein du Forum et qui cherchent à devenir membre à part entière. Le gouvernement étatsunien a fait savoir qu'il n'en était pas question car « les territoires auxquels les États-Unis assurent la sécurité et la politique étrangère ne peuvent pas être membres d'organisations internationales qui requièrent un rôle indépendant. Ils sont en fait des territoires étatsuniens »³³. Les ressortissants des Samoa américaines ne sont pourtant pas des citoyens américains, mais des nationaux sans droits de vote.

2. Le Forum de développement des îles du Pacifique et l'affirmation d'une puissance océanique

Illustration de la capacité des dirigeants d'Océanie à s'organiser sans le soutien des puissances occidentales, le Forum de Développement des Îles du Pacifique (FDIP)³⁴ est créé à l'initiative des Fidji dans le contexte de sa mise au ban de la communauté régionale et notamment leur suspension des instances du FIP en 2009, sous l'impulsion de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande. Ainsi, quelques jours avant les sommets du FIP, les îles Fidji ont organisé de 2010 à 2012, des rencontres intitulées *Engaging with the Pacific*, auxquelles la plupart des États et territoires invités ont accepté de participer.

En 2012, le communiqué final signé par quatorze représentants des États et territoires annonçait la création du Forum de développement des îles du Pacifique, dispositif réunissant gouvernements, organisations non gouvernementales et institutions autour d'actions concrètes et dont ont vocation à devenir membres tous les États et territoires du Pacifique insulaire, à l'exclusion de l'Australie et la Nouvelle-Zélande. Le FDIP se veut un organisme très ouvert et centre son action sur le développement durable et la lutte contre le changement climatique notamment l'utilisation d'outils innovants liés à l'économie verte.

Après le sommet inaugural en 2013, organisé avec un soutien financier de la Chine, de la Russie, du Koweït, du Qatar et des Émirats arabes unis, le deuxième sommet en 2014 rassemble près de 450 délégués représentant une cinquantaine de pays³⁵, dont le chef de l'État indonésien. Le troisième sommet, en 2015, voit la participation du secrétaire général des Nations unies, Ban Ki-moon, et celui du Commonwealth, Kamlesh Sharma. Les statuts sont

32 Voir le communiqué du FIP sur le sujet. En ligne : <https://www.forumsec.org/visit-of-the-2018-pacific-islands-forum-ministerial-committee-to-new-caledonia/>.

33 Radio New Zealand, "US quashes American Samoa's Forum hopes", 8 septembre 2017. En ligne : <https://www.rnz.co.nz/international/pacific-news/339006/us-quashes-american-samoa-s-forum-hopes>.

34 Voir le site de l'organisation : <http://pacificidf.org/>.

35 Dont la Chine, la Russie l'Argentine, la Colombie, Israël, la Géorgie, le Venezuela, la Turquie, le Kazakhstan, Singapour, le Maroc, le Koweït.

adoptés, transformant ce rendez-vous à succès en organisation internationale³⁶. Y est également adoptée la déclaration de Suva sur les changements climatiques en vue de la 21^e conférence des parties à la Convention des Nations unies sur les Changements climatiques à Paris en décembre 2015 (COP 21)³⁷. En 2016, les îles Salomon prennent la présidence de l'organisation, avec un succès relatif.

La Nouvelle-Calédonie, tout en étant représentée à chaque rencontre, n'a jamais formalisé son adhésion au FDIP afin de ne pas prendre le risque d'obérer l'indispensable soutien de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande pour l'accès au FIP. La perspective de l'adhésion de la Nouvelle-Calédonie doit désormais s'examiner au regard de son positionnement au sein du Forum des îles du Pacifique ou d'autres organisations œuvrant par ailleurs sur les mêmes sujets.

II. LA CONFRONTATION AUX ENJEUX GÉOSTRATÉGIQUES MONDIAUX ET LE DÉVELOPPEMENT DE L'AMBITION DIPLOMATIQUE

Les relations bilatérales intra-Pacifique insulaire sont peu formalisées et c'est généralement à l'occasion des réunions des organisations régionales ou subrégionales³⁸ que les dirigeants océaniques se rencontrent. Seules l'Australie et la Nouvelle-Zélande, qui demeurent les premiers bailleurs de fonds dans la région et des interlocuteurs privilégiés, développent des relations bilatérales fortes avec les États insulaires.

Les liens avec le reste du monde se déclinent sous trois formes : des dialogues Océanie/État concerné, généralement organisés sous l'égide du FIP ; des coopérations bilatérales entre État insulaire et État extérieur ; une participation de plus en plus marquante dans les enceintes multilatérales internationales.

A. Au travers de dialogues multilatéraux Océanie + 1

Partenaire du dialogue du Forum des îles du Pacifique depuis 1989, la République populaire de Chine a progressivement développé ses échanges avec l'Océanie³⁹, au point d'être perçue comme une menace par les partenaires traditionnels. Dès 2000, est créé un fonds de coopération Chine-FIP, finançant notamment l'ouverture d'un Bureau du commerce et de l'investissement du FIP à Pékin.

Le premier Forum de développement économique Chine/États insulaires du Pacifique se tient à Fidji en 2006 et permet à la RPC de s'imposer comme partenaire du développement

36 Voir : Ch. Lechery, « Chapitre 4. Diplomatie de clubs et de groupes », in Th. Balzacq (éd.), *Manuel de diplomatie*, Presses de Sciences Po, 2018, p. 75-92.

37 Déclaration de Suva, en ligne : <http://pacificidf.org/wp-content/uploads/2013/06/pacific-island-development-forum-suva-declaration-on-climate-change.v2.pdf>

38 Trois structures subrégionales réunissant les dirigeants des trois aires culturelles qui constituent l'Océanie : le groupe Fer de lance mélanésien, le groupe des Leaders polynésiens et le Forum des îles de Micronésie.

39 Voir notamment, Ch. Lechery, « L'intégration régionale de la France dans le Pacifique océanique, une diplomatie multimodale », *Journal de la Société des Océanistes*, 2015, n° 140, p. 105-121 ; Chien-Peng Chung, *China's Multilateral Co-Operation in Asia and the Pacific*, London, Routledge, 2010 ; Ch. Lechery « Quels regards porter sur la politique chinoise dans le Pacifique-océanique ? », *Revue de Défense nationale*, 2015, n° 781, p. 71-78.

par l'attribution de prêts à taux préférentiel et la création d'un fonds spécial pour encourager les investissements chinois dans le Pacifique Sud. Pour prouver son engagement auprès des États insulaires, la dette du Vanuatu et celles des Samoa sont annulées. Le chef du gouvernement chinois, Wen Jiabao expose alors que la Chine dispose de fonds et d'expérience, que les États insulaires ont des ressources naturelles et en déduit un important potentiel de coopération bilatérale. Précisant que la Chine n'est pas riche, il se dit prêt à fournir de l'aide aux petits États insulaires sans aucune condition politique.

Les Fidji, dans le contexte de sa politique étrangère *Look north*⁴⁰, organisent en 2014 une rencontre entre le Président chinois et des chefs d'État ou de gouvernement des huit États alliés de Pékin. Xi Jinping y annonce l'élévation des relations entre eux au niveau d'un « partenariat stratégique fondé sur le respect mutuel et le développement commun ».

Le Japon a mis en place en 1997 un dispositif multilatéral de relations intitulé PALM⁴¹ (*Pacific Leaders Meeting*), qui réunit tous les trois ans au plus haut niveau les représentants du gouvernement japonais, ceux des gouvernements océaniques et ceux du FIP. Un bureau (le South Pacific Economic Exchange Support Centre) a été établi à Tokyo en 1996 pour promouvoir le commerce et les investissements entre le Japon et les États insulaires, membres du FIP.

Dans le contexte de la *Look East Policy* qui se poursuit vers l'Asie-Pacifique, l'Inde cherche à développer ses relations avec le Pacifique insulaire. La visite d'État du Premier ministre Modi aux Fidji, en 2014⁴², a été l'occasion de la tenue du premier Forum pour la coopération entre l'Inde et les îles du Pacifique (le FIPIC – Forum for India-Pacific Islands Cooperation)⁴³. À l'occasion du FIPIC de 2015, le Premier ministre indien a insisté sur la détermination de son gouvernement à défendre les intérêts des États insulaires au sein des instances internationales et à orienter la coopération bilatérale conformément à leurs besoins et à leurs priorités. Il obtient ainsi leur soutien à la candidature de l'Inde comme membre permanent du Conseil de sécurité des Nations unies.

La Corée du Sud, qui aspire à se protéger de l'influence de la RPC, est également un partenaire du FIP depuis 1995. Un fonds coréen pour le Pacifique est créé en 2008, à l'occasion du sommet ministériel avec l'Océanie, qui se tient désormais tous les trois ans⁴⁴.

La qualité de membre du FIP de la Nouvelle-Calédonie lui permet désormais d'être invitée à ces dialogues, en dehors de toute participation de la France. Elle se trouve ainsi immergée au

40 Voir le site internet du ministère des affaires étrangères fidjien : <http://www.foreignaffairs.gov.fj/about-us/10-foreign-policy/foreign-policy/8-foreign-policy>, ainsi que : S. Tarte, "Fiji's look north policy and the role of China", dans "China in Oceania: Reshaping the Pacific?", *Foundations in Asia Pacific studies*, 1, Berghahn Books, New York, 2007, p. 118-132 ; M. Komai, "Fiji's Foreign Policy and the New Pacific Diplomacy", in Greg Fry and Sandra Tarte, 2015, *The New Pacific Diplomacy*, ANU Press, p. 112 et s.

41 A. Ronni, 2001, « Japan and the Pacific island countries », *RJP*, Victoria University of Wellington.

42 Voir le site du ministère des Affaires extérieures indien : <https://mea.gov.in/outgoing-visit-detail.htm?24279/>.

43 Dr D Mullen Ranni and K Prasad Kailash, "India-Pacific islands brief", *Center For Policy Research*, novembre 2014, en ligne : https://cprindia.org/sites/default/files/policy-briefs/India-Pacific_Islands_Final.pdf; Chandrashekhar Oak Niranjana, "South Pacific : gaining prominence in Indian foreign policy calculations", *Institute for defence studies and analyses* (IDSA), mai 2016.

44 Sur le Korea-Pacific Islands Senior Official's Meeting, voir le site du ministère des Affaires étrangères de Corée du Sud : <http://www.mofa.go.kr>.

cœur de la géopolitique régionale, du jeu d'influence des puissances extérieures à l'Océanie, au-delà de ce que son statut lui permet. La participation récente du président du gouvernement au PALM au Japon a d'ailleurs été largement médiatisée ; il y a affirmé avec force la légitimité de la place de la Nouvelle-Calédonie dans la région en l'inscrivant dans l'axe Indo-Pacifique, déclinée par le Président de la République à Nouméa et à Sydney, quelques jours plus tôt⁴⁵. Si le champ de compétence de la Nouvelle-Calédonie en matière de relations extérieures se limite aux relations bilatérales à l'Océanie (au ressort de la CPS), l'accord de Nouméa ne lui interdit pas d'entretenir des liens avec l'Asie. Toutefois elle ne peut ni conclure d'accords internationaux avec ces États ni y désigner des représentants.

La France et l'Union européenne ont également mis en place des dispositifs de dialogue avec la région. Pour la France, les sommets France-Océanie sont organisés tous les trois ans alternativement à Paris, Nouméa et Papeete. Une opportunité de plus pour la Nouvelle-Calédonie de faire valoir sa stratégie et son positionnement régional.

B. Au travers de relations bilatérales fondées sur des intérêts réciproques

Voix à l'ONU, accès aux ressources maritimes et aux matières premières, échanges économiques et commerciaux, enjeux spatiaux, etc. sont autant de raisons pour que l'Océanie se trouve de plus en plus convoitée. Certains observateurs n'y voient qu'une politique du carnet de chèques tant les États insulaires en développement sont dépendants de l'aide internationale. Ces États essayent de retirer le maximum de ce qu'ils ont à offrir en se laissant séduire. Pourtant les ressorts de cette situation de dépendance sont bien plus complexes et sont aussi à rechercher dans les liens historiques des États insulaires avec les puissances occidentales, le rejet du colonialisme et la volonté de rompre avec une forme de paternalisme ressenti comme une condescendance, voire une ingérence. Le jeu des puissants peut apparaître dangereux mais les États insulaires, qui misent leur souveraineté, apprennent à y jouer.

La République populaire de Chine y joue un rôle particulier, se présentant comme un pays en développement soutenant les autres dans un rapport Sud-Sud. Elle traite les États océaniques en égaux, n'impose pas d'exigences de bonne gouvernance. Cette posture de la diplomatie chinoise est appréciée autant que l'aide au développement dont les dirigeants océaniques n'entendent pas se passer. Cette proximité a été particulièrement visible en début d'année 2018 lorsque le gouvernement australien a exprimé des critiques vis-à-vis de l'action chinoise⁴⁶.

L'action de la Chine en Océanie s'inscrit notamment dans le cadre de sa rivalité avec Taïwan qui a pris une acuité particulière ces derniers mois. Tous les États océaniques qui adhèrent au principe d'unicité de la Chine bénéficient de ses faveurs.

45 Sur l'axe Indo-Pacifique, voir le discours du Président de la République, Emmanuel Macron, prononcé à Nouméa au théâtre de l'Île, le 5 mai 2018, et celui prononcé à Sydney, le 2 mai 2018 : <https://www.elysee.fr/emmanuel-macron/2018/05/03/discours-a-garden-island-base-navale-de-sydney>.

46 C. Graue et S. Dziedzic, "Federal Minister Concetta Fierravanti-Wells Accuses China of Funding 'Roads that Go Nowhere' in Pacific", ABC (Australia), 9 janvier 2018. En ligne : <https://www.abc.net.au/news/2018-01-10/australia-hits-out-at-chinese-aid-to-pacific/9316732>.

Bien que Taïwan entretienne avec beaucoup d'énergie ses six alliances dans la région⁴⁷, la diplomatie menée par ces alliés ne semble pas fermer complètement la porte à la Chine.

Le rapport avec les États bailleurs de fonds n'est pas le même dans tous les États. La liberté d'action ou d'expression de ceux qui parviennent à diversifier leurs partenaires s'observe par des positions de non-alignement sur certains sujets stratégiques.

Jusqu'en 1998, Tonga avait des relations diplomatiques avec Taïwan. Après le changement d'allégeance, Nuku'Alofa a pu bénéficier d'une importante assistance chinoise. Malgré l'importante inquiétude, exprimée avant d'être minimisée, du Premier ministre quant à l'endettement de l'État vis-à-vis des financeurs chinois, qui atteint près de 40 % du PNB (deuxième pays au monde le plus endetté vis-à-vis de la Chine), la relation s'intensifie chaque année⁴⁸. En mars 2018, ce sont sept accords de coopération qui ont été signés dans le cadre de la visite d'État à Pékin du roi Tupou VI et les Tonga rejoignent l'initiative de « La ceinture et la Route ».

Les Samoa reçoivent également un soutien financier très important de la Chine *via* des accords bilatéraux de coopération économique et technique et le financement de nombreux projets d'infrastructures (modernisation de l'aéroport, stade, bâtiments publics, centre de prévention des risques sismiques). La Chine détient 40 % de la dette extérieure samoane.

Après avoir soutenu les positions de la RPC sur la mer de Chine méridionale en 2016⁴⁹, le gouvernement du Vanuatu publiait un communiqué, en janvier 2018, relatif à l'aide publique au développement fournie par la Chine, soulignant qu'elle « joue un rôle complémentaire dans la région en offrant davantage d'options de développement aux pays insulaires du Pacifique qui seraient autrement trop dépendants de l'Australie et de la Nouvelle-Zélande, deux des partenaires traditionnels de la région »⁵⁰. Fin 2017, le Vanuatu a été accueilli en qualité de membre⁵¹ par la Banque Asiatique d'Investissement pour les Infrastructures (BAII)⁵².

Les îles Cook, pourtant dotées d'un statut d'État associé à la Nouvelle-Zélande, n'échappent pas à cette tendance à la diversification des partenaires du développement. Elles établissent

47 À la date du colloque, les alliés de Taïwan étaient les îles Salomon, Kiribati, Tuvalu, Nauru, les îles Marshall, Palau. À la date de publication des actes, les îles Salomon et Kiribati ont fait le choix de reconnaître la Chine, entraînant la rupture des relations diplomatiques avec Taïwan.

48 M. Dornan et Ph. Brant, "Chinese Assistance in the Pacific : Agency, Effectiveness and the Role of Pacific Island Governments", *Asia and the Pacific Policy Studies* 1, 2014, n° 2, p. 354 et s. ; voir aussi en ligne, le site du ministère de l'Information et de la communication des Tonga : www.gov.to/press-release/hon-prime-ministers-clarification-of-the-development-partnership-with-china.

49 Voir Radio New Zealand, "Vanuatu position on China 'well-timed'", 30 mai 2016, en ligne : <https://www.rnz.co.nz/international/pacific-news/305190/vanuatu-position-on-china-well-timed>, et « Beijing tries to whip up support for South China Sea claims, 1^{er} juin 2016, en ligne : <https://www.rnz.co.nz/international/pacific-news/305309/beijing-tries-to-whip-up-support-for-south-china-sea-claims>.

50 Pour lire le communiqué : https://dailypost.vu/news/china-s-aid-assistance-based-on-vanuatu-s-request-gov/article_e288698b-3bd3-5080-936a-2159341ae2e4.html.

51 En ligne, sur le site de l'AIIB (BAII) : <https://www.developmentaid.org/#!/news-stream/post/13940/aiib-approves-membership-of-cook-islands-vanuatu-belarus-and-ecuador>.

52 Sh. Hameiri et L. Jones, "China challenges global governance? Chinese international development finance and the AIIB", *International Affairs*, Oxford Academic, 2018, Volume 94, Issue 3, May, p. 573-593, En ligne : <https://doi.org/10.1093/ia/iiy026>.

des relations diplomatiques avec la Chine en 2007, malgré les réticences de Wellington, puis rejoignent l'initiative chinoise « La Ceinture et la Route » en 2017.

Dans le Pacifique insulaire, la politique étrangère fidjienne particulièrement dynamique dans l'entreprise de développement de ses relations diplomatiques est déterminante pour la région. Les Fidji ont suscité avec succès des partenariats avec les puissances extérieures à l'Océanie dans le contexte de leur suspension du FIP en 2009.

Si, en 2015, Franck Bainimarama et Xi Jinping ont rappelé avec force la volonté réciproque de consolider le partenariat stratégique bilatéral, le dirigeant fidjien n'a pourtant pas hésité à démentir un communiqué du gouvernement chinois qui lui prêtait un soutien sur le différend en mer de Chine méridionale, rappelant sa politique de non-alignement, ses bonnes relations avec toutes les parties au différend et incitant les gouvernements concernés à le résoudre par des moyens pacifiques⁵³.

Cette autonomisation de la politique extérieure fidjienne s'est traduite par le développement de relations avec des partenaires nouveaux, choisis en priorité parmi les pays du Sud, mais également du Moyen-Orient, avec lesquels les Fidji ont un lien particulier puisqu'elles contribuent aux missions de maintien de la paix dans la région depuis 1978.

Les Fidji, en quête d'un équilibre nécessaire à la protection de sa souveraineté, ont aussi ouvert les portes de l'Océanie à l'Inde⁵⁴ et ainsi développé des relations fortes avec New-Delhi (accord en matière de coopération dans le domaine de l'espace ; accord militaire, etc.), facilitées par la présence d'une importante minorité de Fidjiens d'origine indienne (40 % de la population). L'Inde a ensuite poursuivi son implication en Océanie par une visite d'État en Papouasie-Nouvelle-Guinée, en 2016, avec pour ambition de renforcer la coopération de défense.

Suite à la crise de la Géorgie, la Russie renouvelle son intérêt pour l'Océanie et cherche à y étendre son influence par le développement des coopérations, notamment avec les Fidji. Dans ce contexte, Nauru (novembre 2009), le Vanuatu (mai 2011) et les Tuvalu (septembre 2011) ont reconnu, à la demande de Moscou, l'indépendance de l'Abkhazie et de l'Ossétie du Sud provoquant une contre-offensive diplomatique de la Géorgie. Le Vanuatu et les Tuvalu sont ensuite revenus sur leurs décisions. La rencontre entre le Premier ministre fidjien et le Président Poutine en 2017 confirme la Russie en tant que nouveau partenaire, dont l'influence en apparence limitée serait sous-estimée⁵⁵.

53 Voir Radio New Zealand, "Fiji quick to deny supposed South China Sea support", 15 avril 2016, en ligne : <https://www.rnz.co.nz/international/pacific-news/301556/fiji-quick-to-deny-supposed-south-china-sea-support>.

54 W. Narsey, "China and India in the Fiji equation", in *The interpreter*, Lowy Institute, 16 janvier 2013. En ligne : <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/china-and-india-fiji-equation> ; J. Hayward-Jones, "Fiji grabs the limelight as leaders of China and India visit", in *The interpreter*, Lowy Institute, 24 novembre 2014. <https://www.lowyinstitute.org/the-interpreter/fiji-grabs-limelight-leaders-china-and-india-visit>.

55 J. Westermann, "The Pacific: Russia's newest playground. Don't be surprised, Australia!", in *The strategist*, Australian Strategic Policy Institute, 26 juillet 2017. En ligne : <https://www.aspistrategist.org.au/pacific-russias-newest-playground-dont-surprised-australia/>.

Il est également intéressant de noter que les dirigeants des États insulaires du Pacifique, très chrétiens et attachés à la Terre Sainte, ont une relation de confiance avec Israël qui les conduit à voter régulièrement en sa faveur à l'ONU.

Aussi visibles que soient les ambitions de la République populaire de Chine et d'autres puissances, elles n'entraînent pourtant pas de rupture avec les partenaires traditionnels, au premier rang desquels, l'Australie, dont le soutien est toujours le bienvenu. Elles produisent surtout un effet de concurrence entre donateurs que les États insulaires utilisent.

Ainsi, quelques mois après l'échec de la mise en œuvre de la décision de la Chine de financer la pose d'un câble haut débit par la société Huawei entre les îles Salomon et la Papouasie-Nouvelle-Guinée pour les relier à l'Australie, Canberra s'est entendu avec Honiara pour prendre en charge ce câble.

De même, après les allégations de la presse australienne mi-2018 sur l'ouverture d'une base militaire chinoise au Vanuatu, le Premier ministre australien et le Premier ministre du Vanuatu ont annoncé l'ouverture de discussions en vue de la signature d'un traité bilatéral de sécurité.

L'évolution des relations internationales dans le Pacifique touche désormais aux problématiques d'hégémonie dans lesquelles les acteurs océaniques peuvent apparaître finalement au second plan. La complexité et la singularité des pratiques d'aides au développement en Océanie questionnent sur la capacité des États bénéficiaires à définir leur propre politique de développement et finalement sur les notions de souveraineté et d'indépendance aussi bien économique que politique.

La Nouvelle-Calédonie n'échappe pas à ces interrogations, quel que soit son statut, d'ailleurs. Si les transferts financiers de l'État ne sont pas classés dans la catégorie des aides au développement au sens des critères internationaux, ils induisent une dépendance ou une indépendance, selon le point de vue politique que l'on adopte, dont la mise en perspective avec la dépendance ou l'indépendance des États insulaires du Pacifique est intéressante.

Aujourd'hui, la Nouvelle-Calédonie a la possibilité de nouer des relations bilatérales avec les États de la région auprès desquels un réseau de délégués est en cours de déploiement. Elle signe régulièrement des accords de coopération (Nouvelle-Zélande, Vanuatu). Elle noue des relations, avec plus ou moins de succès avec certains États d'Asie avec lesquels elle partage une histoire: le Viet Nam (la seule représentation du Viet Nam en Océanie est à Nouméa), l'Indonésie, le Japon, alors même que son statut ne le prévoit pas.

L'absence de siège aux Nations unies ne semble pas décourager les investisseurs chinois. La Nouvelle-Calédonie vient d'obtenir le statut de DTA (Destination Touristique Agréée) auprès du gouvernement chinois⁵⁶ ouvrant des perspectives de développement du tourisme de masse. Des accords sont en cours avec des fondeurs et aciéristes chinois pour la transformation du

56 Voir Communiqué du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie du 4 octobre 2017, « *La Nouvelle-Calédonie enfin reconnue destination touristique agréée par la Chine* », en ligne : https://gouv.nc/sites/default/files/atoms/files/2017.10.04_cp_nouvelle-caledonie_destination_touristique_agreee_par_la_chine.pdf.

nickel calédonien. Le *soft power* chinois est également entré en action avec la création, en 2016, de l'association d'amitié Chine-Nouvelle-Calédonie, encouragée par Association pour l'amitié entre la Chine et les pays étrangers, suivie immédiatement d'une visite ayant pour objectif de « rencontrer les institutions de la Nouvelle-Calédonie ainsi que les forces vives du pays afin de promouvoir des coopérations concrètes dans des domaines variés ». Dans le même sens, les îles Cook, qui ne disposent pas non plus de siège à l'ONU, ne sont pas ignorées de la RPC, pas plus que la Polynésie française.

C. Au travers de l'ONU, de ses agences et des organisations internationales

Faisant de la lutte contre les changements climatiques leur cheval de bataille, les États insulaires du Pacifique portent leurs préoccupations devant les enceintes internationales, sortant ainsi de leur isolement. Leur présence internationale gagne de nombreuses organisations tandis que leur activité rencontre de plus en plus de succès.

Ils siègent aux Nations unies dans le groupe Asie-Pacifique, alors que l'Australie et la Nouvelle-Zélande y siègent dans le groupe d'Europe occidentale et adhèrent à l'Alliance des petits États insulaires (AOSIS – Alliance Of Small Islands States), sous-groupe de négociation du G77 au sein des Nations unies, actif sur les questions de changements climatiques. Ils sont par ailleurs membres de la CESAP – Commission Économique et Sociale pour l'Asie Pacifique – de même que certains territoires, dont la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française, les îles Cook et les Samoa américaines, de l'OMS (la Nouvelle-Calédonie y siège sans voix délibérative), ou encore de l'UNESCO (la Nouvelle-Calédonie en est membre associé). Certains sont membres du FMI – Fonds Monétaire International –, de l'OIT – l'Organisation Internationale du Travail, du PNUD – Programme des Nations Unies pour le Développement, de l'UNICEF –, le Fonds des Nations Unies pour l'Enfance, du HCR – Haut-commissariat pour les Réfugiés. Le Vanuatu est l'unique État indépendant océanien membre de l'Organisation Internationale de la Francophonie (OIF) ; la Nouvelle-Calédonie en est membre associé.

Ces dernières années ont été marquées par un incroyable investissement des Fidji dans les enceintes multilatérales et notamment de l'ONU, bien au-delà de la contribution historique des militaires fidjiens aux opérations de maintien de la paix⁵⁷. Les Fidji ont ainsi été désignés pour présider le groupe des 77 en 2013, le comité exécutif du PNUD et de l'UNOPS en 2014, l'Assemblée générale des Nations unies en 2016, la 23^e conférence des parties à la Convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (dite COP 23) et le Sommet sur les océans (coprésidence) en 2017.

Les Tuvalu ont été la première petite nation du Pacifique à obtenir un financement du Fonds vert pour le climat, avec 38,8 millions de dollars pour le projet « Coastal Adaptation » visant à protéger les côtes de l'érosion face à la montée du niveau de l'océan.

Suite à l'adoption d'une résolution des Nations unies en décembre 2016, sur l'initiative de la Nouvelle-Zélande et de Fidji notamment, le Traité sur l'Interdiction des Armes Nucléaires (TIAN), est ouvert à la signature le 20 septembre 2017 et a été signé par la Nouvelle-Zélande, les Fidji et le Vanuatu, les îles Cook, le Samoa, Tuvalu, Kiribati et Palau.

57 Le Samoa contribue également depuis 2000 aux opérations de mission de la paix : Timor oriental, Soudan, Liberia.

La Papouasie-Nouvelle-Guinée est membre observateur de l'ASEAN – Association des Nations de l'Asie du Sud-Est –, à laquelle elle aspire à appartenir un jour, s'impose comme membre très actif au sein de l'AOSIS et est membre du forum de l'APEC (coopération économique pour l'Asie Pacifique), dont elle accueille le Sommet en novembre 2018. Dans cette perspective, le Premier ministre de Papouasie-Nouvelle-Guinée a été le premier dirigeant océanien à participer au Forum économique mondial de Davos. La Papouasie-Nouvelle-Guinée entend jouer un rôle diplomatique important et porter la voix de l'Océanie dans les cadres multilatéraux à vocation économique.

La Nouvelle-Calédonie s'est inscrite depuis quelques années dans une dynamique d'adhésion à plusieurs organisations internationales, comme le prévoit l'accord de Nouméa. La loi organique statutaire⁵⁸ ne pose pas de limites en la matière, aussi la Nouvelle-Calédonie pourrait envisager une présence au sein des organisations internationales spécialisées ou techniques intervenant dans les domaines relevant de sa compétence (l'accord de Nouméa suggère l'Organisation Internationale du Travail). Une participation au groupe AOSIS est envisageable; elle permettrait par ailleurs à la Nouvelle-Calédonie de marquer sa solidarité avec les petits états insulaires en développement peut s'envisager.

Afin d'approfondir son insertion régionale et eu égard à ses compétences dans le domaine maritime et aux phénomènes de pêche illégale auxquels elle est confrontée, la Nouvelle-Calédonie pourrait opportunément rehausser son statut au sein de l'Agence des pêches du Forum, seul organisme régional à animer une véritable coopération dans le domaine de la surveillance et de la police des pêches. Reste ouverte la question de son adhésion au sous-groupe régional du Fer de lance mélanésien, dont est membre le FLNKS, et qui poursuit sa mutation vers une instance de coopération notamment économique.

En tout état de cause, le statut de la Nouvelle-Calédonie le lui permet, la réelle limite étant la qualité de membre de l'ONU.

Les États du Pacifique Sud se considèrent de plus en plus comme de grands États maritimes, comme l'a rappelé Géraldine Giraudeau en introduction. Enjeu des rivalités entre puissances, ils cherchent à faire valoir les intérêts de leur région océanique sur la scène internationale. Le caractère vital de la lutte contre les changements climatiques et de l'adaptation à leurs effets en fait les promoteurs du développement durable que la communauté internationale considère désormais comme une priorité.

La Nouvelle-Calédonie s'est inscrite dans ce mouvement en prenant une place non négligeable dans ce concert régional. Les bouleversements que traversent l'Océanie et les nouveaux défis sécuritaires auxquels elle doit faire face obligent la Nouvelle-Calédonie à définir sa position avec les États de la région, en lien avec la France notamment sur les aspects régaliens. Elle doit encore faire évoluer son image de territoire riche et fermé, plus proche des puissances métropolitaines que des États insulaires du Pacifique. Ses liens privilégiés avec la France sont régionalement perçus comme un atout avec lequel elle doit pouvoir jouer tout en valorisant une identité propre.

58 Loi organique modifiée n° 99-209 du 19 mars 1999 relative à la Nouvelle-Calédonie.

Son statut le lui permet, elle l'utilise aujourd'hui pleinement et les observateurs relèvent l'émergence d'une véritable diplomatie calédonienne.

LES AUTEURS

Tamatoa Bambridge est directeur de recherche au Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) et travaille dans un laboratoire de biologie marine à Moorea depuis 2007, le CRIOBE (Centre de Recherches Insulaires et Observatoire de l'Environnement). Scientifique ayant une formation en anthropologie du droit, il a plus de vingt ans d'expérience de recherche sur le terrain dans de nombreux archipels de la Polynésie française. Une grande partie de son travail porte sur le régime foncier terrestre et marin, enraciné dans ses premiers travaux sur le terrain et la parenté dans les îles Australes. Son engagement à long terme dans la compréhension de la gestion polynésienne traditionnelle des ressources a conduit à la publication de *The Rahui* en 2016 (Australian National University Press). Le Dr Bambridge enseigne à l'EPHE, à l'université de Polynésie française et à l'université de Nouvelle-Calédonie, au niveau master recherche. Il est président du comité scientifique de la réserve « Unesco Man and Biosphere de Fakarava » dans l'archipel des Tuamotu.

Christine Bidaud est professeure à la Faculté de droit de l'université Jean Moulin - Lyon 3. Elle codirige le Centre de droit de la famille de l'Équipe Louis Josserand ainsi que les master droit de la famille et droit notarial international. Elle a été en délégation à l'université de la Nouvelle-Calédonie de 2015 à 2019. Elle est membre du conseil exécutif de l'International Society of Family Law (ISFL). Spécialiste de droit interne et international privé des personnes et de la famille, ses recherches portent principalement sur la circulation internationale des personnes et de leur statut individuel et familial (état civil, reconnaissance de l'état des personnes - mariage, divorce, filiation, etc., droit à l'identité...).

Pierre-Jean Bordahandy est spécialiste des transports maritimes, docteur en droit privé de l'université d'Aix-Marseille (Centre de Droit Maritime et des Transports - CDMT) en cotutelle avec l'université du Queensland (Maritime and Shipping Law Unit - MASLU). Il a depuis été consultant et expert pour diverses entreprises et institutions, et a publié de nombreux articles sur les questions de transport maritime en général et sur les questions de surestaries de conteneurs en particulier. Il a enseigné dans plusieurs universités de la Common law et est actuellement *Associate professor* à la USP.

Mathias Chauchat est professeur des universités, agrégé de droit public, à l'université de la Nouvelle-Calédonie et spécialiste des institutions des territoires français du Pacifique ainsi que de leur environnement régional.

Vincent Cogliati-Bantz est *Associate Professor* à la Faculté de droit de l'université d'Auckland (Nouvelle-Zélande). Titulaire notamment d'un doctorat en droit international de l'Institut des Hautes Études internationales de Genève, il se concentre principalement sur le droit de la mer, et plus généralement sur le droit international public. Il est l'auteur, entre autres, de *The Legal Regime of Straits: Contemporary Challenges and Solutions*, Presses universitaires de Cambridge, 2014 (avec S. E. le Juge Hugo Gaminos), et de *Means of Transportation and Registration of Nationality: Transportation Registered by International Organizations*, Routledge, 2015. Il se penche actuellement sur l'évolution et le bilan contemporain de la liberté des mers, dans un livre sous contrat avec les Presses universitaires de Cambridge.

François Feral est né à Montpellier en 1952. Président honoraire de l'université de Perpignan Via Domitia, il est aujourd'hui professeur émérite en droit public et directeur d'études honoraire de l'École Pratique des Hautes Études (EHEES) auprès de la section des Sciences de la vie et de la terre. Il a exercé de nombreuses fonctions de consultant en droit et institutions publiques auprès de différentes organisations internationales. Il a enseigné notamment, outre l'ensemble des disciplines traditionnelles du droit public, la théorie du droit ainsi que la science administrative et les politiques publiques à propos desquelles il a édité un ouvrage de référence sur les transformations de l'action publique. Au titre des droits matériels il a notamment travaillé sur le droit des pêches, la police des marchés de services et de marchandises, le droit de l'environnement marin. Il s'intéresse également depuis quelques années aux problématiques de la reconnaissance des systèmes de droit des communautés autochtones.

Géraldine Giraudeau est agrégée des facultés de droit et professeure de droit public (UPVD). Elle a enseigné pendant deux ans à l'université de la Nouvelle-Calédonie en délégation entre 2017 et 2019, et est actuellement chargée d'enseignement à l'université de Waikato en Nouvelle-Zélande. Ses recherches portent sur le droit international général, en particulier sur les questions territoriales et sur le droit de la mer. Elle est notamment l'auteur de l'ouvrage *Les différends internationaux devant le juge international, entre droit et transaction* (2013, Brill, 547 p), version publiée de sa thèse soutenue à l'université Paris 1-Sorbonne et à l'université Carlos III de Madrid.

Caroline Gravelat est maître de conférences associé en droit public à l'université de la Nouvelle-Calédonie, en charge des enseignements en géopolitique de l'Océanie, droit constitutionnel comparé en Océanie et en outre-mer français, droit international et droit de la mer. Elle est spécialiste des questions institutionnelles des États et territoires du Pacifique et des relations régionales.

Louis Lagarde est docteur en préhistoire océanienne et maître de conférences à l'université de la Nouvelle-Calédonie, en charge des enseignements en archéologie et en histoire du Pacifique. Ses recherches, menées tant en Nouvelle-Calédonie (Grande Terre, île des Pins) qu'en Polynésie française (îles de la Société, Tuamotu) portent sur les transformations des sociétés d'Océanie au cours du temps, du premier peuplement des îles jusqu'aux conséquences du contact européen.

Nadège Meyer est maître de conférences en droit privé à l'université de la Nouvelle-Calédonie et membre du Laboratoire de recherches juridique et économique (LARJE). Ses recherches portent essentiellement sur les relations individuelles et collectives de travail et les modes de prévention et règlement des différends. Nadège Meyer s'intéresse plus généralement aux aspects entre droit du travail et justice sociale, notamment au regard des populations autochtones.

Ghislain Otis est membre du Barreau du Québec et détient un PhD de l'université de Cambridge. Professeur à la section de droit civil de l'université d'Ottawa, il est titulaire de la *Chaire de recherche du Canada sur la diversité juridique et les peuples autochtones* (niveau 1). Il a été élu membre de l'Académie des sciences sociales de la Société royale du Canada en 2013.

Michael Strauss est professeur de droit international et de relations internationales au Centre d'études diplomatiques et stratégiques, à Paris, enseignant de droit international économique à l'université Paris V et professeur invité de droit international à l'université d'état Biélorusse

et l'université internationale MITSO, à Minsk. Ses recherches portent sur les relations juridiques entre les États et le territoire. Il est l'auteur de trois livres sur les baux territoriaux et un quatrième sur le contrôle privatisé du territoire de l'État.

Seules presses universitaires francophones du Pacifique, et les toutes premières du monde outre-mer francophone, les Presses Universitaires de Nouvelle-Calédonie (PUNC) ont vocation à contribuer à l'édition d'ouvrages et de revues à caractère scientifique. Elles sont un outil de diffusion et de promotion de travaux de recherche – notamment conduits à l'université de la Nouvelle-Calédonie – qui présentent un intérêt pour la Nouvelle-Calédonie et au-delà pour l'Océanie. Elles entendent également favoriser l'accès en Nouvelle-Calédonie à des ouvrages de référence à partir d'une politique de traduction et de réédition. Les PUNC ont, par ailleurs, pour ambition de faire connaître la recherche francophone au sein de la région Pacifique et au-delà par la mise en place d'une politique de communication bilingue et de coéditions.

La collection LARJE, Laboratoire de Recherches Juridique et Économique, est l'une des quatre collections que compte aujourd'hui les PUNC.

Cette collection entend valoriser des travaux de recherche originaux portant sur la Nouvelle-Calédonie et son environnement régional, notamment à partir des axes de recherche identifiés au sein de l'équipe du LARJE, rattachée à l'université de la Nouvelle-Calédonie, ou encore de ceux du Consortium pour la Recherche, l'Enseignement Supérieur et l'Innovation en Nouvelle-Calédonie (CRÉSICA) ou du Pacific Islands Universities Research Network (PIURN).

Elle a pour ambition de favoriser l'édition et la diffusion de travaux prenant notamment en compte un facteur majeur du Pacifique Sud, le multiculturalisme, qui impacte les règles normatives, l'économie autant que la gestion.

Dans le domaine du droit, en relation au multiculturalisme, le pluralisme juridique est un des thèmes majeurs mis en lumière dans cette collection car il suppose de repenser en permanence les modèles de création, d'intégration ou d'articulation des normes, comme il influe sur la place et le rôle respectifs des institutions locales et de l'État dans une région (Pacifique Sud) où coexistent différents modèles de gouvernance.

Les travaux en économie concernent prioritairement la Nouvelle-Calédonie, la Polynésie française et Wallis-et-Futuna, ainsi que leur environnement régional. Les axes majeurs de ces recherches sont les ressources (actuelles et futures), le développement durable, le rééquilibrage économique, social et humain, ainsi que les modèles de développement dans des contextes d'éloignement ou d'émancipation vis-à-vis de la métropole.

Dans le domaine de la gestion, les axes de recherche portent essentiellement sur l'impact du multiculturalisme au niveau du management des ressources humaines, plus généralement sur la recherche d'outils d'intermédiation entre les modèles océaniques et internationaux.

Les PUNC : <https://unc.nc/recherche/presses-universitaires/presentation/>

- Directeur : Jean-Marc Boyer

- Responsable éditoriale et coordinatrice : Françoise Cayrol

- Directeur de la collection LARJE : Samuel Gorohouna

Popai est un prix littéraire initié par madame Déwé Gorodey, alors vice-présidente du gouvernement de la Nouvelle-Calédonie et attribué dans le cadre du SILO. Véritable gage de qualité pour les livres primés, les prix sont attribués par un jury de professionnels du livre et de la culture.

COLLECTION LARJE

Quelle insertion économique régionale pour les territoires français du Pacifique ?

Gaël Lagadec (dir.), Jérémy Ellero, Étienne Farvaque, 2016

L'indépendance des universités en Nouvelle-Calédonie

Mathias Chauchat (dir.), 2017

Le droit de la santé en Nouvelle-Calédonie : de la médecine traditionnelle à la bioéthique

Guyène Nicolas (dir.), 2017

La coutume kanak dans le pluralisme juridique calédonien

Étienne Cornut et Pascale Deumier (dir.), 2018

L'avenir institutionnel de la Nouvelle-Calédonie

Jean-Marc Boyer, Mathias Chauchat, Géraldine Giraudeau,
Samuel Gorohouna, Caroline Gravelat et Catherine Ris (dir.), 2018

La Nouvelle-Calédonie face à la crise des finances publiques

Manuel Tirard (dir.), 2019

Quelle économie pour la Nouvelle-Calédonie après la période référendaire ?

Samuel Gorohouna (dir.), 2019

Précis de droit civil coutumier kanak (4^e édition) avec un lexique coutumier et un lexique des « faux-amis »

Antoine Leca, en coédition avec les Presses Universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2019

L'identité et le droit. Perspectives calédoniennes, nationales et internationales

Christine Bidaud (dir.), 2020

Les enjeux territoriaux du Pacifique

Géraldine Giraudeau (dir.), 2021



COLLECTION LIRE

L'école calédonienne du destin commun

Stéphane Minvielle (dir.),
2018



COLLECTION RÉSONANCES

Le réveil kanak

La montée du nationalisme en Nouvelle-Calédonie

David Chappell, 2017 (Coédition avec les éditions
Madrépores)

Violences réelles et violences imaginées

Adrian Muckle, 2018





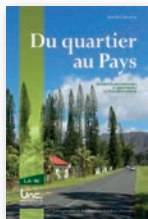
COLLECTION CRESICA

Au fil de l'eau
Nouméa 2019
Workshop des 17 et 18 septembre,
2020



Biodiversité, un besoin urgent d'action en océanie
Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2020

Biodiversity, a pressing need for action in oceania
Claude E. Payri et Éric Vidal (dir.), 2019



COLLECTION La-Ni

Du quartier au Pays, Sociabilités pluriculturelles et appartenance en Nouvelle-Calédonie
Benoît Carteron, 2020



Sous le ciel de l'exil
Autobiographie poétique de Marius Julien, forçat de Nouvelle-Calédonie
Gwénael Murphy, Louis Lagarde, Eddy Banaré,
avec la contribution d'Aurélia Rabah Ben Aïssa,
2020

NOS ÉDITIONS, NOTRE RAYONNEMENT SCIENTIFIQUE



Les presses universitaires
de Nouvelle-Calédonie :

- Actes de colloques
- Monographies • Revues scientifiques
- Manuels pédagogiques
- Traductions d'ouvrages de référence sur la Nouvelle-Calédonie

Unc
UNIVERSITÉ
de la
NOUVELLE-CALÉDONIE

Punc
PRESSES UNIVERSITAIRES
DE LA NOUVELLE-CALÉDONIE

ULTIMO GLOBAL.

Achévé d'imprimer sur les presses de Ultimo Global - Mai 2021

LES ENJEUX TERRITORIAUX DU PACIFIQUE

ACTES DU COLLOQUE DES 3 ET 4 JUILLET 2018, UNC

Sous la direction de **Géraldine Giraudeau**

Le Pacifique, plus vaste océan du monde, représente avec ses 166 millions de km² environ un tiers de la surface terrestre, plus, si on y inclut les territoires riverains. Les terres qui le parsèment (plus de 30 000 îles), sans compter les îlots et autres formations, présentent des enjeux particuliers, du fait notamment de leur histoire, de leur géographie, de leurs statuts juridiques ou encore de leur place au sein des relations internationales. Entourés d'immenses espaces maritimes en application des droits internationalement reconnus sur la zone économique exclusive et le plateau continental, les petits États insulaires du Pacifique sont paradoxalement étendus de façon croissante dans leur dimension marine, mais menacés du fait des conséquences du changement climatique, et en particulier de la montée des eaux, dans leur dimension terrestre.

En outre, la diversité des statuts juridiques des îles du Pacifique, dont certaines sont encore en processus de décolonisation, complique la protection d'une biodiversité exceptionnelle et menacée. Elle implique également des relations plurielles entre ces terres et leurs habitants. Territoires convoités pour des raisons économiques et géostratégiques, ces confettis devenus géants des mers soulèvent des questions intéressant l'ensemble du globe mais s'exprimant de façon emblématique à l'échelle de cette partie du monde.

Reprenant les actes d'un colloque organisé à l'Université de la Nouvelle-Calédonie, les 3 et 4 juillet 2018, cet ouvrage propose les regards croisés de juristes publicistes et privatistes, mais aussi d'historiens et d'anthropologues, sur ces défis appréhendés depuis la perspective de la territorialité au sens large.



ISBN : 979-10-91032-17-9

