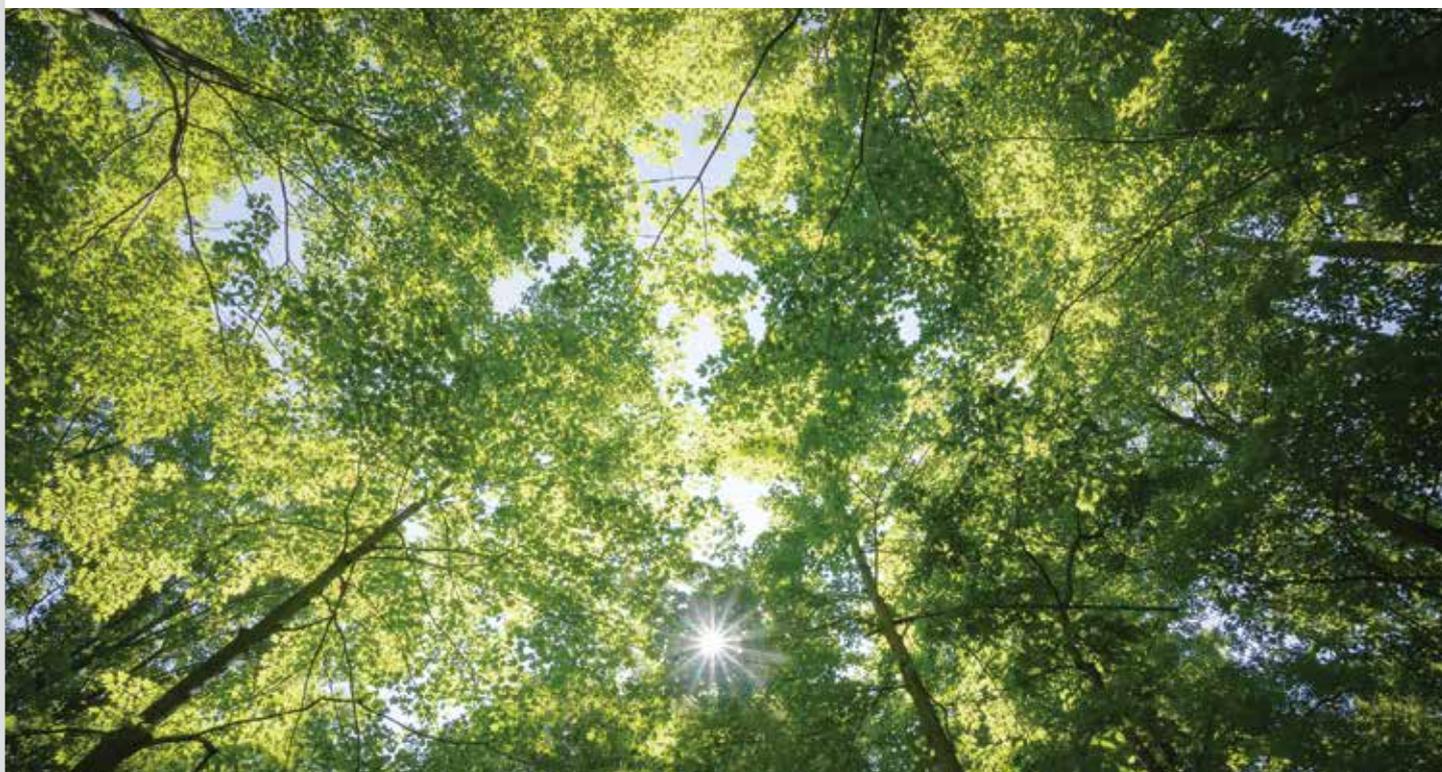


DROITS RÉELS AU PROFIT DE LA BIODIVERSITÉ :

COMMENT LE DROIT PEUT-IL CONTRIBUER
À LA MISE EN ŒUVRE DES PAIEMENTS
POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX ?



HUMANITÉ ET BIODIVERSITÉ

MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ

FONDATION NICOLAS HULOT POUR LA NATURE ET L'HOMME

SOMMAIRE

INTRODUCTION 4

1 DEMEMBREMENT DE LA PROPRIÉTÉ, FIDUCIE FONCIÈRE ET TRANSPROPRIATION : ETUDE D'UN CONTINUUM 9

1.1 Démembrements de propriété : définitions et contexte 10

1.2 La fiducie foncière environnementale, voie d'avenir ? 16

1.3 La transpropriation, promesse d'une méthode 25

2 SERVITUDES ET DROITS REELS : SAVOIR ADAPTER L'EXISTANT 31

2.1 Définitions, caractères généraux et objet des servitudes dans le champ environnemental 31

2.2 La servitude environnementale conventionnelle du fait de l'Homme : une mutation nécessaire 36

2.3 La servitude d'utilité publique environnementale : un chantier à préciser 47

2.4 L'articulation entre servitudes négociées et d'utilité publique : un équilibre à trouver 51

2.5 La question de la rémunération des servitudes conventionnelles et d'utilité publique 52

CONCLUSION 59

REFERENCES 62

POUR ALLER PLUS LOIN 63

ETUDE MENÉE ET RÉDIGÉE SOUS LA COORDINATION DE **BERNARD LABAT** ET D'UN COMITÉ DE PILOTAGE CONSTITUÉ DE **JEAN-JACQUES BLANCHON**, **AURÉLIEN GUINGAND**, **VINCENT HULIN** ET **AMANDINE LEBRETON**.

DIRECTEURS DE LA PUBLICATION : **LAURENT PIERMONT** ET **CHRISTOPHE AUBEL**

RÉDACTEUR EN CHEF : **PHILIPPE THIEVENT**

EDITION : **EMMANUELLE GONZALEZ**, **LÔRA ROUVIÈRE**

CRÉATION GRAPHIQUE : **JOSEPH ISIRDI**
www.lisajoseph.fr

MERCI AUX EXPERTS CONSULTÉS AUX FINS DE LA PRÉSENTE PUBLICATION POUR LEUR CONSEILS ET OBSERVATIONS : **PHILIPPE BILLET**, **MARC DUNCOMBE**, **ELOISE GRUGER**, **KRISTEL LABOUZ**, **GILLES MARTIN**, **BRUNO MOUNIER**, **CAROLE HERNANDEZ ZAKINE**.

UNE COPUBLICATION :

MISSION
ÉCONOMIE
DE LA **BIODIVERSITÉ**



FONDATION
NICOLAS HULIN
POUR LA NATURE
ET L'HOMME
think tank



- La **Mission Économie de la Biodiversité** est une initiative de la Caisse des Dépôts pilotée et gérée par CDC Biodiversité. En tant que mission d'intérêt général, elle a pour objectif de créer et d'expérimenter des outils innovants afin de concilier développement économique et préservation de la biodiversité. Elle s'attache par exemple à l'identification de mécanismes de financement innovants pour la préservation de la biodiversité. Attentive à développer des solutions d'avenir, la MEB a vocation à diffuser ses travaux au travers de publications.

- **Humanité et Biodiversité**, présidée par Hubert Reeves, est une association loi 1901 agréée et reconnue d'utilité publique qui mène, avec le concours de ses experts associés, une action de proposition et de plaidoyer afin de dégager des solutions permettant de faire face à l'érosion constante de la biodiversité.

- La **Fondation Nicolas Hulot pour la Nature et l'Homme** s'attache, depuis sa création en 1990, à poursuivre et encourager la métamorphose de nos sociétés qu'imposent l'état de la planète et des ressources naturelles, et ce en agissant sur le double registre de la réflexion et de l'action, comme « think tank » et comme « do tank ».

Les trois organisations partenaires ont été attentives à l'évolution des enjeux autour des paiements pour services environnementaux (PSE) et ont contribué à ce mouvement, soit en tant que force d'analyse et de proposition, soit en tant qu'acteur de terrain. Elles partagent aujourd'hui le constat qu'une réflexion sur les modalités pratiques de mise en œuvre des PSE est désormais incontournable et urgente. La présente étude constitue une étape d'importance dans cette démarche, puisqu'elle dresse le panorama des modalités juridiques disponibles en France aux fins de l'encadrement des dispositifs de paiements pour services environnementaux. Nous espérons que les lecteurs trouveront matière à réflexion dans l'exposé de ces mécanismes, tantôt opérationnels tantôt émergents, dont certains devraient être consacrés par la législation.



INTRODUCTION

Un paradoxe apparent s'attache à la perception et à la compréhension de la notion de services écosystémiques. D'un côté, ce concept, largement mobilisé dans la littérature académique comme dans le champ politique, répond à des définitions relativement simples et intuitives : le rapport sur l'Économie des Écosystèmes et de la Biodiversité (TEEB, 2010, p.41) y voit les « contributions directes et indirectes des écosystèmes au bien-être humain ». Cette conception présente ces services comme l'ensemble des avantages que l'Homme tire ordinairement de la nature qui l'entoure, bien souvent gratuitement et parfois même sans en avoir pleinement conscience. De l'autre, la définition de ces services tend à se complexifier dès lors que l'on aborde leur dimension opérationnelle, en cherchant à savoir qui les fournit et quelles sont les actions à mettre en œuvre pour les préserver.

C'est là qu'entre en jeu le concept de paiement pour services environnementaux (PSE). Le principe de l'instrument est basé sur la rémunération contractuelle d'acteurs conditionnellement au maintien ou à la restauration de leur part d'un ou plusieurs services écosystémiques préalablement identifiés. Ils consistent, en somme, à mettre en relation, d'un côté, des acteurs en position d'agir sur la qualité ou quantité de services écosystémiques, et, de l'autre, des bénéficiaires de services écosystémiques, c'est-à-dire des acteurs dont l'activité dépend de la disponibilité de ces services.

La terminologie est ici essentielle et il paraît nécessaire d'opérer en la matière une distinction fondamentale permettant, d'entrée, de clarifier le propos. Cette distinction traduit une nécessaire différenciation entre les services écosystémiques, d'une part, et les services environnementaux, d'autre part. En dépit de leur proximité linguistique, ces deux notions ont fait historiquement l'objet de réflexions en partie déconnectées et ne recouvrent pas forcément les mêmes enjeux (Bonin et Antona, 2012). Les premiers ont pour base sous-jacente le fonctionnement des écosystèmes, et sont pour ainsi dire « produits » par ces derniers : ils reposent pour l'essentiel sur des dynamiques non-appropriables, parfois qualifiées de fonctionnalités écologiques comme l'épuration de l'air ou encore la constitution de sols humifères. Les services environnementaux peuvent être définis quant à eux comme des services que les hommes se rendent entre eux par l'entremise des écosystèmes. Ainsi, dès lors que l'on évoque le paiement pour services environnementaux comme instrument mobilisable pour préserver les services écosystémiques, l'accent est explicitement mis sur les actions de l'Homme susceptibles de restaurer ou de maintenir des fonctionnalités écologiques ayant une valeur sociale, donc sources de bénéfices pour la société (MEB, 2014). Autrement dit, ce qu'il s'agit de rémunérer dans le cadre d'un PSE est l'usage particulier de ressources, notamment foncières, ou encore l'adoption de pratiques susceptibles de restaurer ou de maintenir des services écosystémiques, et non pas le service écosystémique lui-même, par nature non appropriable.

On constatera que, pour l'essentiel, les questionnements relatifs aux PSE ont surtout fait l'objet de réflexions à caractère économique. Ces réflexions ont emprunté principalement deux voies. L'une s'est attachée à l'évaluation économique de la biodiversité et des services écosystémiques au travers d'une série de rapports ambitieux et assez bien connus comme le TEEB, mais aussi le Millenium Ecosystem Assessment (2006), l'Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes (Conseil d'Analyse Stratégique, 2009), ou encore le United Kingdom National Ecosystem Assessment (2011), l'évaluation économique pouvant être entendue comme un préalable à la mobilisation d'instruments économiques de type PSE. L'autre s'est plutôt focalisée sur les cadres conceptuels possibles de l'instrument et sur les défis opérationnels soulevés par sa mise en œuvre.

Un débat à la croisée des chemins

Le premier mouvement, relatif à l'évaluation économique de la biodiversité et des services écosystémiques, n'est pas dépourvu de mérites. Il a participé à une cristallisation des consciences et à une meilleure prise en compte par les économistes et les décideurs des enjeux posés par l'érosion constante de la biodiversité. Dans le même temps, il a permis de proposer des pistes pour pallier l'absence, en matière de biodiversité, d'unité de compte intégratrice semblable à ce que peut constituer la « tonne équivalent-carbone » à l'égard du changement climatique. Par extension, ces enjeux n'ont pas été étrangers à l'émergence de la thématique des infrastructures vertes au niveau européen, et à sa traduction nationale sous la forme de la Trame verte et bleue.

Pour autant, il faut convenir qu'en se focalisant volontiers sur l'enjeu de la valorisation, voire sur la recherche de valeurs tutélaires dans le contexte du bilan socioéconomique des projets d'aménagements, ce mouvement est passé à côté des écueils pratiques que présentent les modalités d'intégration de ces valeurs au cœur même de la prise de décision des acteurs à travers la mobilisation d'instruments économiques comme les paiements pour services environnementaux. C'est pourquoi d'autres travaux non moins abondants se sont attachés aux défis des PSE pour inciter sur le terrain à la préservation des services écosystémiques et de la biodiversité. Ces études soulèvent une série de questionnements relatifs au périmètre et à l'objet de ces paiements, à leur nature et leurs liens avec le marché, à leurs possibles dysfonctionnements, ou encore aux arbitrages à réaliser entre des objectifs d'efficacité et d'équité. A certains égards donc, le débat semble être à la croisée des chemins, comme suspendu entre la valorisation à tous prix et la prise en compte d'une suite de difficultés opérationnelles, concrètes et matérielles.

Le droit à la rescousse... ou en retard ?

Comparativement au dynamisme dont a fait preuve la science économique à l'égard de la problématique des PSE, la réflexion juridique semble accuser un temps de retard. Si un certain conservatisme du milieu peut contribuer à expliquer la chose – grief somme toute traditionnel – ladite explication est un peu courte. En fait, l'idée d'un retard de la doctrine juridique n'est sans doute pas infondée mais mérite un éclaircissement. Les concepts et outils juridiques qui seront évoqués tout au long de cette étude, comme par exemple les démembrements du droit de propriété ou les fiducies, ont naturellement fait l'objet d'analyses ambitieuses. En ces matières, la doctrine, mais aussi parfois la jurisprudence, se sont attachées à décrire les instruments disponibles et à accompagner leur évolution dans le temps. **Ce qui est comparativement moins développé, c'est la mesure dans laquelle ces instruments, concepts et outils peuvent contribuer à la mise en place de PSE, et plus largement à la préservation des services écosystémiques.** Cependant, il est vrai que cette matière-ci s'applique à un objet récent (si l'on s'attache au temps du droit), et de surcroît non approprié par la science juridique, dans la mesure où il n'existe toujours pas de définition positive des services écosystémiques en droit. Il importe donc de se livrer à un exercice de « mise en musique » et de s'interroger sur les points de savoir quels mécanismes existants peuvent être mobilisés à cette fin, et au prix, le cas échéant, de quels ajustements. Tel est l'objet de cette étude.

Ce faisant, il importe de se livrer à deux observations complémentaires.

L'insuffisance de l'existant

La première, s'agissant justement de l'existant juridique, tient à l'insuffisance de ce dernier. *A priori*, de par la nature de l'objet même de la transaction dans le cadre d'un PSE, à savoir un usage particulier des terres ou une pratique spécifique portée par un acteur, l'organisation juridique d'un PSE doit nécessairement se traduire par une relation ou une construction contractuelle. Il est donc tentant de recourir au plus simple, c'est-à-dire à des contrats de droit commun, parfois dits « de gré à gré », ceux-là mêmes dont les termes sont authentiquement négociés par les parties en présence sans être soumis à un régime autre que celui que déterminent les dispositions les plus généralistes du Code civil, et notamment son article 1101⁽¹⁾. Au regard pourtant de l'objectif de préservation ou de maintien des services écosystémiques, ces contrats semblent devoir poser au moins **trois types de problèmes** :

→ Celui, largement irrésolu, de la **durée** et de son éventuelle modulation par la prise en compte de l'**adaptabilité de l'engagement aux dynamiques écologiques en présence**. Le temps de la biodiversité est rarement réductible aux intérêts humains. La constitution du sol fertile par pédogénèse, c'est-à-dire par l'altération des roches sous-jacentes sous l'action notamment du climat ou du relief, est une affaire de siècles, voire de millénaires (GIS Sols, 2011, p.9). Le cycle de vie d'une futaie de chênes dépasse le siècle. Au surplus, la plupart des services écosystémiques sont pérennes en l'absence de perturbation humaine : c'est le cas du pouvoir épurateur et filtrant des sols, de la prévention de l'érosion par un couvert végétal... En comparaison, les pas de temps contractuels communément pratiqués, notamment dans le contexte des baux commerciaux ou ruraux (9 ans, 15 ans, voire 18 ou 25 ans dans le cas des seconds...) paraissent peu adaptés. L'élaboration d'obligations contractuelles transmissibles aux ayant-droits successifs de celui qui s'y soumet est une piste ; il en existe d'autres. Pour autant, durée longue ne veut pas dire stratégie d'intervention fixe pour atteindre l'objectif en question. Il importe donc d'associer à la prise en compte du temps long des outils privilégiant des stratégies adaptatives, susceptibles de répondre aux évolutions écologiques non anticipées sur le terrain.

→ Celui de la **fragilité juridique**, au regard notamment des enjeux de la requalification. Un contrat de gré à gré ou contrat *sui generis* non soumis à un régime particulier risque, en cas de litige, de se voir requalifier par le juge. Dans le cas de contrats conclus avec une personne publique, la jurisprudence illustre ainsi, depuis l'arrêt du Conseil d'Etat Epoux Bertin (1958), une forte attractivité de la catégorie des contrats publics, lesquels sont soumis à un régime exorbitant du droit commun ainsi qu'à la compétence du juge administratif. Dans un ordre d'idée voisin, il existe, comme on le verra, une présomption de qualification en bail rural de toute une série d'opérations au premier rang desquelles figure la mise à disposition à titre onéreux d'immeubles à usage agricole (art. L 411-1 du Code rural). Or, cette qualification est moins avantageuse pour le propriétaire foncier. Il y a là des facteurs de risque à prendre en compte.

→ Celui, enfin, des besoins spécifiques que présente ce que l'on pourrait appeler « **l'ingénierie notariale** ». Il advient que des notaires soient en présence de demandes atypiques, traduisant le besoin d'une gestion patrimoniale et trans-générationnelle de biens qui se trouvent être par ailleurs des supports d'une biodiversité que le propriétaire initial entend préserver, quitte, pour ce faire, à obliger ses descendants. Là encore, le contrat de gré à gré ne peut satisfaire à ces constructions.

(1) Le contrat s'y trouve défini comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ». Le contrat de gré à gré s'oppose aux contrats dits d'adhésion, où l'une des parties est invitée à approuver des engagements précédemment formalisés dont elle n'a pas négocié la teneur (contrat de travail, abonnement...).

Les apports possibles du droit

La seconde observation, à côté de celle qui s'attache aux insuffisances des contrats courants, concerne plus positivement sans doute l'apport que peut présenter le droit vis-à-vis de la réflexion sur les PSE. Le droit s'est habitué de longue date à envisager l'arbitrage des usages et de l'accès collectif aux ressources naturelles d'un côté, avec la protection de la propriété privée de l'autre, quand bien même cette dernière, conçue de façon « absolutiste », ne serait rien de moins qu'une condition de la liberté individuelle (Rifkin, 2005). Arbitrage dont la nécessité se fait typiquement sentir à l'égard des services écosystémiques. Car si ces derniers présentent un intérêt particulier pour la collectivité dans son ensemble, ou pour une collectivité déterminée de personnes, leur fourniture dépend d'un foncier généralement soumis quant à lui à un régime de propriété privée. Il y a là une tension typique qu'il faut savoir gérer. Les notions d'intérêt général, d'utilité publique, de patrimoine commun de l'humanité ou de la Nation, sont autant de marqueurs qui peuvent y contribuer.

Mais l'appropriation par le droit d'une matière qui lui reste partiellement étrangère est affaire de temps et de mobilisation : celle du législateur bien sûr, mais aussi celle de la doctrine ou du juge, en somme de tous les acteurs dont émanent les sources du droit. Tout ici est affaire de mouvement et d'évolution. Ce mouvement peut se faire sentir dans deux directions, selon que l'on prend en compte les concepts juridiques et leur évolution, ou que l'on part de l'existant pour l'adapter aux besoins nouveaux. Dans la première dimension, on observera que l'examen de la propriété et de ses démembrements possibles offre quelques pistes intéressantes vis-à-vis des PSE, que ce soit sous la forme de la **fiducie foncière environnementale** ou de la **transpropriation (partie I)**. Dans la seconde, on verra que d'autres possibilités existent, en particulier dans le domaine des **servitudes (partie II)**. Une conséquence logique s'attache à cette double approche : à savoir que les pistes dégagées de la sorte s'inscrivent dans une échelle qui va du plus prospectif au plus opérationnel.



1 |

DÉMEMBREMENT DE LA PROPRIÉTÉ, FIDUCIE FONCIÈRE ET TRANSPROPRIATION : ÉTUDE D'UN CONTINUUM

Lorsque l'on s'avise de penser la préservation des services écosystémiques dans les territoires, on est très vite confronté, et ce en toute logique, au rôle incontournable du propriétaire foncier, quelle que soit la nature exacte de ce dernier (personne physique ou morale, publique ou privée, groupement, etc...). C'est le propriétaire qui est le mieux placé pour agir concrètement sur le foncier support de biodiversité, sur la végétation qu'il accueille, ainsi que sur les milieux et biotopes qu'il renferme. Pour ce faire, il peut agir de son propre chef ou, dans le cas où ses terrains seraient objets de location, inciter l'occupant à adopter des attitudes favorables au maintien de la biodiversité. **On ne peut donc soulever la question des PSE dans les territoires sans interroger la situation du propriétaire et, partant, l'institution même de la propriété.**

Dès lors qu'il s'agit d'amener ce propriétaire à maintenir, restaurer ou optimiser les services écosystémiques rendus sur sa parcelle, il existe **deux pistes principales**, qui, en dépit des apparences, sont assez convergentes :

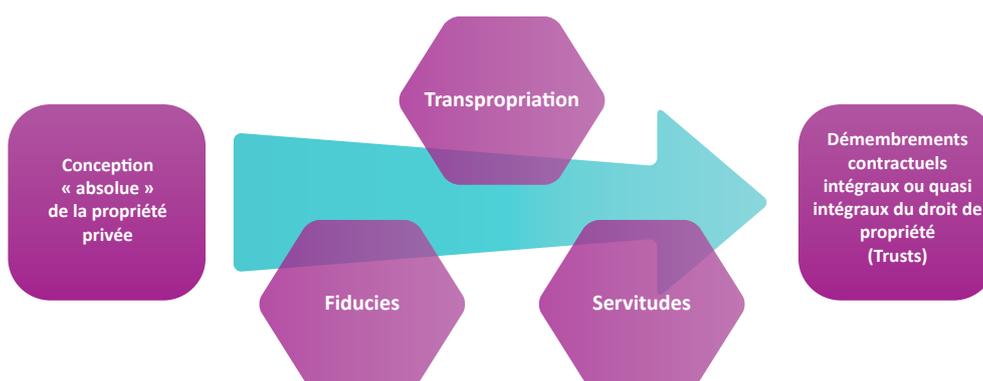
→ **La piste contractuelle.** Le propriétaire et un tiers concluent un contrat prévoyant les usages à adopter, lequel contrat pouvant mentionner le montant et les modalités d'une rémunération. L'occupant preneur à bail peut être associé à cette « équation contractuelle » par diverses modalités, comme la conclusion d'un contrat distinct et en quelque sorte secondaire.

→ **La piste relevant de la limitation ou du démembrement du droit de propriété.** Dans ce cas, le propriétaire va être amené à consentir une « perte de substance » du droit qu'il exerce sur son terrain. Très concrètement, il va par exemple admettre une situation dans laquelle il n'aura plus le droit de tout faire sur sa propriété : renoncer à construire ou à supprimer certains éléments paysagers, patrimoniaux ou naturels de son terrain (arrachage d'une haie, comblement d'un fossé, d'une zone humide, etc...). Ces abstentions volontaires ou, si l'on préfère, ces obligations consenties de ne pas faire, pourront le cas échéant s'assortir d'obligations de faire. Ainsi pourra-t-il s'agir de tailler des haies, d'en remplacer les pieds morts, ou de veiller au maintien d'une mare par les moyens appropriés. Tout l'enjeu consiste à imaginer comment ces limitations volontaires à l'exercice de la propriété pourront faire l'objet de compensations ou de rémunérations financières.

En fait, dans la mesure où il s'agira le plus souvent de limiter contractuellement l'extension du droit de propriété et de formaliser l'accord du propriétaire pour ce faire, ces deux pistes sont bien souvent complémentaires. **Il existe ainsi un « continuum » entre les deux solutions.** L'une des extrémités de ce continuum est représentée par la conception traditionnelle et volontiers « absolutiste » de la propriété en droit civil français, rendant un démembrement possible mais dépendant du bon vouloir du seul propriétaire. A l'autre extrémité, on trouve le trust (ou fiducie en français), issu du droit anglo-saxon, qui admet des conceptions plus « éclatées » des droits que les personnes peuvent exercer sur un bien ou tirer de celui-ci. A différents stades de ce continuum, des éléments de solution susceptibles de participer à un encadrement juridique des PSE émergent : tel est le cas de la **fiducie foncière environnementale**, de la **transpropriation**, ou bien encore, mais dans un registre plus particulier, des **servitudes environnementales** pour lequel le lien à la théorie du démembrement est plus discuté et qui feront l'objet, pour cette raison notamment, d'un traitement particulier dans la partie II. Il faut convenir que, dans les deux premiers cas, on se

trouve en présence d'instruments novateurs, prospectifs, non encore pleinement opérationnels. Mais des interventions somme toute modestes de la part des autorités publiques et/ou du législateur suffiraient vraisemblablement à leur conférer d'avantage de substance.

Le continuum des démembrements



Note : la flèche représente une évolution à la fois chronologique et conceptuelle dont la direction, la progression et même l'opportunité peuvent être remises en cause en fonction des sensibilités doctrinales et des aléas législatifs. Sa dimension temporelle doit être comprise avec précaution (cf. existence de fiducies sous l'ancien régime...).

1.1 Démembrements de propriété : définitions et contexte

A - Le démembrement de propriété : principe et expressions

En droit, la propriété est une fausse évidence. S'il existe une définition simple de la propriété dans le Code civil, celle-ci ne traduit qu'imparfaitement la subtilité des typologies des droits qui la composent effectivement. La propriété est définie dans l'article 544 du Code civil, disposition « napoléonienne » fondée sur une loi du 4 février 1804, comme « la faculté de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements ».

D'emblée donc, la propriété est présentée comme une faculté « absolue » que seule pourrait limiter la norme de droit, émanation de la volonté du législateur ou de l'autorité réglementaire. Mais ce que cette définition ne montre pas, c'est que **la notion de propriété procède de catégories et de notions juridiques plus ou moins vastes, qui s'imbriquent et se déclinent pour dessiner un paysage intellectuel autrement plus complexe**. Ce paysage est dominé par une distinction maîtresse entre deux catégories de droits : les droits réels (attachés à une chose) et les droits personnels (droits d'exiger d'une personne une obligation déterminée, dit également droits de créance)⁽²⁾. Quand un propriétaire foncier laboure son terrain, ou recueille les fruits qu'il produit, il exerce un droit réel sur lui. Les juristes soulignent que ce droit, envisagé plus généralement, lui confère un pouvoir direct et immédiat sur une chose, en l'occurrence son terrain.

(2) A certains égards d'ailleurs, cette distinction entre droits réels et droits personnels est elle-même imparfaite car elle traduit mal l'ampleur des droits que recouvre réellement la notion de propriété. Des formes de propriété immatérielles comme le droit d'auteur ou le lien qui associe l'individu à son identité – laquelle peut après tout être usurpée – illustrent cette ambiguïté.

Toujours est-il que la propriété telle que définie ci-dessus constitue bien l'exemple type du droit réel. Elle en est même un archétype « parfait », le seul à être « plein et entier ». Les autres droits réels, en quelque sorte « imparfaits », en apparaissent comme des morceaux ou des fractions. On peut dès lors estimer que la propriété est l'ensemble et que les droits réels (dits démembrés) sont des morceaux de cet ensemble. **C'est le principe du démembrement de la propriété.**

Ce principe est particulièrement manifeste quand on considère les trois ingrédients classiques de la propriété, à savoir l'usus (droit de disposer d'une chose sans en percevoir les fruits), le fructus (droit d'en percevoir précisément les fruits ou le revenu), et l'abusus (droit de disposer de son bien de manière également absolue, par aliénation ou, le cas échéant, destruction). Or, ces trois ingrédients sont détachables les uns des autres et composent donc déjà, en eux-mêmes, des démembrements de la propriété constitutifs de droits réels. Ainsi, l'usufruit compose une addition de l'usus et du fructus, tandis que la nu-propriété correspond – grossièrement, du moins – au bénéfice du seul abusus. Ces découpages ont évidemment des implications concrètes sur la gestion foncière, agricole et éventuellement écologique des sols. D'après l'article 578 du Code civil, l'usufruit est très simplement « le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété ». Un autre article (583) vient préciser ce qu'il convient d'entendre par « jouir » en désignant les avantages qu'on peut tirer concrètement de l'usufruit. Ces avantages consistent classiquement à exploiter des « fruits naturels » (ceux qui sont le « produit spontané de la terre »), et des « fruits industriels », obtenus par culture. Cette désignation ne va pas sans interpeller à l'heure où émerge la notion de services écosystémiques : **ces derniers, après tout, ne constituent-ils pas les « fruits naturels » du foncier sous-jacent ?** Par extension, bénéficiaire d'un sol fertile ou d'une eau épurée ne revient-il pas, sous certains aspects, à bénéficier d'un usufruit sur la nature ?

Certains codes, en tous cas, énumèrent clairement ces démembrements. Il en va ainsi, quoique de manière expéditive, dans l'article 543 du Code civil français qui distingue droit de propriété, droit de jouissance, et « service foncier ». De même, le Code civil québécois (article 1119), plus précis, cite l'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose, en les qualifiant bien de « démembrements », mais dans un contexte où par ailleurs ce droit admet aussi la fiducie / trust.

Le point important réside dans le fait qu'en droit français, et en vertu du caractère « absolu » de la propriété, **c'est au propriétaire qu'il revient de décider ou non de démembrer.** Ce qu'il n'a *a priori* que peu de raisons de faire, mis à part pour des questions fiscales, patrimoniales, ou encore d'investissement⁽³⁾.

B - Le démembrement, matière vivante et évolutive

• De la théorie du démembrement à la fiducie... via la révolution française

→ **Une théorie vivante, objet de débats.** On pourrait considérer, au vu de ce qui précède, que le démembrement du droit de propriété est clairement consacré par le droit, de longue date, et dans sa pleine mesure. Cette impression peut être confortée par le fait que les dispositions du Code civil relatives notamment à l'usufruit (art 582 et suivants) sont des dispositions anciennes, bel et bien « napoléoniennes » puisque datant de 1804. La réalité est plus subtile, car plus évolutive. En fait, l'idée de démembrement n'est pas « statique » : elle fait l'objet d'une théorie juridique relativement sophistiquée qui a son histoire, son évolution et ses déclinaisons dans le chef de la culture juridique des différents pays européens. Elle n'a pas abouti aux mêmes résultats en France, dans le monde germanique ou dans le monde anglo-saxon. De ce point de vue, le trust et son équivalent continental, la fiducie, peuvent être perçus comme des avatars, ultimes pourrait-on

(3) Un exemple de ces motivations financières et successorales est assez bien connu : pour un propriétaire, la transmission de son vivant à son ou ses descendant(s) de la nue-propriété d'un bien dont il conserve l'usufruit à titre de viager est une solution de bon aloi, car elle permet d'alléger considérablement les droits de succession.

dire, de la théorie du démembrement qui a *de facto* cessé d'évoluer en France. Pour comprendre ce qu'il en est, il importe de se livrer à un bref détour historique, qui concernera tout à la fois l'évolution du démembrement et l'émergence concomitante du trust.

→ **Démembrement, révolution et féodalité.** En France, la mise en place d'un droit « moderne » de la propriété, notamment foncière, a été un enjeu-clé de la période révolutionnaire, comme désignant plutôt la sortie graduelle de l'ancien régime. En forçant le trait, **le démembrement de la propriété apparaît rétrospectivement fondé sur le démembrement graduel du lien associant le seigneur à ses terres**, ce qui correspond, sur le plan politique, à la sortie de la féodalité. Un assez vaste ensemble de théoriciens et de juristes, tantôt progressistes et tantôt conservateurs, se sont penchés sur ce mouvement avec des motivations bien différentes, selon qu'ils se proposaient justement de sauver les attributs principaux de la féodalité ou au contraire de s'en affranchir⁽⁴⁾.

Arrivent les lois de la révolution. Celles-ci abolissent toute une série de régimes tirés du démembrement graduel des droits seigneuriaux qu'avaient théorisés les juristes de l'ancien temps comme l'inféodation, l'accensement, ou encore le bail à rente seigneuriale. C'est aussi le droit révolutionnaire qui introduit un plafond indépassable dans la durée des baux, la fameuse emphytéose. En présence d'un bail à rente d'une durée inférieure à 99 ans, la propriété reste au bailleur. Au-delà, elle est transférée au preneur à bail. La location à très long terme disparaît de ce fait, ce qui n'ira pas sans inconvénients quand il s'agira de faire se superposer le temps court du contrat « humain » et le temps long de la biodiversité et des processus naturels.

Dès ce moment, autour de la période post-révolutionnaire et du Code « Napoléon », le décor est planté. Il évoluera néanmoins avec l'émergence de solutions fondées sur l'idée de contractualisation.

● L'émergence progressive du trust et de la fiducie

→ **La fiducie, une histoire dans l'Histoire.** Les évolutions du démembrement de la propriété et du trust sont effectivement liées, mais dans le même temps subtilement distinctes, et n'obéissent pas au même tempo. Rapportée au cas français, l'histoire de la fiducie est en fait une histoire à éclipses : son évolution répond ainsi à des vagues successives qui font alterner périodes d'oubli et de redécouvertes. **Nous nous situons, en ce début de 21^{ème} siècle, dans une période de redécouverte assez dynamique des mérites de la fiducie**, qui fait suite à une période d'oubli qui, selon Michel Grimaldi (2011), recouvrait *grosso modo* le 19^{ème} siècle et les trois quarts du 20^{ème}.

Ce mouvement de redécouverte de la fiducie s'avère chaotique et imparfait puisqu'il concerne inégalement deux catégories de fiducies : la fiducie foncière (non reconnue en France) et la fiducie financière ou assurantielle (désormais consacrée). Ce qui est assez étonnant car la fiducie foncière, ou si l'on préfère le trust appliqué à la gestion de terrains, a bel et bien existé en droit français, mais en des périodes reculées correspondant en fait au droit romain et au droit d'ancien régime.

→ **Antécédents de la fiducie foncière: droit romain et droit féodal.** La fiducie romaine était conçue comme un pacte adjoint à un transfert de propriété, par lequel l'acquéreur s'engageait auprès du cédant à restituer le bien (par exemple un domaine) au moment et aux conditions fixées dans la convention. Mais les romains eux-mêmes ont tour à tour employé puis négligé ce pacte, auquel ils trouvaient un inconvénient majeur qu'ils n'ont pu ou su résoudre. En effet, dans le système romain, les biens confiés au fiduciaire-gestionnaire étaient intégrés au patrimoine propre de ce dernier, sans distinction d'aucune sorte. Il en résultait que des créanciers du gérant peu scrupuleux ou maladroit pouvaient saisir l'intégralité de son patrimoine, y compris la fraction préalablement

(4) L'attitude des « feudistes », anciens spécialistes des droits féodaux et seigneuriaux, est à cet égard très illustrative puisqu'après la révolution la plupart d'entre eux ont envisagé les moyens de restaurer, au profit de la bourgeoisie terrienne ou industrielle, les droits féodaux prétendument imprescriptibles. Le propriétaire est dans cette théorie le « feudataire », terme tiré du vieux français dont l'étymologie désigne bien l'ancien titulaire d'un fief.

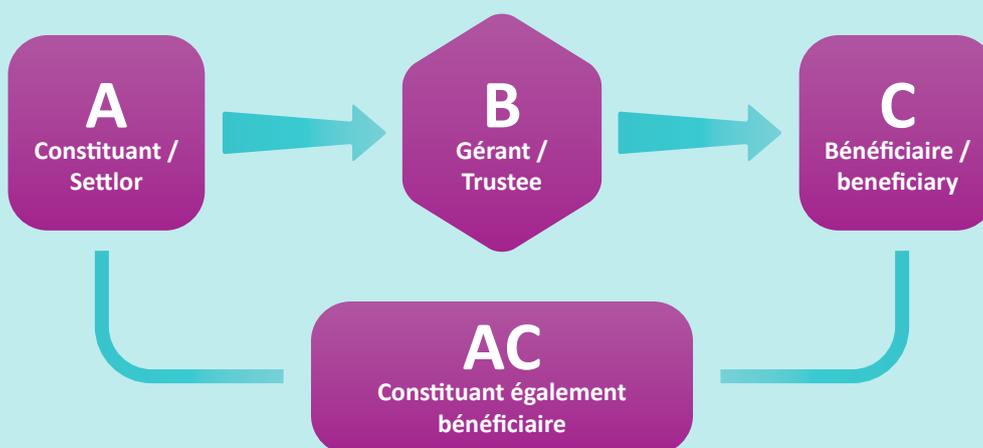
→ Définition générale de la fiducie / trust

La fiducie est l'institution juridique consistant pour une personne, le fiduciant ou constituant (en droit anglo-saxon, le « settlor ») à remettre à une seconde personne, le fiduciaire (« trustee ») un bien pour que celui-ci le gère d'une certaine manière convenue par avance, avant de le restituer à une troisième personne, le bénéficiaire (« beneficiary ») à l'échéance d'un délai déterminé.

Le fiduciant pouvant également être bénéficiaire de l'opération, la fiducie permet idéalement d'imaginer qu'un terrain appartenant à un propriétaire-fiduciant soit confié par celui-ci à un gérant dont la nature peut être variable (conservatoire d'espaces naturels, association, fondation, autres acteurs privés...), ce dernier devant respecter un cahier des charges visant par exemple à garantir le maintien, pour une durée prédéterminée, de services écosystémiques explicitement désignés, avant de restituer les terres en question au fiduciant. Dans ce cas, le bénéficiaire pourrait être le propriétaire du terrain lui-même et/ou un autre acteur (collectivité publique ou entreprise par exemple) dont l'activité dépend de la disponibilité des services écosystémiques en question.

On peut exprimer la définition de la fiducie dans les termes juridiques suivants : « la fiducie est l'acte juridique par lequel une personne, le fiduciaire, rendue titulaire d'un droit patrimonial, voit l'exercice de son droit limité par une série d'obligations, parmi lesquelles figure généralement celle de transférer le droit au bout d'une certaine période soit au fiduciant, soit à un tiers bénéficiaire » (Witz, 1981).

Principe de la fiducie



confiée à lui par des tiers. Autrement dit, il y avait un fort risque juridique à pratiquer la fiducie. Cet inconvénient est aujourd'hui contourné, y compris en droit français, par le recours au mécanisme dit du « patrimoine d'affectation ».

En ancien droit français, le système de la fiducie avait déjà évolué : le terme désigne alors la disposition par laquelle un testateur (personne qui rédige un testament, ce pourrait être aujourd'hui un notaire agissant pour son client) nomme un héritier de pure forme, qui va détenir et gérer les biens objets de la succession avant de les remettre à l'échéance d'un certain délai au véritable héritier. C'est donc en quelque sorte le régent d'un domaine, au même titre qu'il peut y avoir un régent du royaume. On voit assez bien en somme que la fiducie d'ancien régime permettait aux nobles et aux propriétaires d'agir de même. D'autres formes de fiducies foncières, consistant pour un seigneur à remettre temporairement son fief en gestion, furent employées notamment à l'occasion des croisades.

→ **Le temps des précurseurs : pandectistiques et école anglaise.** A l'issue de la révolution française, c'est tout naturellement que l'histoire de la fiducie rejoint celle du démembrement du droit de propriété, telle qu'évoquée plus haut. C'est à cet instant en effet que se manifeste en Allemagne une nouvelle école juridique, dite « pandectistique », qui sera immédiatement reprise en Angleterre par John Austin (titulaire de la chaire de jurisprudence à l'Université de Londres de 1828 à 1832). Pour les pandectistiques, qui abandonnent l'idée de démembrement proprement dite, la propriété est un droit illimité sur une chose, qui ne peut donc pas se démembrer. En revanche, ce droit peut être limité, non plus en vertu de dynamiques intrinsèques, mais par des droits extérieurs et extrinsèques dont disposent d'autres personnes que le propriétaire. La limitation de la jouissance de la propriété peut dès lors être consentie et contractuelle : c'est le fondement de la théorie anglo-saxonne. D'où la fameuse institution du trust, à laquelle correspond donc la notion francophone de fiducie.

→ **La situation présente en France : une redécouverte partielle de la fiducie-gestion.** La réapparition de la fiducie dans le paysage juridique français est un phénomène relativement récent et, selon toute vraisemblance, inachevé. Il est marqué schématiquement par trois étapes dont il faut observer qu'elles laissent totalement de côté, à ce stade, la question de la fiducie foncière :

- > La pratique des « **fiducies innommées** ». Pendant la longue période d'occultation de la fiducie faisant suite à la révolution française et s'étendant pour ainsi dire jusqu'aux années 2000, on s'est progressivement mis ou remis à « faire de la fiducie » à la manière de monsieur Jourdain, c'est-à-dire en feignant de l'ignorer. Mais les mécanismes en question étaient très spécialisés, éclatés, et ont toujours tourné le dos à la question foncière. Ils ont cependant été redécouverts par la doctrine, en un double mouvement articulé autour d'une thèse fameuse (« la fiducie en droit privé français », Claude Witz, 1979) et d'un colloque tenu au Luxembourg en 1984, à l'heure même où ce pays convenait d'adopter une loi relative à la fiducie bancaire. Ces « fiducies innommées », non reconnues comme telles, prennent l'aspect d'une multitude de mécanismes dont certains existent encore : conventions de portage, réméré, prêt à la consommation, cautionnement, clauses de réserves de propriété...
- > Les **avancées du droit bancaire** datent elles aussi des années 1980 et procèdent d'une volonté du législateur de l'époque. Elles se traduisent en fait par deux lois, des 13 juillet 1979 et 23 décembre 1988, portant respectivement création des fonds communs de placement et des fonds communs de créance. Il s'agit là de placements collectifs en valeurs mobilières qui constituent dans le même temps des fiducies, sans pourtant que ce terme soit explicitement employé.
- > **La réintroduction de la fiducie-gestion de placement.** L'intervention du législateur, tardive mais d'importance, prend la forme d'une loi du 19 février 2007 « instituant la fiducie » (n°2007-211), appuyée et complétée plus tardivement par une ordonnance du 30 janvier 2009. Ces textes ont le mérite de réformer enfin le Code civil par adjonction d'un nouveau titre (livre III, titre XIV) intégralement consacré à la fiducie. Au passage, et fort logiquement, une définition de la fiducie est introduite dans l'article 2011 du Code. Mais sa lecture révèle d'emblée des détails qui dépassent les définitions généralistes et doctrinales livrées plus haut : « La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires ».

La référence dans cette formule à une séparation du patrimoine propre est importante car c'est précisément cet ingrédient qui permet de résoudre, dans le droit contemporain, la difficulté à laquelle furent jadis confrontés les romains. Le transfert de propriété qu'implique la fiducie aboutit à introduire les biens concernés dans une section patrimoniale séparée des autres biens appartenant réellement au fiduciaire : c'est ce qu'on appelle ici le patrimoine d'affectation (art. 2011 du Code civil), et c'est là une solution également employée dans les trusts anglo-saxons.

On pourrait penser que la loi de 2007 et l'ordonnance de 2009 ouvrent enfin la voie à des fiducies foncières possiblement dédiées à la protection de la biodiversité et des services écosystémiques. Il n'en va pas ainsi dans la pratique. **En effet, le nouveau titre du Code civil n'introduit la fiducie que dans les domaines financiers et assuranciers.** L'ouverture de la qualité de fiduciaire y est restreinte à certains acteurs énumérés par renvoi au Code monétaire et financier (art 2015) : établissements de crédit, d'investissement et d'assurance, Trésor Public, Banque de France ou encore Caisse des dépôts et Consignations.

A bien des égards, la réforme de 2007 apparaît comme un approfondissement du mouvement favorable aux fiducies-gestion d'investissement, entamé dans les années 1980 ; or, **la fiducie foncière demeure étrangère à ce mouvement, et de par le fait, non reconnue en droit français,** quand bien même il suffirait sans doute de réformer le nouveau titre du Code civil pour ce faire.

● **L'état du débat : le droit français dépassé ?**

Au vu de cette remise en perspective, **les possibilités offertes sur le front juridique en matière de préservation des services écosystémiques semblent restreintes, que ce soit sur le terrain du démembrement du droit de propriété ou sur celui, voisin, des fiducies.** Il existe cependant des perspectives dans ces deux directions. Mais il importe auparavant de signaler que l'état de l'évolution décrite n'est toujours pas statique, et aboutit aujourd'hui à une situation qui ne satisfait, semble-t-il, que bien peu d'acteurs.

Cet état de fait suscite depuis quelques temps une double critique, portant sur l'attractivité du droit américain et du trust en particulier d'un côté, et sur les imperfections de la théorie du démembrement de l'autre.

→ Concernant le premier point, il faut convenir que le trust fait l'objet d'une intense promotion. Volontiers qualifié d'« ange gardien des anglo-saxons », il bénéficie indirectement d'une promotion active et plus large du droit de common law, opposé fréquemment à un droit continental vécu par certains comme archaïque, poussiéreux, et de surcroît peu adapté aux exigences contemporaines de l'entreprise mondialisée⁽⁵⁾.

→ A l'égard de la théorie du démembrement, le paysage doctrinal semble être devenu quelque peu « schizophrène ». D'un côté, la théorie est toujours présente dans les manuels et utilisée en faculté pour l'enseignement, à l'appui notamment de la traditionnelle distinction usus / fructus / abusus. De l'autre, les auteurs sont presque unanimement critiques vis-à-vis de cette théorie mais ne vont pas jusqu'à la remettre en question radicalement. D'où l'impression collective, encore qu'elle ne soit sans doute pas universellement partagée, que l'on se trouve en ces matières « à la croisée des chemins » et peut-être à la veille d'ajustements nécessairement radicaux. Michel Boudot (2006, p.13) pose franchement la question en ces termes : « Je crois que nous sommes arrivés à un état de confusion conceptuelle qui devrait nous amener à renoncer à la métaphore du démembrement. Mais avons-nous une théorie de substitution ? »

Pour autant, et quelle que puisse être la sévérité de ces constats, il ne nous semble pas qu'il faille désespérer du droit romano-germanique et de ses virtualités évolutives. Loin d'avoir déraillé, le train du droit français semble être en mesure au contraire d'emprunter, non sans quelque résistance, deux voies prometteuses : celle prévisible donc de la **fiducie foncière**, mais aussi celle de la **transpropriation**.

(5) La publication annuelle du rapport de la Banque Mondiale « Doing Business », censé refléter l'attractivité de l'environnement juridique de différents pays vis-à-vis du monde des affaires, illustre cette friction au travers des polémiques et discussions dont il fait fréquemment l'objet de ce côté-ci de l'Atlantique. On trouve en outre quelques éclairages comparatifs sur les mérites respectifs du droit anglo-saxon et du droit continental dans le rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale (n° 3655), préparatoire à la loi de 2007, sous la plume de Xavier de Roux.

1.2 La fiducie foncière environnementale, voie d'avenir ?

A - Caractères généraux de la fiducie en droit français

Avant de se pencher plus précisément sur la question prospective de la fiducie foncière environnementale, il paraît nécessaire d'évoquer quelques traits généraux de la fiducie en droit français.

- **Forme juridique**

Le rattachement de la fiducie à la grande famille des instruments contractuels ne fait pas de doute, et l'on peut même préciser qu'en l'état actuel, **le dispositif doit obligatoirement prendre la forme d'un contrat écrit**. C'est ce qui ressort du rapprochement entre les articles 2018 et 2019 du Code civil : la première disposition impose, sous peine de nullité, que soient précisés certains éléments de la fiducie (biens visés, durée du transfert, identité du ou des fiduciaires...) tandis que la seconde impose, sous la même condition, l'enregistrement du contrat auprès des services fiscaux. Le droit anglo-saxon est plus souple car l'expression contractuelle du trust, le document qu'on appelle « trust deed », est quant à lui facultatif dans l'absolu.

- **Nature**

En tant qu'opérations juridiques, le trust anglo-saxon comme la fiducie française s'analysent comme des transferts de propriété, en l'occurrence temporaires et conditionnés. Classiquement, la fiducie constitue un transfert de biens ou de droits d'un patrimoine à un autre, dans l'architecture triangulaire associant le constituant, le gérant et le bénéficiaire.

- **Typologie sommaire des fiducies**

La typologie des fiducies est dessinée par deux critères, la **finalité** et la **nature** des biens confiés en « gérance ».

→ Du point de vue de la finalité poursuivie, les juristes distinguent généralement la fiducie gestion, qui correspond le plus strictement à la définition donnée plus haut (on confie un bien à un gestionnaire afin que celui-ci le gère d'une certaine façon) et la fiducie sûreté. Dans ce second cas, le dispositif d'ensemble reste le même, mais le bien est confié à une personne distincte de son propriétaire initial dans le but de servir de garantie à un paiement ultérieur. La fiducie devient alors un contrat par lequel une personne aliène à une autre personne un bien dans le but de garantir une créance.

→ Du point de vue de la nature des biens, ou si l'on préfère de l'objet de la fiducie, on peut être amené à distinguer la fiducie foncière, et les fiducies qui se présentent ordinairement comme des placements financiers, que l'on qualifiera par simplification de fiducies financières ou bancaires. Or, on l'a vu, seules ces dernières ont fait récemment l'objet d'une intervention législative.

- **La question du bénéficiaire**

S'il est une problématique à l'égard de laquelle il a pu exister une différence entre le trust et la fiducie, c'est la question du bénéficiaire final de l'opération. En droit anglo-américain, le « settlor » ou fondateur du trust peut fort bien en être aussi le « beneficiary ». Cela correspond à des situations où, en somme, la mise en place du trust répond à une volonté unilatérale où la gestion d'un bien est confiée à quelqu'un, dans un but déterminé, avant que celui-ci soit pleinement

récupéré par son propriétaire à l'issue d'un certain délai. Dans le contexte de la loi de 2007, on pouvait craindre une solution restrictive à cause de la finalité financière des fiducies visées, dont l'objet est la constitution de sûretés aux fins de la gestion de biens pour le compte d'autrui – bien que dans cette équation, les établissements bancaires soient normalement appelés à agir en tant que « trustee ». Quoi qu'il en soit, l'article 2016 du Code civil, introduit par l'article premier de la loi, lève désormais l'ambiguïté en stipulant que le constituant et même le fiduciaire peuvent aussi être le bénéficiaire ou l'un des bénéficiaires de la fiducie. Cette possible identité entre constituant et bénéficiaire doit évidemment être maintenue dans le cas des fiducies foncières, dans lesquelles le constituant sera généralement le propriétaire des terrains lui-même, désireux d'en retrouver la pleine propriété à terme. On voit mal comment un dispositif opérationnel pourrait être accepté s'il devait en aller autrement.

B - Quelles finalités possibles pour les fiducies foncières ?

Là où le dispositif existe, la fiducie foncière peut poursuivre des fins environnementales, en lien le cas échéant avec la préservation des services écosystémiques. Mais ce n'est pas là leur seule mission possible, et il existe des fiducies qui poursuivent des objectifs étrangers aux préoccupations environnementales. Par ailleurs, ces dispositifs apparaissent particulièrement adaptés à l'évolution récente de la propriété foncière, qui fait la part belle à la détention et à l'échange de parts sociales.

● Des trusts fonciers à tout faire...

Le rapprochement des différentes catégories de fiducies évoqué plus haut permet déjà, en soi, d'envisager la finalité que peuvent poursuivre ces instruments. Ainsi, quand on est en présence d'une fiducie de gestion également constitutive d'une fiducie foncière, il apparaît d'emblée que l'objectif générique poursuivi va être, par hypothèse, un objectif de bonne gestion foncière. Mais, dans la pratique, cet objectif générique poursuit en fait des finalités fortement différenciées, qu'il s'agisse de la construction de logements, de maintien des activités agricoles, ou de préservation de l'environnement. En voici quelques exemples :

→ **En matière historique et ethnique**, on peut songer à l'exemple australien fourni par le « Aboriginal land trust » créée en 1973 en vue de capter et de gérer des terrains anciennement dévolus aux réserves aborigènes, ou au Native Land Trust Act (NLTA) aux Iles Fidji.

→ **La préservation du patrimoine culturel** (monuments, maisons et lieux remarquables, jardins, etc...) constitue traditionnellement un terrain privilégié pour l'action des trusts. En Grande-Bretagne, l'action du très polyvalent National Trust, dont les statuts remontent à 1907, en témoigne assez bien puisque cette structure ne gère pas moins de 73 000 sites archéologiques et historiques ainsi que 3 000 bâtiments d'intérêt. Au Royaume-Uni toujours, le Landmark Trust poursuit des objectifs similaires en assurant la rénovation d'immeubles historiques en péril avant d'assurer leur exploitation touristique, y compris en hôtellerie.

→ En ce qui concerne **le maintien et l'entretien d'infrastructures**, on peut relever l'existence en Grande-Bretagne du Canal and River Trust (CRT), structure créée en 2012 pour assumer les fonctions d'une agence préexistante, l'ancien British Waterways.

→ Mais c'est dans le domaine de **l'habitat** que les land trusts sont particulièrement nombreux et efficaces. Dans les pays de culture anglo-saxonne, il advient fréquemment que les politiques d'accès au logement – notamment social – soient poursuivies au moyen de fiducies dédiées, les community land trusts et autres fiducies communautaires. On a pu constater à ce propos que « Les fiducies foncières communautaires (FFC) sont des sociétés sans but lucratif créées dans le but d'acquérir un terrain et de le conserver pour le bénéfice d'une collectivité et de fournir aux résidents de la collectivité un accès sûr et abordable au terrain et au logement. Les FFC ont obtenu un succès variable au Canada et aux États-Unis depuis leur lancement à titre de solution de remplacement au logement abordable » (SCHL, 2014). Aux États-Unis, où il existe environ

200 de ces trusts, ils sont encadrés par une législation spécifique, le Housing and Community Development Act de 1992. Ces instruments se rapprochent bel et bien d'un trust dans lequel le « trustee » serait l'acheteur de logement, lequel s'engage en cas de survenance de certaines conditions à le céder, avec une plus-value limitée ou sans plus-value dans certains cas, à une personne éprouvant à son tour des difficultés à se loger.

- **...Y compris préserver l'environnement et les services écosystémiques**

Dans un contexte environnemental, rien ne s'oppose à ce que l'objectif de bonne gestion du foncier intègre non seulement des préoccupations visant à préserver tel ou tel type de milieu ou d'espèces, mais aussi – pourquoi pas – la restauration ou le maintien de services écosystémiques. Il convient d'observer que la terminologie anglo-saxonne qualifie généralement ces trusts écologiques de « conservation land trusts » ou encore de « land conservancies ».

Néanmoins, il faut être clair : la question de savoir si ces conservation land trust poursuivent explicitement des objectifs de préservation des services écosystémiques doit aujourd'hui recevoir une réponse nuancée, la pratique de ces organismes étant très variable. La volonté de préserver la disponibilité pérenne de ces services, concept peut-être peu parlant à l'égard des donateurs, n'est pas mise en avant, mais exposée de manière indirecte dans le cadre par exemple des plans d'actions ou instruments assimilés du trust. L'exemple en est fourni, dans l'Oregon, par le Greenbelt Land Trust (GLT), crée en 1989, et qui se donne pour but le maintien de surfaces foncières à des fins de préservation des écosystèmes dans quelques comtés. Ce trust dispose d'un plan d'action stratégique 2011-2016 qui expose plusieurs objectifs, lesquels ne sont pas explicitement qualifiés de services écosystémiques tout en évoquant d'assez près la notion : maintien d'écosystèmes variés, exploitations agricoles efficaces et pérennes, fourniture d'une eau saine et abondante, maintien d'opportunités en termes d'activités récréatives et d'éducation, préservation des communautés locales en tant que lieux d'existence attractifs, maintien de la beauté paysagère...

Certaines de ces finalités ne vont pas sans évoquer le désir de préserver des valeurs hédonistes ou d'usage. A cet égard, il y a sans doute un lien à faire avec la **préservation d'un usage récréatif ou culturel de l'espace**. Au Québec, la volonté de maintenir la pratique du kayak sur 36 km du cours de la rivière Montmorency (sur ses 120 km de lit intégral) a ainsi suscité la mise en place d'une fiducie dont la société s'appelle le « groupe d'accès à la Montmorency » (GAM). Créée initialement en réaction à la disparition progressive des accès publics à la rivière, la fiducie poursuit aussi des objectifs écologiques et reçoit d'ailleurs des soutiens tant des fondations actives dans le domaine des sports que dans le domaine de la préservation des espaces naturels.

- **La fiducie, un outil approprié pour suivre l'évolution de la propriété foncière.**

→ **Propriété foncière collective et parts sociales.** Compte tenu de la polyvalence des trusts fonciers au regard de leur finalité d'une part, et de leur évolution en droit français d'autre part, l'instauration de fiducies foncières irait *a priori* plutôt dans le sens de l'histoire, au-delà même de la seule perspective de se conformer aux canons du droit anglo-saxon. Mais ce mouvement est également favorisé par la mutation progressive de la propriété foncière ainsi que par la nécessité de s'y adapter. Cette mutation s'illustre par l'émergence, en lieu et place des formes familiales d'exploitation, de sociétés agricoles elles-mêmes composées de parts sociales⁽⁶⁾.

Les parts sociales recouvrent le foncier support de l'exploitation, en fonction il est vrai de son statut juridique qui peut être variable (groupement foncier agricole, société de gestion, société civile d'exploitation agricole, société en nom collectif, etc...). Ainsi par exemple la propriété collective d'un domaine viticole peut-elle être organisée autour de la détention et de l'échange de parts de groupements fonciers viticoles (GFV), créés par une loi du 31 décembre 1970 et constitutifs par

(6) On désignera ci-après, par cette expression, les titres de propriétés sur une fraction du capital d'une entreprise, dont la possession ouvre droit à l'exercice d'une capacité décisionnaire en termes de gestion.

ailleurs de sociétés civiles. Ce constat est également applicable, dans une très large mesure, à la propriété forestière avec notamment les groupements forestiers, eux-mêmes composés de parts sociales.

Or, l'existence de parts sociales agricoles, forestières ou plus largement foncières implique celle de marchés de parts sociales dont l'accès est ordinairement ouvert aux investisseurs. De fait, on observe que la terre est acquise non plus par des familles ou des exploitants individuels, mais de plus en plus par des fonds de pension, fonds d'investissements, établissements bancaires... En somme, par des acteurs du monde financier. Aussi l'expression percutante d'« agriculture de capitaux » progresse-t-elle et prend-elle tout son sens. Ce mouvement ne va pas sans poser divers problèmes. L'un d'eux concerne la transparence non pas tant des transactions elles-mêmes (elles sont enregistrées), mais plutôt de leur implication matérielle sur la propriété foncière : le président de la Fédération Nationale des Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER) relevait récemment, à ce propos, « ...un problème de non transparence lié aux transferts de parts de sociétés qui aujourd'hui incluent du foncier » avant d'évoquer « des capitaux pouvant être détenus par des agriculteurs français ou par des fonds d'investissement français ou étrangers »⁽⁷⁾. La SAF Agriculteurs de France s'est également interrogée sur cette évolution en préconisant, entre autres solutions d'accompagnement, qu'il puisse être fait appel à des investisseurs en placements sécuritaires de long terme, « non spéculateurs », et en encourageant la mise en place de fonds fonciers éthiques (SAF, 2012, p.23).

→ **La fiducie, une opportunité pour la rationalisation des capacités d'intervention des acteurs fonciers.** Il faut bien voir que cette évolution a tout à voir, également, avec les attributions qui incombent aux différents acteurs fonciers en charge de la préservation de la biodiversité ou du maintien des surfaces agricoles, surtout quand ils peuvent recourir à l'outil de la préemption. Ceci concerne donc les conservatoires d'espaces naturels dans le domaine environnemental, et les SAFER dans le domaine agricole. A cet égard, les solutions retenues vis-à-vis de l'organisation sociétaire de la propriété foncière sont variables. Le droit de préemption reconnu aux SAFER dans l'article L 143-1 du Code rural et de la pêche maritime ne s'étend pas aux parts sociales, mais la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999 (n°99-574) permet aux SAFER d'en acquérir à l'amiable, à l'égard des sociétés civiles d'exploitation agricole comme des groupements foncier agricole et forestiers (GFA et GFR). Le conservatoire du littoral, de son côté, a obtenu au moyen de la loi du 12 juillet 2010 la possibilité de préempter des parts de sociétés civile immobilière, possibilité codifiée à l'art L 142-3 du Code de l'urbanisme et dont les SAFER sont privées. Les conservatoires régionaux d'espaces naturels (CENs) sont quant à eux formellement dépourvus du droit de préemption, mais peuvent développer une politique d'acquisition et de maîtrise foncière à l'amiable.

Dans ce contexte, les fiducies de gestion foncières et autres trusts fonciers sont des outils particulièrement souples et adaptés à cette évolution, et ce pour plusieurs raisons.

- > Dans le cas où les acteurs évoqués précédemment pourraient participer à un trust foncier, cette participation permettrait vraisemblablement de lisser les particularismes qu'entretiennent ou subissent ces acteurs vis-à-vis des modalités de l'acquisition de parts foncières (capacités d'exproprier, de préempter, ou d'acquérir de gré à gré). Ainsi, on peut imaginer que cette politique d'acquisition soit dévolue au trust, avec des moyens d'action déterminés tant par la réglementation que par ses statuts. **Prévoir que la fiducie puisse développer une politique d'acquisition à l'amiable, mais aussi qu'elle puisse acquérir des parts sociales, serait opportun.** Naturellement elle ne devrait pas, en revanche, bénéficier des capacités d'acquisition dévolues ordinairement aux acteurs publics (préemption et expropriation).

(7) Entretien vidéo reproduit sur le site « Terre-net », 30 mai 2012, disponible à l'adresse : <http://www.terre-net.fr/actualite-agricole/politique-syndicalisme/article/la-hausse-des-prix-des-terres-attise-l-appetit-des-investisseurs-non-agricoles-205-80274.html> .

- > **L'objet matériel des fiducies peut aussi bien être des terrains que des parts sociales de société et autres groupements.** Les deux champs d'action primordiaux de la fiducie, à savoir le foncier et l'investissement financier, qualifient tout particulièrement la fiducie à l'égard des formes sociétaires de la propriété foncière qui, par définition, empruntent à ces deux univers. Des dispositions juridiques relativement simples, semblables à celles consacrées par la loi de 2007, peuvent donc venir préciser quel type de parts sociales peuvent être visées par ces dispositifs, et l'évolution desdites dispositions peut être envisagée avec une relative simplicité.
- > A l'égard, enfin, des parts de sociétés & de regroupements agricoles et forestiers, **la fiducie ou trust apparaîtrait aussi comme une modalité de portage foncier, c'est-à-dire comme une substitution temporaire au propriétaire initial dans le but d'atteindre un objectif déterminé en termes de gestion.** Il est à noter à ce titre que la SAF se prononce favorablement à la mise en œuvre de fiducies-gestions pour ce motif (SAF, 2012, p.29).

C- Les Land Trusts dans les pays de droit anglo-saxons : un modèle à suivre ?

On a déjà mentionné à plusieurs reprises la pratique des trusts fonciers telle qu'elle se présente dans les pays de tradition juridique anglo-saxonne. Il convient de s'y attarder un peu, afin de voir pourquoi ils fonctionnent, en quoi ils sont attractifs, et quelles sont les conditions qui président à ce succès.

● L'importance quantitative du phénomène dans les pays anglo-saxons

Il n'existe semble-t-il pas de statistiques d'ensemble quant à l'importance du phénomène des land trust dans les pays de tradition anglo-saxonne, panorama qu'il est naturellement difficile de dresser. Toutefois, on peut se livrer à une approche grossière par pays, à partir de sources diverses. Ceci permet de constater que les land trusts, qu'ils aient ou non une finalité environnementale, sont massivement employés.

→ Aux **Etats-Unis**, il existe un recensement des fiducies foncières environnementales établi par l'Alliance pour les land trust : c'est le National Land Trust Census, dont la dernière livraison date de 2010 (sur la base d'un travail analytique mené en fait en 2011). Ce recensement amène à relever l'existence de 1760 organisations, en charge d'une surface cumulée d'environ 19 millions d'hectares. L'étude établit la distinction entre des trust à caractère fédéral (national land trusts) et des trust établis au niveau des Etats fédérés ou des collectivités (state and local groups).

→ En **Australie**, aucun recensement d'ensemble n'a pu être identifié. Le paysage des land trusts à caractère écologique semble beaucoup plus concentré qu'aux Etats-Unis, avec quelques grosses structures assurant la gestion de sites ordinairement qualifiés de sanctuaires. Le Wildlife Land Trust gère 228 sites pour 35 000 hectares. Le Bush Heritage a sous sa garde 35 réserves totalisant une surface d'à peu près un million d'hectares. L'Australian Wildlife Conservancy (AWC) possède 21 sanctuaires représentant une surface cumulée de 2,5 millions d'hectares.

→ En **Grande-Bretagne**, aucun recensement statistique n'a pu être identifié concernant les trust environnementaux. Il en va différemment pour ce qui concerne les community trusts, puisque ceux-ci sont regroupés dans un réseau de création récente (2010), à vocation de fédération, le national CLT Network. Celui-ci revendique 37 membres mais son dernier rapport annuel reconnaît l'existence d'une centaine de trusts de ce type dans le pays (National CLT Network, 2011, p.3). Parmi les conservation trusts influents dans le pays figurent le Woodland Trust (un millier de sites en gestion, pour environ 19 000 hectares), le Land Trust anciennement baptisé land conservation trust (38 sites pour 2000 hectares), ou encore Freshwater Habitats Trust, spécialisé dans la conservation de zones humides, qui se donne pour objectif stratégique la création, la restauration et/ou la gestion de 30 000 mares ou étangs d'ici à l'horizon 2020.

→ La fiducie foncière et les ententes de conservation en droit canadien et québécois

La question de la fiducie est envisagée en droit québécois d'une part, et en droit fédératif (et non pas fédéral) d'autre part, sous des aspects légèrement différents. Si le premier est un droit de common law quasiment dépourvu de codes, le droit québécois quant à lui dispose de son Code civil, quoique ce dernier soit de création récente (1991). On y trouve une description de la fiducie dans les articles 1260 et suivants, intégrés à un chapitre consacré aux patrimoines d'affectation.

Ces dispositions distinguent entre autres la « fiducie d'utilité privée » qui peut notamment avoir pour objet l'utilisation d'un bien affecté à un usage déterminé, soit à l'avantage indirect d'une personne ou à sa mémoire, soit dans un autre but de nature privée (art. 1268), et des « fiducies d'utilité sociale », qui poursuivent un but d'intérêt général (art. 1270, celui-ci ne mentionnant pas toutefois une finalité environnementale). En termes de forme juridique, la fiducie est une société à but non lucratif, dotée d'une mission (par exemple la conservation de territoires naturels pour le bénéfice des générations futures), qui procède à l'acquisition de terrains par divers moyens, ou en contractualisant ce qu'on appelle au Canada francophone des « ententes de conservation ». Ce montage correspond au dispositif des « land trusts », et l'on compte à peu près une centaine de fiducies foncières au Canada. Ces fiducies sont ordinairement gérées par un conseil d'administration, comme toute société.

L'adossement des fiducies foncières canadiennes aux « ententes de conservation » est particulièrement intéressant. Ces ententes constituent un accord entre un propriétaire de terrains et une fiducie foncière constituée, qui restreint les utilisations des terres en vue de préserver leur potentiel en termes agricoles ou de conservation. Il s'agit d'un dispositif perpétuel applicable aux ayant-droits et propriétaires successifs de ces biens, au travers de leurs cessions et des successions les concernant. Il s'agit, en somme, d'une servitude conventionnelle particulièrement adaptée au domaine des trusts, et en quelque sorte pensée pour eux. Du reste, on parle parfois aussi, pour les désigner, de « servitudes réelles de conservation » au risque d'entretenir une certaine confusion entre les deux notions*. En réalité, la notion générique d'« entente de conservation » peut poursuivre d'autres finalités que la mise en place d'une servitude, comme la mise en place d'une « réserve naturelle en milieu privé », institution décrite dans la loi sur la conservation du patrimoine naturel de 2002 (art 54). La création d'une telle réserve, formalisée par acte notarié, est alors assortie de mesures de publicité et d'un enregistrement de l'espace en question auprès du registre des aires protégées du Québec. Rien n'interdit qu'une entente de conservation puisse imposer, ou plus vraisemblablement préconiser, des pratiques destinées à préserver les services écosystémiques, que ce soit dans le cadre d'une servitude, d'une réserve privée, ou dans tout autre cadre pertinent.

* Voir par exemple la plaquette éditée sur ces outils par la Société de conservation du corridor naturel de la rivière au saumon, disponible à l'adresse : http://www.sccnrs.ca/UserImages/File/Fiches/fiche_servitude.pdf.

● Un particularisme des solutions anglo-saxonnes : l'articulation des trusts, des fondations et des avantages fiscaux

Le succès des land trusts semble tenir à au moins deux facteurs : d'un côté, la place des fondations dans cette équation du succès, et de l'autre, le rôle des avantages fiscaux dans la relation, relativement complexe, ménagée entre donateurs, fondations et trusts.

→ **L'articulation entre trusts et fondations.** Faut-il absolument constituer, dans le monde anglo-saxon, une fiducie foncière pour protéger le patrimoine naturel? La réponse est négative : de simples fondations ne présentant pas le caractère de trust peuvent poursuivre le même objectif. C'est à vrai dire le cas également de simples associations. Par exemple, le Nature Conservancy

of Canada est une association qui gère directement 44 000 hectares parmi lesquels des sites remarquables comme l'Île du moine à Sainte-Anne de Sorel. Un autre exemple du même type est fourni par Canards Illimités Canada (CIC), qui ne détient pas moins de 2,5 millions d'hectares de zones humides et qui présente le caractère juridique d'une fondation de droit canadien établie en 1938.

Il y a là une distinction à opérer selon les modalités des partenariats entre trusts et fondations, telles qu'on peut les percevoir par exemple aux Etats-Unis. Deux solutions sont à cet égard envisageables : soit les fondations contribuent financièrement à des trusts habilités à recevoir des donations, le rôle des fondations étant alors réduit à celui de financeur; soit une fondation intervient au sein même du montage du trust, en tant que « trustee ».

→ **Le régime fiscal des donations aux Etats-Unis : un particularisme.** La « force de frappe » financière des fondations dans les pays anglo-saxons, où elles sont les principaux bailleurs de fonds des trusts fonciers, et l'extension considérable des avantages fiscaux dont elles bénéficient, expliquent largement les spécificités du financement des actions, y compris environnementales, que l'on peut trouver outre-Atlantique. Si l'on considère la liste des 30 fondations les plus riches, on s'aperçoit que sur ce chiffre, pas moins de 24 d'entre elles sont américaines ou britanniques. C'est le cas de la Fondation Bill et Melinda Gates (2^{ème}), de la Fondation Mac Arthur (18^{ème}) ou de la Fondation Rockefeller (27^{ème}). Au passage, on retrouve dans la même liste des organismes directement qualifiés de trusts comme le Pew Charitable Trust (19^{ème}) ou encore le Paul Getty Trust (6^{ème})⁽⁸⁾.

Concernant le régime des fondations aux Etats-Unis, un point tout à fait frappant est que ce dernier procède d'une qualification essentiellement fiscale, dépendant d'un régime défini dans l'article 501 c(3) du Code fédéral des impôts. On parle à cet égard d'organismes de type « 501 C (3) ». Le régime des avantages fiscaux pour les dons effectués auprès de ces organismes est extrêmement avantageux pour les contribuables. Ceux-ci peuvent en effet déduire :

- > Jusqu'à 50 % de leur revenu annuel brut pour l'année fiscale considérée dans le cas de dons en cash ;
- > Jusqu'à 30 % du revenu brut dans le cas de dons en nature⁽⁹⁾.

La prise en compte d'une proportion substantielle des revenus et non pas de l'impôt sur le revenu à acquitter par le contribuable est ici déterminante. Dans le système américain, la réduction est égale au taux marginal d'imposition appliqué à chaque contribuable. Mais ce calcul présente par là-même un effet progressif. En somme, plus je suis riche, plus j'ai intérêt à donner. Pour un contribuable américain dont le taux d'imposition sur le revenu tournerait autour de 50 %, la conclusion s'impose : **il est possible, sous certaines conditions, de choisir littéralement l'affectation de son impôt au-delà d'un certain seuil d'imposition.** Certes, si l'on compare ce dispositif avec ce qui s'applique en France, on constate que les avantages fiscaux consentis au profit des organismes philanthropiques dans notre pays s'analysent comme une réduction d'impôt « directe ». Mais cette réduction trouve vite ses limites. Dans le meilleur des cas, la loi « Coluche » et ses nombreuses modifications permettent aujourd'hui de déduire 75 % de ses dons de l'impôt sur le revenu, mais à hauteur de 513 euros seulement. En termes de masse, il n'y a pas de comparaison : les dons représentent 1,4 % du PIB aux Etats-Unis, contre 0,08 % du PIB en France (base 2002) (Fack et Landais, 2009, p.102).

Le périmètre des organisations éligibles à ce régime fiscal a évolué d'une situation où la protection de l'environnement n'était initialement pas concernée à un cadre dans lequel cet objectif est désormais clairement admissible. Ce mouvement d'élargissement a été graduel, le maintien

(8) Voir : http://en.wikipedia.org/wiki/List_of_wealthiest_charitable_foundations

(9) Le Code fiscal US est assez précis à cet égard, allant jusqu'à envisager le don de véhicules.

de fonctionnalités récréatives ayant rejoint le champ statutaire des organismes bénéficiaires dès 1970, et les objectifs de conservation une décennie plus tard, au moyen du Tax treatment extension Act de 1980.

Ainsi, **dans le système américain, des fondations disposent de capacités financières massives, générés par la disponibilité d'avantages fiscaux sans commune mesure avec ce qui se pratique en France, et ont la possibilité soit d'affecter des fonds à des trusts, soit d'y participer en tant que « trustee » ou gestionnaire.** Pour autant, et bien que cette capacité d'intervention puisse également jouer dans le domaine environnemental, elle ne se décline pas de manière évidente en fonction de la restauration ou du maintien de services écosystémiques. La chose n'est pas impossible dans l'absolu, et plusieurs solutions techniques sont envisageables à cette fin. Il faudrait pour ce faire que, dans le dialogue entre les trusts et autre land conservancies d'un côté et les organismes qui les financent de l'autre, les trusts puissent porter une évaluation de leurs besoins financiers fondée par exemple sur les coûts de maintien et/ou de restauration des services écosystémiques qu'ils entendent préserver. On peut aussi songer à ce qu'une fondation agissant en tant que financeur de trusts fonciers à caractère environnemental dispose de critères de performance écologique intégrant les services écosystémiques sur une base quantitative et/ou qualitative (par exemple, protéger tel type de fonctionnalité pendant une durée « x »).

Mais, outre que ces critères ne sont pas évident à imaginer et mettre en œuvre, il faut convenir qu'il demeure là un problème : dans un tel cas de figure, ce n'est pas le bénéficiaire ou consommateur du service en question qui paye, mais un acteur tiers, en l'occurrence une fondation. Et par-delà cette dernière, comme on l'a vu, des fonds publics. On s'éloigne donc pour partie du principe de bénéficiaire-payeur véhiculé par les PSE.

D - Les conditions d'une fiducie foncière environnementale efficiente

Au regard des développements qui précèdent, on peut désigner quelques points de vigilance à prendre en considération si l'on désire, à terme, encourager la mise en place et le développement de fiducies foncières à vocation environnementale.

● Penser le cadre adéquat...

→ D'abord, et selon que le législateur voudra ou non s'appuyer sur la loi relative aux fiducies du 19 février 2007, il faudra bien évidemment élargir la qualité de fiduciaire aux agriculteurs, propriétaires fonciers et forestiers, personnes morales, et pourquoi pas d'ailleurs à l'ensemble des particuliers afin de toucher l'intégralité des grands propriétaires fonciers.

→ En outre, se pose la question de savoir ce qu'il advient si le gérant / fiduciaire s'acquitte mal de ses tâches. Pour l'heure, la loi prévoit le recours au juge dans l'art. 2027 du Code civil, qui permet de faire nommer en justice un nouveau fiduciaire lorsque le fiduciaire initial remplit mal, ou ne remplit pas sa mission. A noter que le contrat peut, lui aussi, prévoir par avance les conditions du remplacement du fiduciaire. Reste à savoir si ces dispositifs seront suffisants.

→ En troisième lieu, et s'agissant plus spécialement de la fiducie, celle-ci pose le problème de son articulation avec le tissu conventionnel existant, et notamment les baux ruraux, eux-mêmes appuyés sur le statut du fermage. Ce dernier trouve ses origines dans une loi d'octobre 1943, ainsi que dans des ordonnances du 17 octobre 1945. Le bail rural présente pour les agriculteurs un caractère fortement attractif et leur donne satisfaction. De plus, il existe en droit, en vertu de l'article L 411-1 du Code rural, une présomption de qualification en bail rural de toute une série d'opérations (mise à disposition à titre onéreux d'immeubles à usage agricole, cession des fruits de l'exploitation, prise en pension d'animaux, etc.), ce qui fait peser sur les outils juridiques émergents en cette matière un fort risque de requalification.

- ... et la question de la rémunération

→ **L'exemple de la rémunération « sauvage ».** Aussi singulier que cela puisse paraître, il faut admettre d'emblée que la question de la rémunération ne se superpose pas parfaitement aux dispositifs décrits jusqu'à présent, pas plus qu'à la transpropriation ou qu'aux servitudes qu'on examinera plus loin. Ceci pour une raison à la fois simple et troublante. Il existe à l'égard de la biodiversité en général et des services écosystémiques en particulier des modalités de rémunération que l'on pourrait qualifier de « sauvages » ou « spontanées », car fondées sur des interventions directes des usagers des espaces naturels. C'est typiquement le cas des activités économiques les plus anciennes comme la cueillette.

Par exemple, les champignons, « fruits naturels » de la terre selon le Code civil, appartiennent au propriétaire du sol. Selon une jurisprudence constante, l'absence de panneau explicite ou de clôture à l'entrée d'un bois privé ne change rien à cet état de fait. Or, dans certaines régions, l'attractivité économique que présente le commerce des espèces « nobles » comme le Cèpe (de 15 à 30 euros le kilo selon les régions) ou plus encore la Morille (autour de 80 euros le kilo) suscite des situations de surexploitation ubuesques. Il arrive ainsi qu'en saison, un propriétaire forestier privé puisse compter jusqu'à 320 voitures stationnées sur sa propriété⁽¹⁰⁾. La capacité d'action réglementaire des préfets étant quasiment impuissante à réguler le phénomène, certaines communes ont convenu d'habiliter les propriétaires à prélever un droit d'accès à leur parcelle, sous la forme de cartes payantes. A Montselgues en Ardèche, un tel dispositif a été mis en place, avec des cartes à la journée (30 euros) ou au week-end (50 euros). Des solutions de facture similaire ont été mises en place dans de nombreuses autres communes, en Dordogne et dans les Hautes-Pyrénées notamment. La solution interpelle car, par-delà la seule problématique de l'accès, ne s'agit-il pas aussi de rémunérer un service d'approvisionnement ? Et ne pratique-t-on pas là le paiement pour service environnemental sans le savoir ?

→ **Le financement du dispositif fiduciaire.** On peut se poser ici deux questions à bien distinguer : celle des modalités de rémunération du fiduciaire, et celle de l'origine du financement de l'ensemble du dispositif.

Concernant les modalités de rémunération du fiduciaire, dans le cadre d'une fiducie de gestion foncière et environnementale, le fiduciaire ou gérant des espaces concernés aura en charge leur bonne gestion environnementale, avec le souci d'assurer idéalement la préservation et/ou la restauration des services écosystémiques dont le foncier sous gestion constitue le support matériel. Dès lors, le principe de rémunération qui prévaut ici est celui de la liberté contractuelle : le niveau de rémunération est prévu dans le contrat de fiducie écrit. On trouve une déclinaison immédiate de ce principe dans la Charte de l'Association française des fiduciaires (AFF) dont l'une des dispositions vient préciser que « les conditions de rémunération du fiduciaire sont expressément stipulées et détaillées dans le contrat de fiducie ». La loi de 2007, quant à elle, traite peu cet aspect. La disposition relative aux éléments-types du contrat de fiducie comporte certes la description de la mission du fiduciaire, mais pas son niveau de rémunération (art 2018 du Code civil).

Concernant la rémunération de l'ensemble du dispositif, deux options sont possibles : les avantages fiscaux et le financement direct par des bénéficiaires de services écosystémiques.

- > La première option consiste à s'inspirer du système anglo-saxon et plus précisément du système américain. Celui-ci, comme on l'a vu, repose sur l'implication des fondations et autres organismes caritatifs (lesquels peuvent intervenir auprès d'un trust soit comme donateur, soit comme gérant ou trustee), ainsi que sur l'extension des avantages fiscaux dont ces organismes peuvent bénéficier. Un tel dispositif n'est pas inatteignable dans l'absolu, mais impose d'assurer un ciblage fin des fiducies foncières potentiellement bénéficiaires, via par exemple l'octroi d'un label, mais aussi et surtout de repenser de fond en comble la

(10) Témoignage de M. Vincent Rieu, Ardèche, reportage sur TF1, 31 octobre 2013.

fiscalité applicable aux dons à des organismes caritatifs (au sens large) et environnementaux (en l'occurrence). Avec à la clé le risque d'un manque à gagner fiscal, difficile à apprécier. Reste que cette hypothèse devrait pouvoir faire l'objet d'un chiffrage plus fin.

- > La deuxième option consiste à identifier et mobiliser des financements de bénéficiaires directs de services écosystémiques. Le montant de la rémunération sera ici basé non pas sur la valeur économique du service écosystémique maintenu ou restauré, mais bien sur la résultante d'un compromis entre, d'une part, les coûts d'opportunités des changements d'usages des terres concernées et, d'autre part, le consentement à payer des bénéficiaires (MEB, 2014).

Il résulte de ce qui précède que la fiducie foncière, exemple relativement poussé de démembrement contractuel et consenti de la propriété articulé autour d'une finalité précise, et qui au surplus s'inscrit dans une évolution historique et juridique cohérente, offre une piste utile pour la mise en œuvre de PSE. Il en va de même, sur un plan plus doctrinal sans doute, de la **transpropriation**.

1.3 La transpropriation, promesse d'une méthode

Disons-le d'emblée : la notion de transpropriation, présentée notamment dans un ouvrage d'importance de François Ost, *La nature hors la loi* (Ost, 2003) est encore largement prospective et présente peu d'implications pratiques immédiates. Ses possibilités à l'égard de la préservation de la biodiversité et des modalités juridiques des paiements pour services environnementaux sont en revanche assez considérables et méritent d'être évoquées. Envisagées très schématiquement, il s'agit de dissocier, moyennant compensation, certains droits réels du faisceau de droits dont dispose ordinairement le propriétaire du foncier sous-jacent. Cette dissociation interviendrait à raison de la possible superposition, sur les terrains en question, de plusieurs régimes juridiques distincts.

La notion de transpropriation repose sur un fondement principal, la notion de patrimonialité, qui se révèle délicate à appréhender sur le plan de la protection de l'environnement. Aussi le débat sur la transpropriation repose-t-il sur un enjeu incontournable qu'il importe d'exposer préalablement : la relation ménagée entre patrimoine et environnement.

A - Le patrimoine au secours de l'environnement

- **Le patrimoine en droit civil**

Comme on l'a vu, la propriété est une notion faussement simple et, pourrait-on dire, authentiquement complexe. Pourtant, elle renvoie au rapport le plus familier et le plus immédiat que les personnes peuvent entretenir aux choses, sous l'angle de la possession. Mais il existe d'autres modalités de cette sorte, également objets de droit, ou appréhendées par celui-ci.

Ainsi en va-t-il de la notion de « patrimoine » qui désigne l'ensemble des droits et des obligations d'une personne physique ou morale, sans se limiter à ses propriétés. En pratique, le Code civil, s'il évoque la notion à plusieurs reprises, ne livre pas une définition gravée dans le marbre du patrimoine. Cependant, il existe un Code du patrimoine. Celui-ci fait appel à une notion évoquant davantage l'idée d'une série de biens « collectivement précieux », ainsi que le suggère son article L1 : « Le patrimoine s'entend, au sens du présent Code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique, artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique ». On perçoit, à la lecture de cette

disposition, un des intérêts de la notion, à savoir sa « plasticité » ou sa faculté à se décliner. On peut associer toute sorte de qualificatif au mot « patrimoine » : celui-ci pourra être historique, scientifique, génétique, matériel ou immatériel, culturel, ou bien encore – dans le cas qui nous occupe au premier chef – naturel.

- **Un intérêt pour l'environnement : le caractère fongible du patrimoine et l'équilibre de ses composantes**

La superposition de cette notion de patrimoine à celle de propriété, de même que ses rapports avec les droits réels ou personnels, ont fait l'objet de discussions savantes au travers de plusieurs générations d'éminents juristes (Aubry et Rau, Planiol, Saleilles...) dont on n'évoquera pas la teneur ici. Qu'il suffise de dire que la doctrine s'entend sur quelques points fondamentaux. D'abord, toute personne a un patrimoine et chaque personne n'en a qu'un : ce qui fonde les principes de l'unité et de l'indivisibilité du patrimoine⁽¹¹⁾. Par ailleurs, les éléments du patrimoine forment un tout, que l'on désigne parfois en parlant d'« universalité juridique » ; et ce tout est animé par un principe de solidarité des éléments qui le composent. On dit aussi que les biens constituant le patrimoine sont « fongibles » : ils doivent être mis sur un pied d'équivalence, et témoigner d'un équilibre. Au sein du patrimoine par exemple, l'actif doit répondre du passif. Cette exigence figure à l'article 2092 du Code Napoléon, qui proclame que « quiconque s'est engagé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir ».

Cette dernière mention est importante, car elle illustre un autre caractère important du patrimoine dès lors que l'on se préoccupe de préservation de la biodiversité. **Le patrimoine est une notion transgénérationnelle, inscrite d'emblée dans le temps long.** Réel et substantiel à chaque moment de son existence, il persiste via les vicissitudes et les péripéties de sa transmission, mais ne disparaît qu'avec son titulaire, lui-même renouvelé (puisqu'à un défunt succède un héritier). Il apparaît de la sorte comme « la ressource des générations présentes en même temps que le gage des générations futures » (Ost, 2003).

François Ost fait également observer que, rapportée à la notion de patrimoine naturel, l'exigence de fongibilité impliquerait en bonne logique que le passif – à savoir les atteintes à l'environnement, ou si l'on préfère la « dette » acquise vis-à-vis de l'environnement – devrait s'équilibrer avec l'actif, c'est-à-dire avec une série d'actions et de démarches destinées à rétablir son état initial : réhabilitation, compensation, etc. **On est en présence ici d'une logique patrimoniale qui « veut que toute perte de substance et/ou de qualité soit compensée par la constitution d'un actif correspondant » (Ost, 2003, p.44)**, logique qui ne va pas sans évoquer également le principe « pollueur-payeur ». L'idée est séduisante, mais interpelle quant à ses caractères actuels et pratiques. Car d'un certain point de vue, elle revient à fonder ce qui existe déjà (à savoir précisément l'obligation de compenser, le principe pollueur-payeur, etc).

Mais pour autant, ce principe pourrait trouver à s'appliquer de manière plus générale dans le patrimoine foncier d'une personne déterminée, par hypothèse un propriétaire foncier. En vertu des principes de fongibilité et d'équilibre entre actif et passif, ce dernier, dès lors par exemple qu'il artificialiserait une part de sa parcelle, pourrait être tenu parallèlement d'assurer une plus-value écologique ailleurs, par exemple en créant un bosquet, une zone humide, ou en prenant un engagement « vertueux » sur le long terme. En outre et par extension, il apparaît que si l'on pouvait qualifier juridiquement un service écosystémique de patrimoine, au sens juridique du terme, il deviendrait obligatoire de le préserver au moyen des mesures adéquates. Aussi singulier que cela puisse paraître, on n'est pas si loin de cette solution en droit français, où le patrimoine commun pourrait fort bien être celui de la nation. Pour autant, et en réalité, des obstacles subsistent.

(11) Etant entendu que seule la notion de « patrimoine d'affectation », exposée plus haut, vient nuancer ces principes dans la pratique.

- **Limites de la notion de patrimoine vis-à-vis de la question environnementale**

Pour élargir l'obligation de l'article 2092 au patrimoine naturel, il faudrait que celui-ci soit réellement un patrimoine, autrement dit qu'il soit constitué d'une série de biens appartenant à une ou des personne(s) sujet(s) de droit. C'est pourquoi les réflexions de François Ost s'inscrivent dans une démarche plus englobante visant à ériger la nature en sujet de droit et même à dépasser le concept de « nature-sujet » pour atteindre un stade plus avancé encore, dit de « nature-projet ».

C'est cependant là que le bât blesse, car le point de savoir s'il est seulement pertinent de penser l'environnement comme une série de biens fait question. Comme le note Meryem Deffairi (2013, p.494) il est virtuellement impossible d'avoir « une qualification juridique unitaire des biens environnementaux ». De son côté, Cyrille De Klemm a justement critiqué la démarche visant à désigner l'environnement au moyen d'une simple accumulation de « biens environnementaux » (De Klemm et al., 1989, p.64). En effet, cette idée consistant à définir l'environnement comme un catalogue de composants épars néglige les interactions complexes qu'entretiennent nécessairement les éléments constitutifs de la biodiversité et des milieux, de même que leur capacité d'évolution. En outre, le rattachement de ces éléments à un sujet de droit unique fait également question.

Sur ce dernier point, il faudrait imaginer en somme une sorte de titularité patrimoniale collective. A vrai dire, l'idée est sans doute moins exotique qu'il n'y paraît. Outre qu'elle renvoie directement à la notion de patrimoine commun, voire de patrimoine de l'humanité, elle trouve une expression législative nette dans la notion déjà évoquée de patrimoine de la nation. Il faut rappeler en effet que ce dernier englobe les « espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent (art L110-1 du Code de l'environnement), de même que l'eau (art. L 210-1), tandis que le Code de l'urbanisme y inclut plus généralement encore le territoire national (art L 110). Néanmoins ces dispositions, riches de potentialités et relevant théoriquement du droit positif, sont en fait dépourvues du moindre effet : rien ne vient mettre en musique la patrimonialité de ces éléments, et ces dispositions restent désespérément « hors-sol ».

B - L'apport du patrimoine culturel et la notion de transpropriation

- **Une porte de sortie ? Patrimoine culturel et protection de l'environnement**

Comme on l'a noté, le patrimoine est une notion volontiers protéiforme. Mais ce qui *a priori* ne fonctionne pas pour le patrimoine naturel peut fort bien fonctionner pour d'autres patrimoines. C'est notamment le cas du patrimoine culturel. A cet égard, il est intéressant de considérer la « préhistoire » du droit de l'environnement, à savoir la période précédant l'épisode fondateur de la loi de 1976, car cette période est caractérisée, en droit français du moins, par une assimilation poussée du patrimoine naturel et du patrimoine culturel.

Cette tradition s'explique en France par une « tradition française singulière de protection des richesses nationales », née après la révolution (Deffairi, 2013, p.519). Cette tradition trouve ses expressions législatives les plus notables dans la loi du 21 avril 1906 organisant la protection des sites et monuments de caractère artistique, puis dans la loi du 2 mai 1930 sur la protection des monuments naturels. Or, la notion de patrimoine culturel est plus efficiente, en droit, pour au moins deux sortes de raisons.

→ La première réside dans le fait qu'on sait définir le patrimoine culturel. Il est clairement désigné dans l'art L1 du Code du patrimoine, lequel adopte, pour l'évoquer, une approche énumérative : « Le patrimoine s'entend, au sens du présent Code, de l'ensemble des biens, immobiliers ou mobiliers, relevant de la propriété publique ou privée, qui présentent un intérêt historique,

artistique, archéologique, esthétique, scientifique ou technique »⁽¹²⁾. On notera au passage que si l'approche cumulative est inadaptée à la définition du patrimoine naturel, elle est en revanche opportune pour le patrimoine culturel : il existe ainsi un inventaire général du patrimoine culturel, créée à l'initiative d'André Malraux, et qui s'étend y compris aux biens meubles (orfèvrerie...).

→ La seconde raison est que, concernant le patrimoine culturel, on sait reconnaître, en droit, l'existence d'un intérêt collectif à sa préservation – exercice bien plus compliqué pour ce qui concerne le patrimoine naturel.

● Patrimoine culturel, superposition de droits et transpropriation

Si l'on rapproche la notion de patrimoine culturel d'autres notions, telles que la domanialité publique ou la propriété privée, on est amené à constater qu'**un même bien peut fort bien faire l'objet d'une superposition de régimes juridiques distincts et, partant, de droits divers dont les titulaires vont être différents**. Un bien immobilier peut être à la fois une propriété privée et relever d'un patrimoine commun désigné comme tel. D'autres éléments de ce patrimoine commun, voire du « patrimoine de l'humanité », vont être dans le même temps intégré au domaine public. Tel bien immeuble, intégré à un patrimoine privé, fait évidemment partie dans le même temps du territoire national. Or, si un immeuble à caractère historique ou monumental est et reste la propriété d'une personne privée, le classement dont il fait l'objet a pour effet d'assurer d'autres personnes de certains droits, d'accès notamment. Pour le propriétaire, certains droits restent inchangés et en quelque sorte souverains ; d'autres en revanche sont limités, contrôlés, interdits ou transférés. Lorsque notamment son bien fait également partie d'un patrimoine commun à protéger, le propriétaire reste propriétaire, mais doit agir comme un mandataire responsable. Il doit par exemple consentir à ce que son bien soit ouvert au public, et il ne peut le transformer à sa guise, ses caractères monumentaux ou esthétiques devant être préservés pour les générations futures. En échange, néanmoins, il pourra bénéficier d'avantages spécifiques, notamment fiscaux. A cet égard, on rappellera que les immeubles classés ou inscrits à l'inventaire supplémentaire des monuments historiques sont en principe exonérés des droits de donation et de succession (droits de mutation à titre gratuits ou onéreux), sous réserve de la signature, par le bénéficiaire de cette succession ou donation, d'une convention à durée indéterminée avec les ministères de la culture et du budget, fixant précisément un « cahier des charges » à respecter avec, notamment, indication des modalités d'entretien des biens concernés.

Ce type de situation illustre l'idée de transpropriation, laquelle associe comme on le voit assez bien les idées de démembrement et de mouvement de droits autour d'une « concession d'usages multiples à une multiplicité de titulaires » (Ost, 2003, p.50).

● Perspectives de la transpropriation

Pour l'heure, il faut en convenir, la transpropriation reste une construction principalement conceptuelle, encore assez peu exploitée par la doctrine juridique qui ne fournit en la matière que quelques sources éparses. Son intérêt ne consiste pas à se livrer à un examen « rétrospectif » du droit de l'environnement à la lumière de la notion de patrimonialité, exercice dont on a évoqué les limites. Mais elle est bien riche de promesses en ce sens qu'elle offre tout de même, pour renouveler la protection de l'environnement, la perspective d'une méthode consistant à relire l'existant avec un regard renouvelé. Il s'agirait d'examiner l'opportunité d'adapter des outils existants, témoignant déjà d'une transpropriation, au domaine environnemental et plus précisément à la protection de tels ou tels éléments naturels que l'on souhaiterait préserver- par exemple le maintien ou la restauration d'un service écosystémique, comme l'épuration des eaux à l'échelle d'un bassin versant.

(12) Cette énumération n'est pas exclusive d'une déclinaison en quelque sorte qualitative, certains biens étant jugés encore plus précieux que d'autres. L'article L 111-1 du Code vient aussitôt distinguer, au sein de cet ensemble, des « trésors nationaux » (collection des musées de France, biens classés en vertu de la législation sur les monuments historiques, etc).

→ Quels autres domaines d'application pour la transpropriation ?

La question se pose de savoir si l'on peut décliner et mettre en œuvre le concept dans d'autres domaines que celui des monuments historiques. La réponse est clairement positive, même si ces autres domaines n'ont pas forcément de liens avec l'environnement. Les deux exemples ci-après l'illustrent :

Médicaments essentiels

La transpropriation peut trouver à s'appliquer à l'égard de certains biens et ressources immatériels, comme les résultats de recherches, les codes-sources informatiques et, plus précisément peut-être, dans le domaine des droits de propriété intellectuelle attachés aux médicaments (Rochfeld, 2013). Certains parmi ceux-ci sont considérés comme « essentiels » par l'Organisation Mondiale de la Santé – la liste actuelle en comporte actuellement 350 – mais n'en demeurent pas moins soumis à des brevets. Aussi la Déclaration de Doha de novembre 2001, adoptée dans le cadre de l'OMC, préconise-t-elle l'usage de « licences obligatoires » concédant à un tiers, en tout ou en partie, les droits d'exploitation sur ces médicaments essentiels, sans que l'autorisation du titulaire du brevet ne soit requise à cette fin. Les pays sont invités à déterminer des listes nationales de médicaments essentiels, en s'inspirant de celle de l'OMS.

Archéologie

Le régime applicable au patrimoine archéologique est évidemment plus voisin de celui des monuments. Il réside dans l'existence d'un régime de la « propriété des vestiges immobiliers » (art L 541-1 Code du patrimoine), largement dérogoratoire à la propriété privée générale et notamment à la propriété des sols, dont le principe fondamental exposé à l'article 552 du Code civil consiste en ce que « la propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous ». Depuis une loi du 17 janvier 2001, les vestiges archéologiques immobiliers échappent à ce principe : ils sont transférés à l'Etat, mais non pas le terrain qui les recouvre ou les contient. Il revient à l'Etat de verser au propriétaire une indemnité censée compenser non pas ce transfert, mais « les conditions à l'accès aux vestiges », l'« accès » résidant ici dans les fouilles et creusements, et non pas forcément dans l'ouverture du site au public. On est en présence d'un démembrement de la propriété forcé, compensé financièrement, et constitutif selon toute vraisemblance d'une transpropriation. Mais qu'on s'avise de transformer nos ruines en mare, qu'on admette que le maintien de celle-ci nécessite des travaux d'entretien *ad hoc*, et que l'on suppose enfin que les inconvénients générés par lesdits travaux puissent donner lieu à compensation, et l'on aura matière à d'intéressantes réflexions comparatives.

En somme, si la transpropriation demeure bien, à ce stade, un outil essentiellement prospectif ou théorique, notamment pour ce qui concerne la mise en œuvre de PSE, elle constitue bien la promesse d'une méthode qu'il paraît judicieux de mettre en œuvre.

Il en va tout autrement d'une autre catégorie d'outils, fermement campés dans le droit positif, mais qu'il conviendrait néanmoins d'adapter au domaine qui nous intéresse : à savoir les servitudes.



2 |

SERVITUDES ET DROITS RÉELS : SAVOIR ADAPTER L'EXISTANT

Avec les servitudes, on se trouve en présence d'un dispositif qui, contrairement à certains de ceux que l'on a pu observer précédemment, ne présente pas un caractère prospectif, obligeant à se projeter dans des évolutions juridiques possiblement lointaines ou à envisager des changements d'orientations plus ou moins radicaux. L'essentiel du principe relève de l'existant. Il s'agit de l'adapter à un nouvel objectif ayant historiquement échappé à l'attention commune, à savoir l'objectif environnemental et plus précisément la préservation ou la restauration des services écosystémiques. Cela ne signifie pas forcément que les démarches à envisager soient plus simples. Celles-ci vont en effet poser à la fois des problèmes techniques et des problèmes liés à l'acceptabilité de l'outil.

2.1 Définitions, caractères généraux et objet des servitudes dans le champ environnemental

A - Notion

Les servitudes sont conçues comme une obligation pesant sur un bien (un « fonds ») au profit d'un autre bien, laquelle obligation pouvant par ailleurs être créatrice de droits pour les propriétaires desdits biens ou pour des tiers. Les deux cas de figure sont illustrés par l'exemple assez familier du droit de passage qui peut tantôt être réclamé par le propriétaire d'un terrain enclavé vis-à-vis de ses voisins, et faire alors l'objet d'un arrangement à l'amiable, tantôt être offert au public sur certains espaces, comme le droit de passage sur le littoral ou le long des cours d'eau (on parle alors de « servitude de marchepied »). **L'idée fondamentale qui préside aux servitudes consiste ainsi à créer des obligations à la charge des propriétaires, pour le bénéfice d'autres propriétaires ou de tiers, les obligations en question venant restreindre l'extension du droit de propriété tel que décrit à l'article 544 du Code civil.** En tant qu'obligation rattachée à un bien, et non pas à une personne, la servitude est qualifiée de « droit réel » ou d'obligation *propter rem*.

Au regard de ces caractères, il faut se défier de définitions largement diffusées mais qui n'insistent que sur une seule dimension des servitudes, à savoir leur contribution éventuelle à un intérêt public, généralement celui de la libre circulation. Il existe en réalité deux types de servitudes, l'une privée et négociée, l'autre poursuivant effectivement une finalité d'intérêt général, voire d'utilité publique.

B - Typologie sommaire

Les deux types fondamentaux de servitude sont donc :

→ **La servitude de droit commun**, régie également par le Code civil, qui procède d'une convergence de volontés entre propriétaires. Pour cette raison, on parle aussi de « servitudes du fait de l'Homme ». Cette servitude est formalisée dans une clause-type ou un ensemble de clauses intégrées à un vecteur juridique. On va donc, selon le but poursuivi, introduire des servitudes dans un acte notarié, un acte de session, un contrat ou encore une charte. Cette circonstance oblige à s'interroger non pas seulement sur la teneur de la servitude proprement dite, mais aussi sur son « habillage » juridique, dont vont dépendre son efficacité et son acceptabilité par les deux parties impliquées. Il ne faut pas, en somme, confondre l'outil et le vecteur qui le contient. Le Code civil reflète d'ailleurs très bien cette distinction puisqu'il consacre une disposition au principe de la servitude (article 637 : « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire »), et d'autres dispositions à son expression contractuelle, comme l'article 686 qui évoque la possibilité, pour les personnes intéressées, d'arrêter les servitudes « que bon leur semble ».

→ **La servitude dite d'« utilité publique »**, dont la source juridique est l'objet d'une confusion fréquente avec une notion voisine, celle des « servitudes d'urbanisme ». Ce rapprochement entre les deux notions résulte du fait que le Code de l'urbanisme prévoit l'inclusion des servitudes d'utilité publique affectant les sols dans les plans locaux d'urbanisme (art. L 126-1), et dresse la liste desdites servitudes en annexe au chapitre concerné. Or, cette liste, arrêtée actuellement dans un décret de mai 2012⁽¹³⁾, recense effectivement une large palette de servitudes qui, par ailleurs, ne sont pas toutes décrites dans le Code de l'urbanisme lui-même. Y figurent par exemple les servitudes instaurées autour des installations de défense, qui relèvent du Code de la défense (art. L 5114-1 et suivants), ou encore les servitudes liées au passage d'infrastructures de distribution de l'électricité, visées par les articles L 323-3 et suivants du Code de l'énergie. L'inscription de ces servitudes d'utilité publique dans une annexe intégrée au Code de l'urbanisme est donc commode, mais prête à simplification : toutes les servitudes ne sont pas seulement affaires d'urbanisme, comme on le verra.

Cette distinction trouve à se décliner sur le plan environnemental et devrait pouvoir se traduire, là aussi, par deux sortes de servitudes environnementales. Les unes, les servitudes environnementales du fait de l'Homme, seraient consenties et négociées entre un propriétaire foncier et un acteur animé par une volonté de protéger l'environnement, que cette volonté soit purement individuelle ou en quelque sorte statutaire, de la part par exemple d'un conservatoire d'espace naturel. Les autres, les servitudes d'utilité publique environnementale, trouveraient à s'appliquer dans des périmètres déterminés ou, si l'on préfère, des zonages, obéissant à une finalité d'ordre réglementaire. On verra qu'il en existe déjà des exemples. En tout état de cause, ces deux types de servitude peuvent parfaitement intégrer, au profit de celui qui supporte la contrainte comportementale induite par la servitude, une rémunération ou compensation pécuniaire, quoique cette possibilité soit nettement plus restreinte dans le cas des servitudes d'utilité publique.

C - Le démembrement comme fondement

Droit réel attaché à un bien, et non à une personne, la servitude fait sens quand ce n'est pas le propriétaire dudit bien qui en est titulaire, mais bien quelqu'un d'autre : par exemple, le voisin ou le promeneur exerçant son droit de passage. Quand la servitude est privée, et concerne deux fonds, cela implique qu'il y ait en somme échange de droits et d'obligations entre ces deux fonds.

(13) n°2012-615 du 2 mai 2012.

On dit que l'un va être « dominant » (celui qui en quelque sorte profite de la servitude, ou l'exerce), tandis que l'autre va être « servant » dans le sens où il la subit. Cette distinction est assez directrice dans le vocabulaire juridique, mais on voit bien qu'elle est inspirée par une situation typique de voisinage physique.

En outre, on peut observer que le rattachement à la théorie du démembrement devient un peu moins directe. Si la plupart des juristes maintiennent que la servitude est bien un démembrement du droit de propriété, quelques-uns avancent des interprétations différentes : ainsi, pour Mueller (2009), il faut plutôt y voir « une charge ajoutée aux fonds d'autrui afin d'en diminuer la liberté d'affectation, non un démembrement des attributs du propriétaire ». Une manière plus simple et plus consensuelle de voir les choses consiste à reconnaître dans la servitude un accessoire de la propriété, non détachable de celle-ci.

Simple subtilités doctrinales ? Oui et non. Il est frappant de voir, pour comparaison, que d'autres systèmes de droit sont beaucoup plus explicites quant à la relation entre les servitudes et le démembrement. C'est le cas en particulier du droit civil suisse. Dans le système helvétique, les droits réels immobiliers comportent deux catégories fondamentales : la propriété et les « droits limités » qui constituent en somme des fractions détachables de la propriété.

Au surplus, et pour régler le problème de l'articulation potentiellement problématique entre des droits limités éventuellement concurrents sur un même bien, le droit helvétique classe ceux-ci en faisant appel à la notion de « rangs ». Ces rangs sont hiérarchiques, et désigné comme tels dans le « registre foncier » qui est l'équivalent des hypothèques françaises. La chose n'est pas inutile quand il y a concurrence de plusieurs servitudes sur un même bien (de la même façon, au passage, qu'il peut y avoir concurrence de plusieurs créanciers sur un même héritage). On peut ainsi avoir des servitudes environnementales et des servitudes de passage ou de canalisation sur le même terrain. On peut de même songer à des cas, probablement rares il est vrai, où le maintien d'un passage vient perturber telle politique de plantation ou d'entretien de haies, vient remettre en cause une organisation bocagère de la parcelle, ou bien encore son aspect paysager. Une indication des priorités peut alors être opportune.

D - Caractère public et perpétuel de la servitude

• Un caractère perpétuel mais relatif

En tant que droit réel accessoire de la propriété, la servitude qui grève un bien et limite son usage est censée durer autant que le bien lui-même. Quand bien même le propriétaire viendrait à disparaître, à laisser son bien en héritage ou à le céder, la contrainte induite par la servitude devrait perdurer, celle-ci étant opposable aux ayant-droits successifs du fonds. Pour autant, **il y a là deux situations à distinguer selon le type de servitude considérée.**

→ Concernant les servitudes d'utilité publique, il est logique de penser que le caractère perpétuel de la servitude perdure tant que la réglementation traduit effectivement l'utilité publique attachée à sa substance. En cas de modification de cette réglementation et du zonage associé, la servitude peut disparaître également. Un exemple peut être tiré des plans de prévention des risques inondation (PPRI). Ceux-ci sont constitutifs d'une série de servitudes annexées normalement au plan local d'urbanisme des communes concernées. Il existe de ce fait un périmètre PPRI constitué lui-même de plusieurs zones (rouges, blanches et bleues) où vont s'appliquer des servitudes d'intensité différenciée en termes de contrainte. Mais ce périmètre PPRI peut fort bien être modifié ainsi que le prévoit l'art. L 562-4-1 du Code de l'environnement. En pareil cas, on voit bien que la géographie des servitudes associées est elle-même évolutive.

→ Concernant les servitudes de droit civil du fait de l'Homme, le problème est différent : il consiste à savoir comment s'articule le caractère perpétuel de la servitude et la durée du contrat qui la détermine. La solution peut être devinée facilement dès lors que, conformément au Code

civil, « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites » : **la durée du contrat prime. La perpétuité de la servitude devient ici très relative, même si le principe de la transmission des obligations aux ayant-droit vaut pour la durée du contrat.**

Attention cela dit : si l'échéance du contrat emporte bien la fin de la servitude (sauf reconduction), ce n'est jamais là qu'une issue idéalement « normale », celle qui intervient en l'absence d'autres péripéties dans la vie de la servitude. Or, le juge civil retient, en réalité, quelques autres hypothèses d'extinction de la servitude contractuelle. C'est le cas quand il y a empêchement d'en jouir pour des raisons matérielles (« les servitudes cessent lorsque les choses se trouvent en tel état qu'on ne veut plus en user »), en cas de non-utilisation de la servitude pour une durée de trente ans, ou en cas de réunion, entre les mêmes mains, du fonds servant et du fonds dominant.

● La question de la publicité

A l'évidence, les propriétaires successifs d'un bien ont besoin de savoir si celui-ci est grevé d'une servitude ou au contraire en bénéficie. C'est particulièrement vrai dans le premier cas, où la situation de « fonds servant » de l'immeuble, et l'existence d'une contrainte sur lui, est de nature à diminuer sa valeur vénale. Dans le cas des servitudes d'utilité publique, la publicité de la mesure est assurée, ainsi qu'on l'a vu, par l'inclusion dans le plan local d'urbanisme. Dans le cas des servitudes négociées, c'est l'inscription de la servitude au registre des hypothèques, ou dans le cas particulier de l'Alsace et de la Moselle au livre foncier, qui offre la solution.

Ordinairement, il est recommandé que les servitudes soient conclues au moyen d'un acte authentique chez un notaire, sachant que seuls ces derniers disposent du monopole de l'enregistrement aux hypothèques d'un acte juridique. Concrètement, cette inscription n'intervient pas sous la forme d'une simple mention, mais bien par enregistrement *in extenso* du contrat, ce qui permet de garder trace et connaissance des stipulations de ce dernier, notamment sa durée. Dès lors que le contrat est inscrit, ses termes sont opposables aux contractants et aux tiers⁽¹⁴⁾.

E - L'objet de la servitude en tant que modalité de paiement pour service environnemental

Au regard de ces caractères généraux, on voit que la servitude peut constituer une modalité juridique des paiements pour services environnementaux. **Encore faudra-t-il désigner l'objet exact de la servitude, moins simple à définir que dans le cas d'un simple droit de passage.** Il pourra s'agir évidemment du service écosystémique lui-même : par exemple le maintien d'une capacité de capture et de stockage du carbone atmosphérique, l'accueil organisé d'insectes pollinisateurs ou l'épuration des eaux. Mais, en ce cas, la question de la performance quantitative des actions entreprises sur la disponibilité des services à l'échelle de la parcelle considérée pourra se poser, surtout si dans un second temps, on se propose de fixer la rémunération de la servitude en fonction de cette performance.

Il faudra alors se poser la question de savoir quelle quantité de carbone est effectivement capturée, ou combien d'insectes peuvent être maintenus au moyen d'une gestion raisonnée de la parcelle. Choses non impossibles par ailleurs, mais qui obligent à envisager l'exercice d'une expertise ou d'un diagnostic fin, sans compter les mesures de suivi. On peut songer aussi à protéger par ce moyen des fractions d'écosystèmes et de milieux précisément connus pour le niveau et la valeur

(14) Il faut rappeler à ce sujet que toute personne peut adresser des demandes de consultations au service de la publicité foncière, pour peu qu'elle dispose des données lui permettant de désigner utilement la parcelle concernée (notamment un numéro de cadastre).

de la performance environnementale qu'ils fournissent : fonctions biologiques essentielles et prévention des inondations pour les mangroves, captation particulièrement efficace du carbone dans les tourbières, capacité d'accueil des espèces et épuration des eaux pour les roselières, etc.

Par ailleurs et un peu plus largement, **il convient d'identifier les ingrédients incontournables à réunir en vue d'obtenir une servitude environnementale efficace vis-à-vis notamment des services qu'on entend préserver.** Outre la désignation de ces derniers, on peut penser aux facteurs suivants :

- > Des outils simples, ergonomiques et compréhensibles pour « piloter » la servitude et la mettre en œuvre ;
- > Une palette d'actions déclinée dans un cahier des charges, éventuellement évolutif, et adaptable aux évolutions des dynamiques écologiques en présence. Cette palette devra aller de la simple abstention (inconstructibilité, engagement à ne pas employer d'intrants) à des actions positives (planter, tailler, creuser, entretenir tel ou tel élément de l'infrastructure écologique locale), sachant que ces actions devront être déclinées utilement au vu des enjeux locaux ;
- > Un niveau de rémunération / compensation adéquat ;
- > Une sécurité juridique pour les participants ;
- > Une durée longue pour prendre en compte le « temps du vivant » et obtenir une protection pérenne des éléments qu'on souhaite préserver ;
- > Un cadrage clair à la fois en termes de périmètre et d'objectifs ;
- > Une articulation possible avec certaines institutions et politiques existantes, comme l'obligation de compensation à la charge des aménageurs ou encore le rôle dévolu à la future Agence française de la Biodiversité ;
- > Une articulation adéquate avec le tissu conventionnel existant.

Comme on le voit, les critères à prendre en compte sont singulièrement nombreux. Or, en l'état actuel des choses, la servitude conventionnelle du fait de l'homme est insusceptible de répondre à ces impératifs. Il y a là deux limites fondamentales, mais susceptibles de correction, qu'il faut exposer maintenant.

2.2 La servitude environnementale conventionnelle du fait de l'Homme : une mutation nécessaire

Les articles 637 et 686 du Code civil qui définissent le principe et l'expression contractuelle de la servitude de droit commun témoignent, pour le but qu'on se propose d'obtenir, de limites qu'il s'agit de dépasser. Ces limites peuvent être contournées par une réforme qui consisterait à consacrer, dans le Code de l'environnement cette fois, la servitude en tant que droit réel négocié exempt des freins qui diminuent actuellement ses potentialités.

A - Les insuffisances du système actuel

Ces insuffisances tiennent à deux éléments : l'exigence de deux fonds, et l'exclusion des obligations positives (que les juristes désignent au moyen de l'expression *in faciendo*) au profit des obligations de ne pas faire (*in non faciendo*).

- **L'exigence de deux fonds**

Tant l'article 637 que l'article 686 du Code civil, dispositions promulguées le 10 février 1804, insistent sur le fait que la servitude est instituée entre des biens, que ceux-ci soient qualifiés de « fonds » ou d'« héritages », et non pas entre des personnes. Cette limite est manifeste dans l'article 637 qui évoque, comme on l'a vu, « une charge imposée sur un héritage » dans l'intérêt d'un autre « héritage ». Cette approche est très clairement confortée par l'article 686, relatif à l'expression contractuelle de la servitude, qui par-delà des apparences libérales, permettant aux parties de formaliser les servitudes « que bon leur semble », introduit immédiatement une condition exprimée en ces termes : « ... pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fond »⁽¹⁵⁾.

Dans le cas où l'on serait en présence d'un terrain pour lequel le propriétaire ou l'occupant serait effectivement désireux d'adopter une gestion écologique, en relation avec une association, un conservatoire ou encore une collectivité par exemple, on serait logiquement en présence du « fonds servant », celui qui serait le support de la charge comportementale. Manquerait alors le fonds dominant. Consultés sur ce point précis, les notaires disposent de quelques pistes, consistant à susciter fictivement un fonds dominant au moyen par exemple d'une pension ou par le biais d'une donation de parcelle avec réserve d'usufruit. Les difficultés de l'exercice pourront inciter le propriétaire à envisager d'autres voies, de fait extérieures au champ des servitudes, comme la vente avec condition de ne pas faire (par exemple ne pas construire), qui exige cependant un transfert de propriété (CGDD, 2013). Il faut convenir néanmoins que ces solutions relèvent d'une « ingénierie notariale » complexe, et dans le même temps d'un accommodement - dans l'esprit, du moins - avec les exigences légales. Il va sans dire qu'elles sont peu appliquées en pratique.

- **La restriction aux obligations d'abstention (ne pas faire)**

Les dispositions du Code civil limitent de fait la dimension comportementale des servitudes de droit réel à la passivité ou à l'abstention. Typiquement, il s'agit de ne pas construire. Ce principe supporte quelques exceptions, notamment dans le cas où il s'agit d'assurer l'entretien d'une voie de passage desservant le fonds dominant: cette hypothèse est également visée par le Code civil (article 697 et 698). Mais dans l'ensemble, l'exclusion des obligations de faire s'impose, même si

(15) L'article 687 renforce ce principe – s'il en était besoin – en soulignant que les servitudes sont établies « pour l'usage des bâtiments, ou pour celui des fonds de terre ».

cette restriction n'est pas très apparente dans la lettre de la loi. En fait, le Code civil n'exclut pas explicitement les obligations de faire ; mais la jurisprudence ne les admet que dans une mesure restrictive, en faisant de ces obligations un « accessoire » ou si l'on préfère un corollaire des obligations d'abstention.

Cette notion d'accessoire emporte des effets complexes. Rapportée à l'exigence précédente portant sur l'existence de deux fonds, cet impératif amène à démontrer, pour pouvoir édicter des obligations de faire, l'existence d'un lien d'utilité réciproque entre ces fonds, ou pour mieux dire l'existence d'un lien fonctionnel. A cet égard et pour compléter ce qui précède, il faut signaler que la jurisprudence admet fort bien que les deux fonds puissent ne pas être contigus, mais éloignés géographiquement. Dès lors, il se peut fort bien qu'on puisse démontrer, dans le domaine environnemental, l'existence d'un lien de dépendance entre deux parcelles.

Imaginons ainsi une espèce particulière d'oiseaux dont on souhaiterait maintenir localement la population, qui nidifierait sur un terrain A mais dont l'aire de nourrissage habituelle se situerait sur un terrain B. Imaginons encore, dans le registre des services écosystémiques cette fois, un point de captage d'eau dont la qualité de la masse d'eau associée dépend des pratiques adoptées sur les terrains C,D, E en amont du bassin versant, sur le territoire de la même commune ou au-delà. En de pareilles circonstances, l'établissement du lien ne semble pas insurmontable, bien que des critères d'évaluation spécifiques et de surcroît variables dans le temps soient nécessaires (nos oiseaux, peu attentifs aux contraintes juridiques, peuvent décider d'aller se nourrir ailleurs). Il y a donc une certaine fragilité juridique à prendre en compte.

→ Les limites des servitudes du fait de l'Homme en droit français et dans les systèmes de droits étrangers : exemples comparés

L'exigence de deux fonds est assez typique du droit français, où l'histoire parle avec force. L'encyclopédie de Diderot et d'Alambert ne décrivait-elle pas la servitude personnelle comme celle « qui met une personne dans la dépendance servile de l'autre » ? D'autres systèmes juridiques offrent néanmoins des solutions plus souples, intégrant précisément les servitudes personnelles. Le droit suisse, par exemple, consacre ces dernières dans l'article 745 du Code civil helvétique. Au Québec, la superposition de servitudes personnelles et d'usages du foncier est également possible. Dans les deux cas, ces servitudes trouvent à s'appliquer sur une parcelle, au bénéfice d'une personne et non plus d'un autre fonds, tant que cette personne est en vie ou jusqu'à ce qu'elle décide de renoncer à exercer sa faculté.

Concernant la restriction aux obligations de ne pas faire, le droit suisse, pour reprendre cet exemple, consacre une solution similaire. Dans le cadre d'une servitude négociée, les obligations de faire sont également exclues, sauf sous deux conditions : qu'elles présentent là aussi un caractère « accessoire » vis-à-vis de l'objet de la servitude, et qu'elles soient inscrite au registre foncier*.

* Art 730.2 du Code civil suisse.

- **Une incapacité à répondre aux demandes concrètes**

Sans surprise, la double contrainte résultant d'un côté de l'exigence de deux fonds et de l'autre de la quasi-exclusion des obligations de faire compromet le caractère utile de la servitude dans le champ environnemental. Autrement dit, **le cadre général de la servitude conventionnelle du fait de l'homme ne permet pas de transformer utilement celle-ci en une servitude environnementale efficiente.**

Il y a là matière à un regret qui a pu être exprimé en ces termes : « La doctrine juridique et la société civile déplorent les possibilités extrêmement limitées offertes en France par le droit privé des servitudes, pour la préservation des espaces naturels ou de certains milieux. Ce regret est d'autant plus vif que la mise en place d'outils permettant à ceux qui le voudraient de constituer une servitude sur l'immeuble dont ils sont propriétaires, rendrait possible la protection ou la gestion plus équilibrées d'espaces ou de milieux ... » (Chanteguet et al, 2011).

De fait, ni les propriétaires, ni les collectivités territoriales, ni même les acteurs de la conservation écologique dans les territoires ne font un usage significatif de l'outil tel qu'il existe aujourd'hui. L'impression qui semble prévaloir est que les servitudes conventionnelles participent effectivement à la « boîte à outils » de l'action foncière en faveur de l'environnement, mais au même titre que tout autre instrument, et sans plus-value notable en termes d'efficacité ou d'ergonomie. On peut relever un exemple de ce blocage dans la pratique du Conservatoire du littoral (CERL). Dans la mesure où le CELRL dispose du droit de préemption, il utilise relativement peu les servitudes du Code civil, à hauteur de 1 à 3% de ses opérations seulement. C'est cependant un mécanisme qui peut être intéressant dans certains cas, par exemple en présence d'un terrain appartenant à une collectivité et géré par un agriculteur. Mais le conservatoire est surtout confronté à un problème de sécurité juridique. Quand il négocie et conclut une servitude sous forme contractuelle, il s'agit le plus souvent d'une servitude de non-constructibilité, *non aedificandi*. Outre le fait qu'il faille trouver pour ce faire un fonds dominant, le juge sanctionne souvent la « sortie de servitude » dès lors que l'exploitant a méconnu son obligation et a construit, par exemple, une grange ou un hangar sur la parcelle concernée. Le tribunal saisi du litige prononce généralement, en pareil cas, une sanction peu satisfaisante sur le plan environnemental : il oblige seulement l'agriculteur contractant à rembourser les sommes perçues au titre de la servitude rémunérée, mais non pas à remettre la parcelle en l'état initial. L'acquisition foncière suivie de l'intégration au domaine public est bien plus protectrice de ce point de vue.

B - Les propositions de réforme

Conscients de ces limites, juristes et spécialistes se sont intéressés depuis une vingtaine d'années environ aux ajustements qu'il conviendrait d'opérer afin de transformer la servitude du fait de l'Homme en outil efficace pour préserver la biodiversité et, dans un second temps il est vrai, les services écosystémiques. On a là une succession d'initiatives avortées ou imparfaites d'un point de vue politique, qui aboutit aujourd'hui à une nouvelle tentative de réforme.

- **Historique : la « longue marche » de la servitude environnementale**

La volonté de réformer les servitudes du Code civil dans le domaine qui nous occupe a connu un certain nombre d'étapes.

→ Dès 1994, le congrès des notaires de France, intitulé « De la contrainte au contrat », évoquait assez brièvement la question de la servitude environnementale. L'année suivante, la mission juridique du ministère de l'environnement commandait une étude sur le sujet⁽¹⁶⁾, laquelle était

(16) Lettre de commande DGAD/DRAE/95218 du 11 décembre 1995.

alors confiée au CRIDEAU de l'Université de Limoges⁽¹⁷⁾ et au CNRS. Cette initiative aboutit à un rapport conséquent sur les outils conventionnels de gestion des espaces naturels, publié dans un second temps sous la direction scientifique de Catherine Giraudel (1997), mais sans que ce travail ne trouve de traduction législative ou réglementaire.

→ En 2004, le ministère de l'environnement commande une nouvelle étude sur le sujet à la Société Française pour le Droit de l'Environnement (SFDE). En ligne de mire se situe le futur projet de loi de modernisation de l'agriculture, qui doit être débattu l'année suivante (et qui, en pratique, aboutira à la loi n°2006-11 du 5 janvier 2006). Dans ce contexte, un ensemble de propositions portées par le ministère de l'agriculture est soumis au Conseil National du Développement Durable (CNDD). Dans l'avis qu'il produit, sous la coordination de Michel Prieur (2005), le Conseil observe que la servitude environnementale ne figure pas dans les dispositions préconisées mais en rappelle tout l'intérêt. Il est alors suggéré d'instituer cet outil au profit d'une autorité publique ou d'une association agréée de protection de l'environnement – essentiellement dans le souci d'habiliter les conservatoires régionaux d'espaces naturels à en contracter – en modifiant les deux articles bien connus du Code civil, à savoir les 637 et 686. Le même rapport souligne la philosophie du dispositif, en affirmant que cette servitude « repose sur la libre décision du propriétaire et ne constitue donc en aucune manière une obligation autoritaire contrairement aux servitudes de droit public... » (CNDD, date, p19). Mais la loi de modernisation de l'agriculture de 2006 ne consacre pas cette suggestion.

→ Un épisode de facture assez similaire se reproduit dans le contexte des chantiers ouverts par la loi Grenelle 1 du 3 août 2009, dont la mise en place de la trame verte et bleue. Dès 2008, le gouvernement sollicite les vues de la SFDE à l'occasion des travaux du comité opérationnel dédié au sujet (le COMOP TVB). Ce comité met alors en place un groupe de travail dédié aux outils de nature contractuelle au service de la TVB. Un rapport rédigé par Gilles Martin (2008) est présenté et annexé au rapport du COMOP, mais une fois encore, ce travail ne trouve pas de traduction législative dans la loi Grenelle 2.

→ Il convient enfin d'ajouter à ces épisodes les propositions figurant dans le rapport d'information déposé à l'Assemblée Nationale par la députée des Deux-Sèvres Geneviève Gaillard au printemps 2011 (p94). Ce document préconise d'instituer un outil contractuel en faveur de la biodiversité sous deux formes alternatives : soit par la création d'une servitude contractuelle de protection de l'environnement dans la catégorie des servitudes du fait de l'Homme, soit par la création d'une obligation réelle durable et transmissible aux ayants cause. On sait que, du point de vue technique, ces deux pistes sont similaires ; aussi pourra-t-on reconnaître, par-delà leur formulation, un débat qui tient plutôt à la stratégie à adopter.

Car c'est là une des leçons des séquences décrites à l'instant : la catégorie des servitudes du Code civil est peu ergonomique et peu susceptible d'évolution. Les articles 637 et 686 relèvent du « Code Napoléon » de 1804 et font partie, si l'on peut dire, de l'ADN normatif de la nation ; par extension elles présentent un caractère tutélaire, voire totémique, propre à saisir le législateur d'une sorte de sidération. **Aussi paraît-il plus opportun, *grosso modo* à partir des débats de 2008 autour du Grenelle, d'agir préférentiellement sur le Code de l'environnement, à l'échine plus souple, dont la substance ne cristallise pas les mêmes conservatismes.** Cette orientation éclaire ce qui va suivre.

Mais il est une autre leçon de cet enchaînement de séquences qui ne saurait nous échapper : on voit bien qu'au travers de ces différents débats la question des services écosystémiques est escamotée, ou en tous cas reléguée à un niveau très secondaire. Sans doute le débat autour de ce concept paraissait-il suffisamment complexe...

(17) Centre de recherches interdisciplinaires en droit de l'environnement, de l'aménagement et de l'urbanisme.

● **La proposition prévue dans l'actuel projet de loi sur la biodiversité**

La Conférence Environnementale de 2012 a permis de dégager l'objectif consistant à « faire de la France un pays exemplaire en matière de reconquête de la biodiversité ». Cette volonté s'est traduite par la préparation d'un projet de loi sur la biodiversité, soumis au Conseil National de la Transition Ecologique (CNTE) à la mi-décembre 2013. Le CNTE en a alors approuvé la substance, et il est prévu que le texte soit soumis au Conseil d'Etat au début de l'année 2014, avec retour du projet en Conseil des ministres au cours du printemps. **Aussi, tout ce que l'on pourra indiquer ci-après est naturellement soumis à condition et ne saurait préjuger de la poursuite du processus d'adoption du texte.**

Reste que le texte soumis à consultation comporte bien des dispositions relatives à l'instauration ou à l'assouplissement de droits réels constitutifs de servitudes. Cette proposition prend la forme d'« obligations réelles » ou « *intuitu rei* » au profit de la biodiversité. On notera au passage que cette terminologie évoque la seconde option évoquée dans le rapport précité de Geneviève Gaillard, en ce qu'il évite l'usage du terme « servitude ».

Les éléments de rédaction soumis à consultation permettent à l'heure actuelle d'identifier les cinq points suivants :

- Le propriétaire se verrait offrir la possibilité de contracter avec une collectivité publique, un établissement public, ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement ;
- L'objectif de l'acte en question est de faire naître à la charge des contractants, et à la charge des propriétaires successifs du bien, les obligations réelles « que bon leur semble » pourvu que celles-ci aient pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de services écosystémiques ;
- Le dispositif serait applicable « dans un espace naturel, agricole ou forestier » (soit donc à l'égard de la biodiversité dite ordinaire, en l'absence de zonage de type « espaces protégés ») ;
- Le propriétaire ne pourra accepter ces obligations qu'avec l'accord préalable et écrit du preneur à bail ;
- Il est prévu qu'un rapport au parlement, élaboré cinq ans après l'entrée en vigueur de la mesure, fasse le point sur sa mise en œuvre à ce stade afin de définir, le cas échéant, les mesures réglementaires qui pourraient s'avérer souhaitables.

Il est proposé en outre que la nouvelle disposition soit intégrée au Code de l'environnement (vraisemblablement dans le livre 1er, titre III, « institutions »).

Ces propositions témoignent indubitablement d'un caractère novateur, surtout si l'on prend en considération la référence aux services écosystémiques en tant qu'objet possible des droits réels négociés. Il devient possible de consentir contractuellement une servitude pour maintenir ou gérer une haie, un élément paysager, un point d'eau, ou encore pour maintenir la capacité d'accueil d'espèces faunistiques ou floristiques. D'autres traits sont cependant plus implicites. La référence aux espaces « naturels, agricoles ou forestiers » exclut la perspective d'élaborer des servitudes environnementales urbaines, alors qu'après tout, on se propose d'étendre la TVB en ville. En outre, en l'absence de spécifications et de cahiers des charges-type, les obligations de faire et de ne pas faire sont pareillement admissibles, même si le problème de la définition des premières reste entier. Enfin, la question de la publicité du contrat par inscription aux hypothèques n'est pas évoquée.

C- L'articulation avec l'existant

La proposition figurant dans le projet de loi sur la biodiversité répond dans une assez large mesure aux écueils qui ont été identifiés et décrits jusqu'à présent : exigence de deux fonds, obligations positives, contournement des réticences liées à la perspective de modifier les dispositions « historiques » du Code civil. Ces difficultés ne sont pas à sous-estimer, mais elles n'expliquent que partiellement le caractère laborieux du cheminement, plein d'embûches, qui a permis d'atteindre cette solution (pour peu qu'elle soit effectivement consacrée par le législateur sans modification notable). Il faut dire qu'aux difficultés relatives aux caractères juridiques fondamentaux des servitudes s'en ajoutent un certain nombre d'ordre pratique et technique, tenant parfois aussi l'acceptabilité de la mesure, et que l'on ne saurait négliger.

• Données du problème

A qui s'adressera typiquement le dispositif des droits réels environnementaux négociés ? Les acteurs en question auront-ils nécessairement la même relation vis-à-vis des services écosystémiques ? Il y a lieu d'en douter. **En fait, les servitudes environnementales auront à se superposer à la cartographie que compose la réalité de la propriété foncière et des usages du foncier.** Elles devront, ce faisant, trouver place dans un paysage très hétérogène socialement et en termes de situations individuelles. Mais elles devront aussi composer avec un paysage contractuel déjà conséquent, et non pas vierge de tout autre engagement.

Dans ce paysage-ci, l'agriculteur n'est pas contournable, mais il n'est pas non plus le seul acteur à prendre en considération ; il faut raisonner plus largement en termes de propriété foncière rurale. Sur les quelques 55 millions d'hectares qui composent le territoire métropolitain, 54 à 56 % (selon les sources) sont des surfaces agricoles, pour un peu moins de 500 000 exploitations (base 2010). Cette prévalence des surfaces agricoles est très variable selon les territoires, avec la traditionnelle distinction à opérer entre un « nord » dédié plutôt aux grandes cultures et un « sud » morcelé en plus petites exploitations – avec également, de fait, moins de surfaces en culture. Imagine-t-on donc que la servitude environnementale négociée soit appelée au même type de développement dans les départements les moins cultivés, comme la Corse du Sud ou les Alpes-Maritimes, avec respectivement 52 200 hectares et 61 000 hectares de surfaces agricoles utiles (SAU) (Agréste, 2000), ou dans les départements de grande exploitation, comme la Marne ou l'Aisne, respectivement dotés de 559 000 et 497 000 hectares de SAU ? A ceci s'ajoutent d'autres facteurs, comme la relative concentration des espaces protégés dans le sud du pays.

Ce paysage n'est pas seulement évolutif dans l'espace. Il l'est aussi dans le temps. Le vieillissement tendanciel des exploitants agricoles et la baisse des effectifs du secteur⁽¹⁸⁾ font que, dans la décennie à venir, les terres actuellement cultivées par les plus de 55 ans, et qui représentent en surface quelques 6,4 millions d'hectares (SAF, 2012), vont se libérer. Ce mouvement interviendra dans un double contexte où la relève n'est pas assurée, et où les prix du foncier agricole augmentent substantiellement. La déprise agricole a donc, *a priori*, de beaux jours devant elle.

En outre se pose la question de la propriété elle-même. Au milieu des années 2010, on estime qu'à peu près les deux tiers des agriculteurs ne sont pas propriétaires et louent leur terre en fermage (Courleux, 2011). Cette circonstance oblige à se poser la question du lien avec le bail rural et le statut du fermage, conçu à une époque (1943) où le droit de l'environnement était balbutiant et où seule la loi sur la protection des sites était adoptée. L'évolution sociétale que traduit la montée en puissance des enjeux environnementaux dans la sensibilité collective devait nécessairement impacter le monde agricole, et c'est ainsi qu'il n'est pas aberrant, dans l'optique de « produire un

(18) La baisse des actifs agricoles a été de 21% dans la décennie 2000-2010.

paysage conforme aux attentes de la société », de « sortir d'un bail agricole pour aller vers un bail nature » (SFDE, 2003). Ce qui, on l'imagine, soulève nombre de questions et renvoie, au passage, au quasi-blocage du bail environnemental actuellement observé.

Pourquoi ces rappels de données somme toute familières ? **C'est qu'il importe, au vu de ces enjeux, de bien comprendre que la réception des servitudes négociées ne saurait en aucune façon être « monolithique ». Son acceptation dépendra de la capacité des acteurs à employer le dispositif pour régler les problèmes ci-après.**

● L'articulation avec le bail rural

Les baux ruraux visent historiquement à limiter le pouvoir social du bailleurpropriétaire sur l'exploitant, tout en attribuant à ce dernier une série d'avantages propres à lui conférer un statut social : durée longue du bail (9, 18 ou 25 ans), droit au renouvellement et à la préemption pour le preneur, loyer réglementés (puisqu'ils sont fixés par arrêté préfectoral), protection contre les risques de reprise de ses terrains par le propriétaire lui-même soumis, en vertu du Code rural, à l'obligation de mettre en valeur ses terres... Ce faisceau d'éléments est en fait constitutif d'un statut, le statut du fermage réglementé dans l'ordonnance du 17 octobre 1945 et repris dans les articles L 411-1 et suivants du Code rural. Ce statut n'a ni la vocation, ni le caractère d'un outil de gestion des espaces ruraux. Il conforte surtout l'agriculteur dans sa fonction productive. La perspective d'assurer la compatibilité des droits réels négociés avec cette construction soulève au moins trois questionnements.

→ **Le consentement du preneur à bail.** C'est sur lui que pèseront les obligations comportementales « positives » d'entretien, et c'est sur son revenu que pèseront, le cas échéant, ces obligations consommatrices d'espace et de temps. L'actuel projet de loi sur la biodiversité prévoit leur accord préalable, de sorte qu'en fait, la servitude devra être conclue avec le tandem propriétaire/bailleur. Mais dans les faits, il faudra certainement prévoir un arrangement entre les deux aux fins de partager la rémunération ou la compensation financière de la servitude. Ce qui peut poser problème dans le cas où celle-ci serait exclusivement constituée d'avantages fiscaux, profitant par hypothèse au seul propriétaire.

● Le périmètre des obligations de faire et le caractère évolutif des cahiers des charges.

→ Les exploitants agricoles, et plus généralement peut-être les propriétaires ruraux, peuvent s'accommoder d'une obligation d'inconstructibilité. Des obligations présentées comme un accessoire de cette obligation principale peuvent encore être admissibles, au même titre que des actions qui viseraient à maintenir les caractères écologiques du terrain (par exemple son caractère boisé), ou à maintenir des éléments topographiques conditionnant, par ailleurs, le bénéfice de financements au titre des mesures agroenvironnementales (MAE). Au-delà, il est nécessaire de savoir quelles obligations comportementales il est possible d'imposer ou de suggérer. Se pose alors la question d'un cahier des charges-type, dans lequel il serait possible de « cocher » ou de désigner des actions spécifiques.

Pour ce faire, on peut s'inspirer, là encore, de l'existant. Dans le cadre de la gestion contractuelle des terrains par les conservatoires d'espaces naturels (CENs), la liste des actions possibles est assez simple et comporte des éléments tels que l'indication des dates de fauche ou l'interdiction de suppression des haies. On peut également s'inspirer des clauses-types des baux ruraux environnementaux⁽¹⁹⁾. Cette liste comporte une quinzaine de pratiques dont par exemple le non-retournement des prairies, le maintien de l'ouverture des milieux menacés par l'embroussaillage, l'interdiction de l'irrigation et du drainage, ou encore le maintien d'éléments

(19) Ces clauses correspondent à une liste de pratiques culturales déterminée par le décret du 8 mars 2007, et figurent à l'article R 411-9-11-1 du Code rural.

écopaysagers tels que talus ou bosquets. Encore faut-il noter qu'en vertu du statut du fermage, cette liste est limitative : on peut y composer son menu en termes d'engagements, mais non pas rajouter des fonctionnalités nouvelles qui n'y figureraient pas. Or, il faut pouvoir rester innovant.

Autre défi, la mesure dans laquelle ces obligations de faire, une fois déterminées, devraient pouvoir évoluer. On peut songer que, dès lors qu'elles sont prescrites, ces obligations comportementales puissent faire l'objet d'une clause de revoyure, mais dans une mesure telle que leur mise en œuvre n'altère pas les objectifs du projet. Il est vrai que les conditions physiques du milieu et les dynamiques écologiques en présence peuvent évoluer pour des motifs étrangers à l'attitude des cocontractants. Telle zone humide pourra être affectée par le drainage effectué dans les terrains voisins. Telle espèce animale pourra choisir de nidifier ailleurs. Enfin, le changement climatique peut induire, à moyen terme, des changements problématiques dans le cas d'un contrat de très longue durée. Tout ici devra être affaire d'adaptation pragmatique et si possible consensuelle, sachant bien que l'objectif premier devrait toujours être le maintien et/ou la restauration de services écosystémiques déterminés – objectif qui en soi impose d'envisager cette évolutivité des comportements.

→ **Le contrôle judiciaire de la mise en œuvre de la servitude.** Le cocontractant avec qui le binôme propriétaire / fermier conclue la servitude a un droit à agir pour faire appliquer le contrat, en vertu de l'article 1134 du Code civil qui affirme que le contrat a force de loi entre les parties. Ce cocontractant peut donc saisir le juge judiciaire afin de faire réaliser ces obligations contractuelles via une action exécutoire. Or, cet aspect est susceptible de poser problème pour le milieu agricole, comparativement à l'utilisation d'autres outils, car le bail rural est normalement plus avantageux pour l'exploitant. En effet, les litiges relatifs à l'exécution d'un bail rural relèvent pour l'essentiel d'une juridiction quasi professionnelle, le tribunal paritaire des baux ruraux (TPRB), qui est compétent notamment à l'égard des différends concernant la reprise des terres ou encore la durée du louage⁽²⁰⁾.

● **L'articulation avec les cahiers des charges fournisseurs**

De manière fréquente, l'agriculteur est lié contractuellement à un groupe agroalimentaire, à une entreprise de transformation ou de restauration rapide, ou bien encore à un circuit de distribution dont il est le fournisseur ; on parle parfois, à cet égard, de « contrat d'intégration ». Or, ces relations contractuelles s'accompagnent fréquemment de cahiers des charges et autres chartes qui, pour ne pas être étrangères naturellement à la substance de la réglementation en vigueur, peuvent s'en éloigner quelque peu. Le fait est que ces « chartes d'approvisionnement » ne visent pas seulement à atteindre des objectifs environnementaux, mais aussi à standardiser les pratiques, quitte d'ailleurs à maintenir l'agriculteur dans une certaine dépendance technico-commerciale. Il pourra s'agir par exemple de l'inciter à utiliser les semences fournies par le service agronomique de son commanditaire régulier. Mais on trouve là, aussi, des prescriptions qui concernent l'emploi de produits phytosanitaires sélectifs et traçables, ou diverses méthodes culturales. A certains égards, les exigences en vigueur à l'égard des fournisseurs de la restauration collective poursuivent la même logique, de même encore que les normes de management environnemental (ISO 14001...)⁽²¹⁾.

Ces engagements ne sont pas nécessairement incompatibles avec la conclusion de droits réels négociés par ailleurs avec un acteur tiers. Certaines pratiques peuvent même relever d'une superposition intelligente : ce peut être le cas typiquement du maintien ou de la plantation de haies en vue de garantir la présence de faune auxiliaire, grand classique – si l'on peut dire – des dispositifs évoqués ici. Reste que dans beaucoup d'autres cas, ces engagements préexistants

(20) A l'exception du paiement du fermage qui relève de la compétence du tribunal d'instance.

(21) Certains exploitants s'engagent collectivement dans cette voie : considérer à titre d'exemple l'engagement de l'association Terr'Avenir, laquelle regroupe 130 exploitations des régions Nord-Pas-de-Calais, Picardie, Haute-Normandie et Champagne-Ardenne.

compliqueront plutôt l'exercice, en posant notamment la question de l'additionnalité des pratiques (ou des résultats) en contrepartie d'une éventuelle rémunération. Ils risqueront également de susciter une attitude de refus de la part d'exploitants déjà engagés autour d'une charte, et/ou déjà soumis aux mesures de contrôle, de suivi et d'audit correspondantes.

- **La question de la mobilisation collective de propriétaires ou d'exploitants en tant que co-contractants**

Comment procéder lorsqu'il s'agira de mobiliser une pluralité de propriétaires et d'exploitants autour d'un projet commun, consistant à préserver un ou plusieurs services écosystémiques sur une surface d'emprise pertinente? L'enjeu est d'autant plus essentiel que l'amélioration effective de l'état de ces services peut nécessiter le franchissement d'un certain volume d'actions parfois difficile à atteindre si l'on se place uniquement dans une logique de contractualisation de gré à gré. Le problème peut se poser typiquement pour la protection d'un captage d'eau par exemple, où la baisse de la teneur en nitrates sera d'autant plus rapide que des changements de pratiques culturales ciblés et spatialement cohérents auront lieu à l'échelle d'un bassin ou sous-bassin versant.

Le droit n'est pas tout à fait étranger à la notion de servitudes collectives. Il s'en trouve, par exemple, dans le cadre d'un lotissement : ceux-ci comportent un « cahier des charges du lotissement », qualifié de « document contractuel », qui peut prescrire des servitudes indivise à la charge des occupants (lesquelles sont par ailleurs évoquées dans l'article 709 du Code civil). Mais on voit bien que la comparaison ne peut être poussée d'avantage et qu'on est très loin, aujourd'hui, d'une servitude environnementale collective.

En revanche, il existe bel et bien des regroupements d'agriculteurs et de propriétaires fonciers formalisés juridiquement. Les formes juridiques et sociétales que revêtent les structures collectives agricoles sont du reste très variées. Se pose alors, à leur égard, la question de savoir si et dans quelle mesure elles peuvent contracter. Schématiquement, il y aura là deux types de situations à distinguer : celle où le regroupement en question sera effectivement investi d'une personnalité juridique lui permettant de se livrer à l'opération, et par exemple d'accepter une servitude négociée ; et celle où le regroupement opéré traduit seulement un projet ou une volonté d'engagement commune, mais sans personnalité réelle et suffisante. En pareil cas, le regroupement n'est pas inutile : il peut traduire un début de consentement collectif, ou un consentement de principe, qui devra cependant recouvrir une série de signatures individuelles.

On évoquera ci-après, à titre d'exemples, quelques regroupements effectivement dotés de la personnalité morale en les décrivant grossièrement :

→ Les **Groupements agricoles d'exploitation en commun (GAEC)** sont des sociétés civiles agricoles de personnes, créés par une loi du 8 août 1962, et qui font l'objet des articles L 323-1 à L 323-16 du Code rural. Immatriculées au registre du commerce et des sociétés, dotées d'un capital social minimum de 1500 euros et donnant lieu à distribution de parts sociales entre ses membres, cette construction dispose de la personnalité morale et peut contracter. Au surplus, dans le cas d'un preneur à bail désireux d'y intégrer les terres qu'il occupe, l'accord préalable du propriétaire n'est pas requis bien qu'il doive être informé. Par contre, la responsabilité des membres vis-à-vis des tiers est de nature quasi délictuelle et indéfinie, et leur création nécessite de se soumettre à une procédure d'agrément complexe.

→ Les **sociétés civiles de moyens (SCM)** peuvent être fondées par des professions libérales désireuses de mettre en commun des ressources, du matériel ou encore un local. Les membres de la société conservent une totale indépendance commerciale et gardent leur clientèle respective. La SCM est enregistrée au registre du commerce, dispose d'un siège social et de la

personnalité juridique. Il existe des sociétés civiles de moyens agricoles, mais ce statut semble encore partiellement adapté à la situation des exploitants. Des professionnels appellent à un assouplissement et à un meilleur paramétrage de cet outil à destination des agriculteurs⁽²²⁾.

→ Les **associations foncières agricoles (AFA)**, ou associations foncières agricoles « libres », sont des associations de nature syndicale destinées à poursuivre la mise en valeur et la gestion des terres tout en constituant des unités viables économiquement. En tant qu'associations syndicales libres, elles ont la personnalité morale.

→ Les **sociétés civiles d'exploitation agricole (SCEA)** se composent d'au moins deux personnes, physiques ou morales, dont l'une sera gérante, et sont établies dans le but de gérer une ou plusieurs exploitations sans limites de surface. Leur établissement ne nécessite pas de capital minimal et elles possèdent la personnalité morale. En revanche, elles ne peuvent poursuivre une activité commerciale. Elles relèvent juridiquement de l'article 1832 du Code civil⁽²³⁾.

→ Enfin, les **groupements d'intérêts économiques et écologiques (GIEE)**, intégrés à ce stade dans le projet de loi d'avenir pour l'agriculture, sont inspirés de la catégorie plus large des GIE. Approuvé en première lecture par l'Assemblée nationale au cours de l'hiver 2014, le projet de loi devrait *a priori* consacrer cette construction dans son article 3, lui-même intégré à un chapitre consacré au « renforcement des organisations de producteurs ». Ces groupements, également dotés de la personnalité morale et pouvant donc contracter, permettraient d'associer plusieurs agriculteurs et, le cas échéant, d'autres acteurs publics ou privés autour d'un programme d'action pluriannuel intégrant des actions permettant d'améliorer la performance économique et environnementale des exploitations concernées. A en croire l'exposé des motifs, il s'agirait ce faisant de s'appuyer « sur des dynamiques collectives ascendantes, ancrées dans les territoires », en lien notamment avec les plans régionaux de l'agriculture durable. Ces GIEE pourront bénéficier de majorations dans l'attribution des aides publiques. Il est possible que ces groupements puissent constituer une formule particulièrement adéquate en vue d'une contractualisation en commun, consacrant le consentement des participants à des contraintes environnementales, mais c'est naturellement l'avenir qui le dira – sachant au surplus que les GIE ne sont pas sans contraintes, notamment en termes de responsabilité⁽²⁴⁾.

D'autres perspectives du même type pourraient également être offertes ou élargies par l'actuel projet de loi sur la biodiversité : celui-ci prévoit en effet l'élargissement des finalités respectives de l'assolement en commun et du remembrement à des finalités environnementales, concernant le maintien de la qualité de l'eau ou la protection de la biodiversité.

● Le lien avec d'autres processus et enjeux environnementaux

Les questionnements relatifs au monde agricole, qu'ils concernent le bail rural, l'inclusion du travail productif dans une chaîne d'approvisionnement ou encore la mobilisation collective d'exploitants, n'épuisent absolument pas la question de savoir à quels enjeux les servitudes conventionnelles environnementales devront pouvoir s'adapter. Il y a là, de fait, plusieurs autres enjeux qui relèvent du défi, de l'opportunité ou de la promesse. On en prendra trois exemples :

→ **L'articulation des servitudes négociées avec les chartes d'espaces protégés.** Rien ne s'oppose *a priori* à ce que puisse être organisée l'articulation entre des servitudes environnementales négociées et les chartes d'espaces naturels, si l'on considère les cas des parcs nationaux ou des parcs naturels régionaux (PNR). Les parcs naturels nationaux et les PNR sont respectivement gérés

(22) L'avocat en droit rural Lionel Manteau préconise ainsi la mise en place de SCM clairement ouvertes aux agriculteurs, afin notamment d'assouplir la mise en place d'assolements en commun.

(23) Disposition consacrée à la notion de « société » en général ; cf Livre III, titre IX du Code.

(24) La constitution d'un groupement d'intérêt économique emporte normalement la responsabilité solidaire et indéfinie de chacun des membres individuels qui la constituent sur leur patrimoine propre. Un créancier peut obtenir remboursement auprès de chacun de ces membres considéré individuellement. Le texte du projet de loi d'avenir agricole ne revient pas sur ce problème.

par un établissement public administratif (art L 331-8 CE) et par un syndicat mixte (art L 333-3). Il incombe à ces organes de direction d'approuver la charte applicable à ces espaces, charte dont le contenu est déterminé par le Code de l'environnement (aux articles L 331-3 pour les parcs nationaux, et L 333-1-II pour les PNR). La nature juridique de cette charte est celle d'un document contractuel, approuvé ou renouvelé dans un second temps par décret⁽²⁵⁾. Les chartes comportent d'ordinaire un texte traduisant la vision partagée des acteurs locaux impliqués, ainsi qu'une série d'orientations, d'objectifs et de mesures, déclinées ou imbriquées de façon légèrement variable. On peut fort bien insérer des servitudes dans cette construction, ne fût-ce que par mention ou renvoi, ou bien alors indiquer que tel objectif devra ou pourra être poursuivi au moyen de servitudes négociées. L'opération est en soi intéressante, mais le lien avec la préservation des services écosystémiques ne sera pas toujours évident, puisqu'il dépendra de la mention qui en est faite en tant qu'objectif au sein même de la Charte.

→ **L'articulation avec les chartes forestières de territoires**, définies par l'article L12 de la loi d'orientation sur la forêt du 9 juillet 2001. Cette articulation serait même facilitée par le fait que ces chartes ont vocation à se voir déclinées, en vertu de la même disposition, par des conventions passées entre gestionnaires forestiers ou entre ces derniers et des tiers (opérateurs économiques, collectivités territoriales, Etat, associations d'usagers ou de protection de l'environnement...). Il est même prévu que ces conventions puissent donner lieu au versement de contreparties financières. Attention toutefois : la même disposition ne mentionne pas explicitement les services écosystémiques, mais seulement la nécessité d'assurer la multifonctionnalité de la forêt – objectif qui semble maintenir la porte ouverte à ce type d'association.

→ **Un lien à tisser avec les obligations de compensation écologique**. L'obligation de compensation est prévue aux termes de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976, qui souligne que les études d'impact doivent comporter « les mesures envisagées pour supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables » des projets d'aménagement. Cette obligation, réitérée et précisée à plusieurs reprises⁽²⁶⁾, s'inscrit aujourd'hui dans le cadre de la séquence « éviter-réduire-compenser » dans un objectif de non-perte nette de biodiversité.

La réalisation des opérations de compensation pose, d'un point de vue contractuel, une difficulté majeure qui tient à la pluralité des acteurs en présence. Une telle opération met typiquement en présence trois et plus souvent même quatre parties. L'aménageur soumis à l'obligation de compenser, le propriétaire du terrain support matériel de la compensation, son preneur à bail dans la plupart des cas, et l'opérateur technique en charge de la mise en œuvre des mesures compensatoires et des aménagements écologiques y afférent (restauration d'une végétation – de manière spontanée ou par semis - favorable à la présence d'espèces animales patrimoniales...). Cette difficulté est d'autant plus manifeste que, dans la plupart des cas, il faut contractualiser non pas avec un seul propriétaire, mais avec plusieurs, placés dans des situations différentes en termes d'organisation et de faire-valoir de leur exploitation. Mais elle ne fait que s'ajouter à une autre, qui est l'état de tension que suscite la compensation sur le foncier.

Comment donc régler cette difficulté double et en quoi la servitude conventionnelle environnementale pourrait y contribuer ? Il faut d'abord constater l'incontournable, à savoir que la présence d'une pluralité d'acteurs oblige d'emblée à envisager la conclusion d'un véritable « bouquet contractuel ». Il y a là deux solutions de principe envisageables.

- > La première consiste à décliner un ensemble de contrats de droit commun ou « de gré à gré » entre ces différents acteurs, sous l'étiquette générique de « contrats de prestation de services ». On est là en présence d'un montage composite, plutôt complexe, certes inspiré par le souci légitime de préserver un potentiel productif aux exploitations concernées, et

(25) Considérer, parmi de nombreux exemples, le décret n°2011-465 du 22 avril 2011 portant renouvellement de classement du parc naturel régional du Gâtinais français.

(26) Notamment dans le décret d'application de la loi de 1976 en date du 27 octobre 1989, ou encore dans la loi d'orientation des transports intérieurs dite LOTI de 1982.

qui pourrait s'étaler sur une durée contractuelle relativement longue (25 à 30 ans). Mais ce dispositif exclut l'inscription hypothécaire et prêle semble-t-il le flanc aux inconvénients traditionnels des contrats de gré à gré, déjà évoqués (CGDD, 2013).

- > L'autre solution consisterait donc à partir des servitudes. La proposition figurant dans le projet de loi sur la biodiversité serait *a priori* de nature à simplifier quelque peu les problèmes évoqués précédemment, mais non intégralement, surtout si l'on garde à l'esprit la perspective de solliciter et d'obtenir le consentement d'une pluralité de propriétaires aux obligations convenues.

2.3 La servitude d'utilité publique environnementale : un chantier à préciser

Par comparaison avec la servitude négociée ou « servitude du fait de l'Homme », la servitude d'utilité publique (SUP) présente quatre caractères distincts :

- Elle est, dans sa substance, imposée et non plus négociée ; par là-même, elle présente un caractère quasi-réglementaire, proche d'une mesure de police, et il est obligatoire de s'y conformer ;
- Elle ne peut être édictée que dans un zonage géographique déterminé ;
- Elle admet les obligations de faire ;
- Contrairement encore aux servitudes conventionnelles, elle est théoriquement soumise à un principe de non-indemnisation, qu'il est en pratique possible de contourner comme on le verra plus loin.

Ces caractères fondamentaux rappelés, on peut constater rapidement qu'il existe d'ores et déjà des SUP à vocation environnementale. Mais la loi sur la biodiversité prévoit également une nouveauté d'importance, à savoir l'instauration d'une zone de conservation « espèces ».

A - Un exemple de SUP environnementale existante : la protection des captages d'eau

Le régime de protection des points de captage d'eau potable apparaît comme un exemple de SUP environnementale. Ces captages sont identifiés par un instrument spécifique, les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE), arrêtés par les préfets de bassin après avis du comité de bassin compétent (au nombre de sept sur le territoire métropolitain). L'établissement et la mise en œuvre de ces schémas permet également de poursuivre l'application de la directive cadre sur l'eau (DCE) de 2000, dont l'objectif primordial consiste à assurer le « bon état écologique » de l'ensemble des masses d'eau à l'horizon 2015⁽²⁷⁾. Ceci étant, deux critères primordiaux de ce dispositif de protection connaissent une déclinaison qu'il faut mentionner rapidement : d'un côté, l'identification de captages prioritaires, de l'autre, le zonage établi aux fins des mesures de protection.

(27) Noter que l'Agence Européenne de l'Environnement a récemment émis les plus grandes réserves quant au caractère atteignable de cet objectif compte tenu des trajectoires suivies par les Etats membres.

→ Un rôle possible pour l'Agence Française de la Biodiversité ?

Annoncée à l'issue de la première Conférence environnementale en septembre 2012, la mise en place de l'Agence française pour la Biodiversité (AFB) est également l'une des mesures-phares de l'actuel projet de loi sur la biodiversité. Pour l'heure, les débats qui la concernent se concentrent sur ses caractères proprement organiques, qu'il s'agisse de sa gouvernance ou de son périmètre. Ces questions, de même que celle tout aussi fondamentale de ses attributions, ont été abordées dans le cadre du rapport de préfiguration de l'Agence, remis à la ministre Delphine Batho au mois de février 2013 (Chevassus-au-Louis et Michel, 2013). De fait, ce document comporte bien un chapitre dédié à « l'analyse des fonctions », et un autre sur les « interventions financières » à prévoir. L'Agence pourrait jouer un rôle de soutien et de coordination tout à fait utile à l'égard des servitudes environnementales.

Sans entrer dans le détail, on peut songer aux fonctions suivantes :

- > Délivrance d'un label à des opérations fondées sur la conclusion de droits réels négociés aux fins de la protection de la biodiversité, le label en question pouvant servir de paramètre aux fins de l'octroi de financements ;
- > Attribution précisément de financements directs et « positifs » (hors avantages fiscaux) à de telles opérations ;
- > Rôle de « guichet » aux fins de l'obtention de renseignements, et rôle de promotion et de « porter à connaissance » de ces dispositifs ;
- > Rôle dans la vérification sur le terrain du respect des servitudes environnementales négociées, certaines fonctions de police de l'environnement entrant également dans le champ de l'Agence.

A ce stade, ni le rapport de préfiguration ni le projet de loi n'entérinent l'une ou l'autre de ces possibilités. Il est vrai que le stade d'avancement du dossier ne le permet guère, et qu'il conviendra de se reposer la question au début de l'année 2015, date encore pressentie en vue de la mise en place effective de l'Agence*.

* Pour l'heure, le rapport de préfiguration suggère de mettre l'accent « sur l'aide technique et méthodologique à la gestion » (p. 24), et affirme, concernant la question de l'allocation de financements, que « l'agence ne pourra pas se contenter d'une fonction ' guichet ' » et qu'elle devrait agir préférentiellement par voie d'appel à projets (p.29).

● L'identification de captages d'eau prioritaires

Il faut noter qu'il existe deux sortes de captages prioritaires. D'un côté, des captages jugés comme tels peuvent être identifiés dans chaque département et intégré dans le SDAGE de bassin correspondant, ces derniers ventilant les captages en plusieurs catégories selon, notamment, les concentrations en nitrate observées. De l'autre, il existe des captages prioritaires au niveau national, les captages dits « Grenelle » dont l'identification était requise par l'article 27 de la loi Grenelle 1. Cette disposition prévoyait un peu plus précisément que soient identifiés les 500 captages les plus en danger, et que leur soient associés des plans d'action.

● Le zonage établi aux fins des mesures de protection des captages

La question du zonage connaît également deux sortes de déclinaison. D'une part, les SDAGE trouvent à s'appliquer dans une aire d'alimentation de captage (AAC), constituée de trois zones composant des cercles concentriques, de l'espace central de plus fort enjeu à l'espace périphérique moins impactant. On distingue de cette façon le « périmètre de protection immédiate » (PPI), le « périmètre de protection rapprochée » (PPR) et le « périmètre de protection éloignée » (PPE). Les

facultés d'intervention (notamment foncières) de l'autorité administrative vis-à-vis de ces sous-zonages est variable. Ainsi, par exemple, l'expropriation est-elle possible dans les PPI. D'autre part, la protection des captages contre les pollutions diffuses (nitrates, pesticides) nécessite de prendre des mesures de prévention spécifiques dans des zones pouvant être définies comme des ZSCE (zones soumises à contrainte environnementale). Ces ZSCE sont prévues à l'article L 211-3 du Code de l'environnement⁽²⁸⁾. Ces zones, définies au moyen d'une étude hydrogéologique diligentée par le préfet, peuvent être instituées dans les AAC d'une importance particulière, dans les zones d'érosion diffuse des sols, ou encore pour protéger des zones humides d'intérêt environnemental. Cette dernière possibilité est également consacrée par l'article L 211-3 CE, qui prévoit que l'autorité administrative peut délimiter des « zones humides d'intérêt environnemental particulier dont le maintien ou la restauration présente un intérêt pour la gestion intégrée du bassin versant ».

Le cas des ZSCE illustre assez typiquement la notion de servitude d'utilité publique environnementale. De fait, pour chaque ZSCE, doit être conçu et appliqué un plan d'action qui va comporter des obligations de faire. On trouve assez régulièrement, parmi ces prescriptions, des pratiques telles que la conversion des terres cultivées en prairies permanentes, l'introduction de cultures herbagères, la mise en place de zones tampon et autres espaces interparcellaires, des procédés spéciaux de lavage des cuves et des contenants de pesticides, la conversion de cultures traditionnelles en agriculture biologique, etc. La seule originalité, au regard des caractéristiques des SUP rappelées plus haut, est que ces contraintes pourront faire l'objet de compensations financières généralement assurées par les agences de l'eau.

Indubitablement donc, les ZSCE sont des servitudes d'utilité publique, affectées de surcroît à la préservation d'un service écosystémique qui est l'épuration de l'eau. La mise en place d'un pareil dispositif, même s'il ne semble pas répondre totalement aux enjeux de protection des eaux et des milieux, est donc possible. Cependant, sur le plan environnemental de manière plus générale, notamment en lien avec les services écosystémiques, le mécanisme reste relativement peu mobilisé à ce stade. Une mesure actuellement envisagée dans le projet de loi sur la biodiversité pourrait, partiellement du moins, donner quelques pistes de solutions.

B - L'instauration d'une zone de conservation « espèces » dans le projet de loi sur la biodiversité

Ainsi qu'il a déjà été signalé – mais c'est plus encore le cas ici – toute description des mesures actuellement envisagées par le gouvernement au titre du projet de loi sur la biodiversité ne peut qu'être exposé avec les plus grandes réserves, leur approbation n'étant pas garantie à l'heure où nous écrivons. Au cas où la mesure qui suit ne serait pas adoptée, ou subirait des ajustements majeurs, il conviendrait évidemment de considérer la mesure exposée ci-après comme une tentative intéressante, formulée à un moment précis, et illustrant une possibilité envisageable parmi sans doute beaucoup d'autres.

Le projet de loi sur la biodiversité prévoit, en cet hiver 2014, d'instaurer un zonage dédié à la protection d'espèces protégées ayant un habitat agricole, et d'assortir ce zonage d'un plan d'action pouvant, le cas échéant, inclure des obligations positives imposées mais compensées financièrement. Il s'agirait ce faisant de compléter, par une nouvelle disposition, l'article L 411-1 du Code de l'environnement, intégré à un chapitre consacré à la protection du patrimoine naturel. Cet article prévoit, au bénéfice des « espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées », menacées ou présentant un intérêt scientifique particulier, une série d'interdictions : interdiction de détruire et de prélever les spécimens, de détruire ou d'altérer leurs habitats, de détruire les œufs et nids, etc. Ces interdictions présentent naturellement un caractère strictement réglementaire et ne peuvent être comparées, en soi, à une servitude.

(28) Néanmoins, la lettre de cette disposition n'emploie pas exactement cette expression. L'article L 211-3-II mentionne les « zones où il est nécessaire d'assurer la protection quantitative et qualitative des aires d'alimentation des captages d'eau potable ».

L'idée est la suivante. Quand l'évolution des habitats d'une espèce visée par cet article ne permet plus son maintien dans un bon état de conservation, l'autorité administrative pourrait (1°) délimiter des zones de protection de ces habitats, (2°) établir un programme d'action visant à restaurer, préserver, gérer et mettre en valeur lesdites zones et (3°), à l'expiration d'un délai de trois ans éventuellement réductible, compte tenu des résultats du plan d'action déployé entre-temps, « rendre obligatoires certaines pratiques agricoles favorables à l'espèce considérée ou à ses habitats », étant entendu que ces pratiques peuvent bénéficier d'aides (non désignées explicitement dans le projet). Il n'est pas explicitement question d'une « ZSCE espèces » bien que la parenté à l'égard du dispositif « ZSCE eau » soit assez apparente, ne fût-ce qu'en termes d'inspiration.

Cette proposition appelle évidemment quelques commentaires. En premier lieu, on peut observer que le lien à la notion de service écosystémique est ici un peu moins évident. Certes, les espèces protégées et leurs interactions peuvent contribuer au bon fonctionnement des services dits d'autoentretien. Ces derniers correspondent en effet aux diverses fonctionnalités (cycle des nutriments...) qui conditionnent la capacité des écosystèmes à fournir le niveau et la qualité des autres services que peuvent retirer les hommes de la nature. Malgré tout, on voit bien que la relation est assez indirecte. En second lieu, on peut se demander si la mesure envisagée ne pourrait pas se combiner opportunément avec d'autres propositions du même projet de loi. A cet égard, il y a sûrement un rapprochement possible à effectuer avec le remembrement à finalité environnementale dont la finalité consiste à permettre « une affectation spécifique des terres à la préservation de l'environnement ».

Ceci étant, peut se poser aussi la question du fondement juridique de cette « ZSCE espèces ». Dans le cas de la « ZSCE eau », ce fondement tient au caractère d'utilité publique que présente le maintien de la qualité des eaux destinées à la consommation humaine, conformément à plusieurs dispositions du Code de la santé publique (dont l'art 1321-2). Ce dernier rappelle de manière récurrente le caractère d'utilité publique que présentent les travaux de prélèvement d'eau de consommation et, par extension, le maintien de sa qualité : l'utilité publique poursuivie est ici plus sanitaire qu'environnementale. Mais le maintien ou la restauration des services écosystémiques dans leur ensemble présente-t-il, lui aussi, un caractère d'utilité publique ? La chose est loin d'être certaine. Il y a en effet une certaine distance entre l'intérêt général et l'utilité publique, les deux notions, quoique proches, ne pouvant être confondues. Sans convoquer les ressources de la jurisprudence, on peut relever qu'en droit, l'intérêt général ne se définit pas (il n'en existe effectivement aucune définition), mais peut se décréter et se constater – par le juge administratif en l'occurrence. Mais, pour instaurer une servitude d'utilité publique, il faut, par définition, que l'objet auquel elle se rattache, ou la finalité poursuivie, présente ce caractère d'utilité publique. Or, le législateur hésite encore à conférer ce caractère à la protection des éléments de la biodiversité tels que la qualité de l'air, les espaces, ressources et milieux naturels, sites, paysages, ainsi que les espèces, qui font partie du « patrimoine commun de la nation » selon l'article L 110-1 du Code de l'environnement. Ainsi, en l'absence d'indication en ce sens, le développement des SUP environnementales semble devoir témoigner d'une possible fragilité juridique.

2.4 L'articulation entre servitudes négociées et d'utilité publique : un équilibre à trouver

Bien que les caractères respectifs de la servitude environnementale négociée d'un côté, et des SUP de l'autre, soient assez marqués, la limite qui les sépare n'est pas infranchissable et des relations subtiles se tissent entre les deux. Deux phénomènes participent à cette idée :

→ D'une part, le paysage constitué par la coexistence entre servitudes consenties et imposées est mouvant : des acteurs pourront consentir aux premières, notamment dans l'espoir de ne pas se voir imposer les secondes.

→ D'autre part, il existe entre les deux instruments quelques servitudes « hybrides », peu connues, mais qui offrent l'opportunité d'autres réflexions.

A - Une question de limites

Le sujet est dominé par deux volontés ou tentations antagonistes, ou plutôt symétriques. **D'une part, on peut, sous certaines circonstances et conditions, être tenté de transformer progressivement des servitudes initialement négociées et consenties en SUP.** Ainsi, l'autorité publique pourrait, après avoir déployé sur le terrain une politique d'acquisition et/ou poussé des propriétaires et exploitants à contractualiser volontairement, fût-ce sous la forme de servitudes contractuelles, édicter un zonage et y rendre obligatoire ce qui procédait naguère d'une volonté plus ou moins collective. **D'autre part et inversement, on peut aussi suggérer de gommer l'ingrédient obligatoire et quasi-réglementaire des SUP afin de revenir vers des obligations consenties et volontaires (ou plutôt d'y rester).** De ce point de vue, les propriétaires, fermiers et exploitants pourront être tentés de trouver toutes les alternatives contractuelles et volontaires possibles pour, précisément, échapper à l'imposition d'une servitude d'utilité publique dont les contraintes sont vécues comme pesantes, et la rémunération problématique.

Une étude intéressante de la SAF sur l'agriculteur « producteur d'eau potable » (2013) illustre bien ces enjeux dynamiques. Après avoir souligné que « ... la société ne peut se permettre de multiplier les conflits sur des territoires à enjeux 'eau potable' qui sont aussi des territoires à enjeux agricoles »⁽²⁹⁾, ce document s'attache à « valoriser les démarches collectives agricoles ». Sur le plan des outils juridiques à mobiliser, il conviendrait d'employer quasiment tous types de contrats privés ou même publics, y compris d'ailleurs les servitudes négociées... et d'appeler à un assouplissement législatif de ces dernières : « Il convient de noter que le contrat permet aussi la mise en place de servitudes conventionnelles que l'on pourrait ainsi imaginer sous la forme collective, comme cela existe déjà dans les lotissements. On pourrait ainsi réfléchir à un tel dispositif dépoussiéré dans une prochaine loi »⁽³⁰⁾.

Cette perception montre bien que la servitude environnementale du fait de l'Homme peut constituer une ligne de défense, ou une ligne de repli, pour éviter le basculement vers la servitude d'utilité publique. Inversement, la perspective de se voir imposer une SUP peut servir de levier incitatif à la conclusion de servitudes négociées. Il y a là une sorte de balancement stratégique qui ne remet pas en cause les deux catégories, mais qui les anime d'une sorte de mouvement paradoxal.

(29) SAF (2013), *Les agriculteurs, producteurs d'eau potable*, Notes de la SAF, p.32

(30) *Ibid.*, p.28

B - Des servitudes hybrides

Il existe effectivement quelques dispositifs « hybrides », procédant à la fois, à première vue du moins, de la servitude de droit commun et de la servitude d'utilité publique. Il faut mentionner ici le fait que la jurisprudence admette, jusqu'à un certain point, la survivance d'anciens droits ou encore de droits coutumiers, portant par exemple sur la transhumance et le droit reconnu aux troupeaux de traverser des terrains privés pour accéder aux pâtures.

En second lieu existent aussi des institutions contractuelles et notariales comme la « vente avec condition de ne pas faire » ou le « testament avec charges ». Ces mécanismes ont en commun d'être des techniques de droit privé, dans lesquelles une charge comportementale est déclenchée à l'occasion d'un événement (qui est en général un transfert de propriété). En cela, la charge est « conditionnée » à cet événement alors que dans une servitude conventionnelle, elle est supposée être mise en œuvre à la seule initiative des cocontractants. Mais peut-être y a-t-il là des pistes à examiner plus sérieusement si l'on veut déclencher des obligations favorables à l'environnement de manière « différée », au moment où le terrain considéré changerait de mains.

Enfin, il existe des situations proches de la servitude d'utilité publique, mais dans lesquelles un fort ingrédient de négociation et de contractualisation se trouve introduit. Ce cas de figure est illustré par la restriction d'usage conventionnel au profit de l'état (RUPME), qui trouve ses fondements indirects dans l'article 1638 du Code civil ainsi que dans l'article L 515-12 du Code de l'environnement. Cet outil concerne la gestion des sols pollués en ce sens qu'une réhabilitation menée sur ceux-ci, et éventuellement une opération d'aménagement / construction, est acceptable s'il est démontré que ni l'environnement, ni la santé publique n'auront à pâtir de l'opération. En ce sens, il est évidemment pertinent d'édicter au propriétaire du terrain certaines obligations, conçues comme des « restrictions d'usage », qui pourront bien sûr consister en une simple inconstructibilité mais qui pourront également intégrer une dimension positive ou en tous cas comportementale : dépollution, pose d'enceintes de confinement, entretien de la végétation, restriction à l'usage des eaux souterraines, mesures de suivi, etc. Sur le plan formel, la RUCPE s'analyse comme une convention passée entre le propriétaire et le représentant de l'Etat, laquelle convention est inscrite aux hypothèques et donc conclue devant notaire. Elle constitue en cela une alternative à l'imposition des mêmes contraintes par voie réglementaire, sous la forme prévisible d'un arrêté préfectoral. La restriction d'usage, comme la SUP, n'est pas en principe indemnisable.

2.5 La question de la rémunération des servitudes conventionnelles et d'utilité publique

Si la distinction servitudes environnementales conventionnelles / servitudes d'utilité publique environnementale trouve, comme on vient de le voir, quelques atténuations pratiques, elle demeure très structurante. C'est également le cas si l'on s'attache à la difficile question de la rémunération des servitudes, car les SUP connaissent, en la matière, une spécificité qui tient au principe de leur non-rémunération, même si ce principe connaît toutefois des exceptions et d'assez nombreux accommodements.

La question de la rémunération conditionne en grande partie l'acceptabilité des mécanismes que l'on pourra mettre en œuvre concrètement, et la mesure dans laquelle les acteurs de territoires consentiront effectivement à des obligations constitutives de servitudes. L'engagement des propriétaires et exploitants ne sera ainsi envisageable que si la compensation financière paraît raisonnablement stimulante.

En outre, il faut rappeler que les constats déjà dressés à propos des enjeux de la rémunération dans le contexte du démembrement du droit de propriété demeurent pertinents ici. On ne rappellera donc pas qu'il existe une « rémunération sauvage » dont il faut aussi tenir compte,

mais on signalera par contre, dans un même ordre d'idées, que l'on pourra être bien souvent en présence d'une « rémunération mosaïque ». Cette expression paraît opportune pour désigner le fait qu'en pratique, à l'égard d'un projet environnemental déterminé, il conviendra souvent de mobiliser des financements différents pour asseoir et garantir la compensation financière recherchée. Ainsi, un même projet – par exemple la mobilisation d'une pluralité d'agriculteurs et de propriétaires pour assurer la gestion écologique d'un bassin versant ou des rives d'un cours d'eau – pourra-t-il recevoir et combiner des fonds MAE, des aides délivrées par les collectivités compétentes (région, département, EPCI, commune), des contrats rémunérés par l'entremise d'un conservatoire ou d'une association, tout en s'appuyant aussi, le cas échéant, sur des avantages fiscaux. **La rémunération est ici affaire de « composition », voire de « bouquet » rétributif.**

A - Enjeux transversaux de la rémunération : composition, modalités, montant

• Composition de la rémunération

Cette question de la composition de la rémunération revient à déterminer quels sont les types de financements ou d'avantages qui peuvent la constituer. Cette interrogation amène d'emblée à dresser une typologie sommaire des solutions possibles. Ainsi, la rémunération des servitudes environnementales pourra-t-elle être fiscale ou non-fiscale (selon qu'il s'agira de mobiliser des fonds publics ou privés), de même qu'elle pourra être positive ou négative (selon qu'il s'agira simplement de consentir un avantage fiscal, ou de procéder à des versements positifs). Il n'existe pas en la matière de solution idéale, chaque situation pouvant faire l'objet du « mix » le plus adéquat entre ces procédés qui, naturellement, peuvent se superposer et se compléter.

→ **La rémunération fiscale « négative » (octroi d'avantages fiscaux).** Cette piste est particulièrement pertinente si l'on tient compte de trois facteurs affectant la fiscalité foncière, et plus particulièrement la fiscalité du domaine non-bâti. Premièrement, le foncier « naturel » rapporte peu. En effet, la fiscalité du domaine non-bâti s'incarne au premier chef dans la taxe foncière sur le non-bâti (TFNB). Mais, par ailleurs, les revenus fonciers sont soumis à l'impôt sur le revenu et à la contribution sociale généralisée (CSG), avec des modalités légèrement différentes selon le régime fiscal retenu par le contribuable (régime micro-foncier ou « au réel »). Il résulte de cet empilement que, de manière générale, la propriété foncière présente sur le long terme une rentabilité très faible, voire nulle. Or, ce qui est déjà vrai du foncier productif générateur de revenu l'est plus encore des « fonciers de l'environnement » (Kaszinski, 2011, p. 32), non productifs. Le second point concerne ainsi la forte différenciation, sur le terrain fiscal, entre foncier naturel non productif et foncier productif, au profit de ce dernier (des bois et forêts ou encore des terres agricoles soumises au fermage). La propriété de ces espaces entraîne en effet le bénéfice d'avantages patrimoniaux, consistant par exemple en des exonérations des droits de mutation à titre gratuit (les droits de succession) ou, le cas échéant, à divers allègements de l'ISF. La troisième caractéristique d'importance, enfin, réside dans le fait que la détention d'éléments du patrimoine naturel n'entraîne pas le bénéfice des avantages fiscaux et patrimoniaux ordinairement associés au patrimoine culturel. Ainsi, par exemple, l'exonération des droits de succession pour les monuments historiques peut-elle être totale, sous réserve de la conclusion par le propriétaire d'une convention avec les ministères des finances et de la culture, portant sur l'ouverture du site au public. En matière d'octroi d'avantages fiscaux au profit de la biodiversité et des services écosystémiques, il y a donc beaucoup à faire dans ces trois directions. Certaines étapes ont déjà été franchies avec plus ou moins de succès. Ainsi, l'abattement de 75 % dont bénéficient les forêts et les terres agricoles au titre des successions et donations a-t-il été élargi par la loi de finance rectificative de 2005 aux autres espaces naturels situés dans les espaces soumis à « protection forte » (parcs nationaux, réserves naturelles ou encore zones Natura 2000). Cependant, ces initiatives sont constitutives

qu'on le veuille ou non de « niches fiscales » et cette funeste qualification les rend particulièrement fragiles. C'est ce qu'illustre, notamment, la suppression récente de l'exonération consentie sur les parts communales et intercommunales de la TFNB au profit des zones humides⁽³¹⁾.

→ **Les rémunérations positives.** Elles obéissent à une typologie assez claire. Dans le cas de ce qu'on pourrait appeler une rémunération fiscale positive, on va être en présence d'un transfert de richesse du public vers le privé (en l'occurrence le propriétaire), transfert correspondant à un versement effectué par une personne publique, une collectivité ou un établissement public. A cet égard, il faut avant tout rappeler que l'actuel projet de loi sur la biodiversité confie explicitement à ces acteurs la capacité de contracter des servitudes environnementales, ce qui amène à constater qu'il faudrait, pour rendre cette capacité pleinement opérationnelle, investir les collectivités locales d'un instrument financier dédié au financement de ces contrats – mesure qui fait aujourd'hui défaut.

En outre, la question de ces rémunérations positives évoque de façon assez immédiate la question de l'accès aux fonds spécialisés, qu'ils soient du reste européens (fonds FEADER, LIFE-Nature...) ou nationaux (comme par exemple le Fonds national d'aménagement et de développement du territoire FNADT). On notera qu'à l'instar des avantages fiscaux, le devenir et la pérennité de ces financements peut poser question. C'est ce qu'illustre la trajectoire suivie par le fonds FIBRE (Fonds d'investissement pour la biodiversité et la restauration écologique) lancé au mois d'octobre 2011. Destiné à assurer le financement d'opérations de réhabilitation des continuités écologiques au moyen d'une politique d'appels à projets, ce fonds était doté initialement de 25 millions d'euros pour l'année 2012. Ses crédits ont toutefois été réduits au dixième de cette somme l'année suivante, et à 2 millions également dans le cadre de la loi de finance 2014, l'objectif avoué consistant à poursuivre le financement des actions initiées mais sans en lancer d'autres⁽³²⁾.

Dans la pratique, il apparaîtra sans doute que la limite à tracer entre les financements « public à privé » et « privé à privé » ne sera pas toujours bien nette, notamment dans les cas où un acteur de type conservatoire sera appelé à fournir lesdits financements. La mobilisation des conservatoires à l'égard de la question complexe de la rémunération pose d'ailleurs un autre problème, qui est celui de l'arbitrage à effectuer dans l'usage de ressources somme toute limitées. De ce point de vue, le risque existe là encore que les acteurs investis d'une capacité de préemption préfèrent, du reste assez logiquement, allouer leurs ressources à celle-ci plutôt qu'à une rémunération contractuelle.

● Modalités de la rémunération

La question de la modalité de la rémunération est évidemment largement liée à la question précédente de sa composition, ou pourrait-on dire de sa nature. S'agissant ainsi d'un avantage fiscal, cette question des modalités ne se pose pas, ou peu : elle se confondra avec les pratiques mises en œuvre dans les domaines du calcul, de la déclaration et du recouvrement des prélèvements concernés. Il en va bien autrement pour les rémunérations positives, intervenant sous forme de versements.

Pour ce qui les concerne, une question de fond se pose : elle consiste à savoir s'il faut privilégier un versement ponctuel, en une fois ou s'il est plus opportun de procéder à un versement régulier,

(31) La loi sur le développement des territoires ruraux du 23 février 2005 avait effectivement prévu le bénéfice d'une exonération de 50% de la part communale et intercommunale de la taxe sur le foncier non-bâti au profit des propriétaires de parcelles situées en zones N2000, ou encore constitutives de zones humides, sous réserve que lesdits propriétaires aient conclu un engagement de gestion favorable sur une durée de 5 ans : ce dispositif est décrit à l'article 1395 E du Code Général des Impôts. Mais un amendement à l'art.17 de la loi de finance 2014, déposé le 10 octobre 2013, est venu supprimer la part « zone humide » de cet avantage, tandis qu'une autre exonération de la part communale de la TFNB applicable aux parcelles situées dans les cœurs de parcs nationaux en outre-mer était également supprimée. Le coût modeste de ces mesures – autour de 850.000 euros annuellement – laisse supposer que ces dispositifs sont peu employés, ce qui sert précisément de prétexte pour réclamer leur suppression.

(32) Voir Sénat, Rapport général n°156 de m. Gérard Miquel, Commission des finances : <http://www.senat.fr/rap/13-156-3-101/13-156-3-1014.html> .

au risque peut-être de susciter un effet de rente. S'agissant de penser la rémunération d'une servitude pérenne, normalement inscrite aux hypothèques, la réponse ne fait pas de doute. Il faut, chaque fois que cela semble possible, privilégier la seconde option. Seule cette dernière est cohérente avec la circonstance que les obligations comportementales sont opposables aux propriétaires successifs pour la durée convenue de la servitude. Dans le cas d'un paiement ponctuel, on se retrouverait dans une situation où seul le premier propriétaire serait rémunéré, les autres n'ayant plus qu'à subir la contrainte sans profiter d'aucune contrepartie financière. Il convient donc, idéalement, d'étaler la rémunération dans le temps au profit des différents ayants-droits du bien concerné. Mais il faut convenir que, s'agissant par exemple d'une opération de compensation, la chose est sans doute plus facile à concevoir ou à formuler qu'à mettre en œuvre. Les besoins en termes de compensation pouvant faire l'objet d'un chiffrage financier et d'un provisionnement en amont, il pourra être tentant, pour l'opérateur, de payer le tout « une fois pour toutes » plutôt que d'échelonner ses paiements sur le temps long.

● **Montant de la rémunération**

La détermination du montant opportun de la rémunération pour prestation de services environnementaux fait déjà l'objet d'une doctrine abondante, qui ne s'est pas spécifiquement attachée aux liens qu'entretiennent cette question et celle des servitudes. A dire vrai d'ailleurs, la doctrine juridique ne s'est-elle pas davantage attachée à la question, sauf peut-être dans le contexte particulier de la rémunération des servitudes d'utilité publique. On se bornera ci-après à évoquer quelques points fondamentaux pour rappel, sachant qu'en définitive, **la question incontournable consiste à déterminer ce que l'on veut rémunérer au juste (MEB, 2014).**

De ce point de vue, l'option la plus évidente consisterait à fixer le montant de la rémunération à hauteur de la valeur économique prêtée aux écosystèmes et aux services qu'ils rendent. A côté de cette première tendance, une autre option envisageable consiste, lorsqu'on est en présence d'un agriculteur ou d'un forestier, à compenser la perte du potentiel productif résultant pour ce dernier de la contrainte comportementale induite par le respect de la servitude environnementale, consommatrice d'efforts et de temps. Cette revendication est d'ores et déjà assez familière, ou en tous cas récurrente, et paraît fondée jusqu'à un certain point. Elle pose cependant deux problèmes. D'un côté, elle rompt le lien entre le montant de la rémunération et le bénéfice écologique attendu de la servitude environnementale. De l'autre, elle oblige ne fût-ce qu'implicitement à retenir comme critère de la rémunération les prix du marché des produits agricoles. Or, ceux-ci sont soumis comme on le sait à d'intenses fluctuations : pour ne prendre que des exemples tirés des grandes cultures, le prix du maïs avait par exemple perdu ¼ de sa valeur entre l'été 2012 et l'été 2013, à l'instar des prix du blé coté en France (« rendu Rouen »). Il ne faudrait pas, dans ces conditions, que la rémunération des services environnementaux rendus au sein des exploitations puisse être vécue comme une modalité d'amortissement des fluctuations des prix du marché.

De manière plus générale, il faut rappeler que ce que l'on souhaite rémunérer est bien la mise en œuvre d'actions d'acteurs en position d'influer sur la qualité ou quantité de services écosystémiques, eux-mêmes issus de processus naturels. Or, ces actions ne devraient pas consister en une abstention pure et simple, ce qui pourrait avoir pour effet de susciter des effets de rente ou d'aubaine, consistant au final à « récompenser l'inaction ». Idéalement, la prestation de service environnemental devrait se traduire par le maintien d'une fonctionnalité écologique support de services écosystémiques qui sans cela serait appelée à disparaître (comblement d'une mare, renfermement d'un milieu ouvert...) ou par la restauration d'un tel service via la plantation de haies ou la reconstitution d'un paysage bocager par exemple; autant d'objectifs qui renvoient à des obligations de faire. Mais, s'agissant par exemple d'une servitude d'inconstructibilité, la question paraît moins évidente. Si l'on voit mal pourquoi il faudrait compenser financièrement la moins-value potentielle résultant d'une inconstructibilité convenue conventionnellement, là où par ailleurs cette contrainte est également induite par les documents d'urbanisme locaux, il faut convenir que la superposition éventuelle de l'inconstructibilité conventionnelle et réglementaire peut poser des problèmes sur le long terme. L'inclusion de clauses d'inconstructibilité dans des servitudes négociées peut par exemple limiter la capacité d'édifier les installations et bâtiments

nécessaires à la poursuite de l'exploitation agricole dans les zones N des cartes communales, ou dans les zones A des plans locaux d'urbanisme. Reste que le coût économique de cette contrainte est loin d'être évident, et qu'il ne pourra être évalué qu'au cas par cas, en l'absence de méthode idoine.

En tout état de cause, il ne faut pas exagérer l'aspect « systémique » que peut présenter la question du montant de la rémunération. Il faut ainsi, selon toute vraisemblance, laisser de côté l'idée qu'on puisse bénéficier d'un tarif type, applicable à une large variété de situations, et qui constituerait une référence incontournable. En pratique, la rémunération convenue dans le contexte d'une relation conventionnelle, emportant par hypothèse édicition de servitudes, reposera bien souvent sur un barème ad hoc, dépendant de la pratique, des missions et des moyens des acteurs pertinents. Cette solution est employée discrètement, mais semble-t-il abondamment.

B - La rémunération des servitudes d'utilité publique : la non-indemnisation, un principe contournable

La situation des servitudes d'utilité publique à l'égard de la question de la rémunération pose un problème particulier, qui tient à l'exclusion de principe de toute indemnisation pour ce qui les concerne. Ce principe présente toutefois des limites qui le rendent contournable jusqu'à un certain point.

• Le principe et sa portée

La non-indemnisation des SUP est déterminée par l'alinéa premier de l'article L 160-5 du Code de l'urbanisme. Cette disposition, cependant, évoque les servitudes concernées par référence à leur objet : « N'ouvrent droit à aucune indemnité les servitudes instituées par application du présent Code en matière de voirie, d'hygiène et d'esthétique ou pour d'autres objets et concernant, notamment, l'utilisation du sol, la hauteur des constructions, la proportion des surfaces bâties et non bâties dans chaque propriété, l'interdiction de construire dans certaines zones et en bordure de certaines voies, la répartition des immeubles entre diverses zones ».

On observera immédiatement que cette disposition ne renvoie qu'indirectement à la liste des servitudes d'utilité publique annexée au Code de l'urbanisme conformément au décret du 2 mai 2012, et on rappellera que cette liste, à son tour, ne couvre qu'imparfaitement les servitudes d'utilité publique environnementales. Ces dernières ne sont donc qu'indirectement visées par cette exclusion. Il a pu être observé à ce propos que, concernant toujours les SUP, le législateur avait manifestement « préféré opposer le silence à toute velléité de demande d'indemnisation, plutôt que de prendre clairement position » (Billet, 2007, p.47). C'est bien le silence qui vaut ici exclusion.

Du reste, la rigueur du principe exprimé dans l'article L 160-5 est atténuée dans l'alinéa 2 de la même disposition, qui détermine déjà deux exceptions. L'indemnisation est possible soit quand la servitude d'urbanisme porte une atteinte à des droits acquis, soit quand il résulte de la servitude une « modification de l'état antérieur des lieux » se traduisant par un dommage « direct, matériel et certain ». Dans l'ensemble, la conformation générale du principe et de ces exceptions remonte à la fameuse loi du 15 juin 1943, généralisant par ailleurs le permis de construire.

Certes, le principe de non-indemnisation se comprend dans la mesure où il vise à extraire un outil qui procède en définitive de la réglementation pure et simple du champ de la négociation. On imagine mal que des règles relatives au gabarit, à l'alignement ou à l'aspect du bâti fassent systématiquement l'objet de négociations destinées à asseoir le consentement des personnes auxquelles elles s'adressent. Pour autant, le principe de non-indemnisation est fréquemment critiqué en raison du problème logique qu'il pose vis-à-vis de l'expropriation pour cause d'utilité publique. En effet, celle-ci doit être compensée par une « juste et préalable indemnité » et ce, à raison de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme ainsi rédigé : « La propriété étant

un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité »⁽³³⁾.

Cette comparaison pose effectivement question. On aboutit à une situation où la privation intégrale de la propriété doit être indemnisée en vertu d'une norme de niveau supérieur, mais où la privation partielle de la propriété, ou si l'on préfère son démembrement, ne pourrait en revanche être indemnisée. La coexistence des principes d'indemnisation de l'expropriation, et de non-indemnisation des SUP, tend à montrer qu'on est en présence d'une logique du « tout ou rien ». La réalité est cependant plus complexe dans la mesure où la jurisprudence, palliant en cela aux silences du législateur, a voulu rechercher un équilibre en cette matière, transformant son aspect quelque peu binaire en une gradation plus subtile : loin d'être affaire d'opposition, la séparation entre expropriation et SUP devient ainsi une affaire de degrés⁽³⁴⁾.

● Les atténuations jurisprudentielles au principe de non-indemnisation

Si la jurisprudence atténue effectivement la rigueur du principe d'exclusion de l'indemnisation, elle ne le fait que parcimonieusement, tissant différents critères en une maille resserrée qui, en pratique, ne laissera passer que peu d'occurrences. Autrement dit la jurisprudence interpelle le principe de non-indemnisation des SUP, en souligne les limites, mais ne l'abolit pas.

→ L'intensité de la servitude en tant qu'elle peut emporter privation de la propriété, elle-même indemnisable, est donc une piste ou, si l'on préfère, une maille du filet. Une illustration de cette approche réside, en France, dans la décision du Conseil Constitutionnel rendue en 1985, qui concernait la faculté accordée à un établissement public, télédiffusion de France, d'installer des émetteurs au sommet de certains immeubles. En l'espèce, le Conseil devait considérer que cette opération n'entraînait pour les propriétaires qu'une « gêne supportable », insusceptible de constituer une privation de propriété au sens de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme, et que ladite gêne traduisait tout au plus « une servitude d'intérêt public ». Mais dans cette décision, le Conseil ajoutait aussitôt qu'« il en serait autrement si la sujétion ainsi imposée devait aboutir à vider de son contenu le droit de propriété »⁽³⁵⁾. Le Conseil admettait de la sorte que la servitude d'utilité publique peut présenter une « intensité » telle qu'elle peut présenter, sous certaines conditions, le caractère d'une mesure privative de propriété visée en tant que telle par la Déclaration des droits de l'homme. Dans le cas de l'espèce, il ne devait donc pas y avoir indemnisation, mais la possibilité en était ouverte dès lors qu'on passerait d'une « gêne supportable » à une mesure privative de propriété. Une SUP environnementale peut-elle présenter ce caractère ? Dans un cas au moins, la Cour de cassation a estimé qu'il en allait bien ainsi. La Compagnie des Salins du Midi ayant vu l'un de ses terrains classé en réserve naturelle, avec pour conséquence notamment un coût de remplacement du pacage⁽³⁶⁾ des chevaux sur la parcelle concernée, la Cour a estimé que ce préjudice ne pouvait donner lieu à une indemnisation purement symbolique, ainsi qu'en avait décidé la Cour d'appel, car l'interdiction de pacage était ici constitutive de la « privation d'un bien ».

→ La jurisprudence dessine quelques pistes supplémentaires pour l'indemnisation des servitudes d'utilité publique. Ainsi, la Cour Européenne des droits de l'homme s'appuie-t-elle sur l'article 1er du protocole additionnel n°1 à la Convention du même nom, qui souligne dans une formule familière que « nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les

(33) Formule reprise à l'article 545 du Code civil.

(34) Une problématique assez similaire est illustrée par la jurisprudence américaine, qui s'est également penchée sur la différence entre expropriation et limitation réglementaire du droit de propriété. Aux Etats-Unis, une jurisprudence déjà ancienne de la Cour Suprême admet ainsi qu'une mesure réglementaire puisse fort bien être privative de propriété, lorsqu'elle présente les atours d'un « regulatory taking » (C.S Pennsylvania Coal Co. V. Mahon, 1922).

(35) CC, n°85-198 DC, 13 décembre 1985, dite « décision Amendement Tour Eiffel ».

(36) Le terme désigne l'accès aux herbages du bétail.

conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international », pour rechercher s'il y a bien, dans chaque espèce, équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux de l'individu. Quand cet équilibre est rompu, l'indemnisation devient possible : c'est ce qu'affirme la Cour dans deux affaires Sporrang et Lönnroth (23 septembre 1982), s'agissant d'un permis d'expropriation d'une durée particulièrement longue (8 ans) assorti d'interdictions de construire. Le Conseil d'Etat, dans une affaire plus récente, a emprunté une voie similaire en signifiant que rien ne s'oppose à ce qu'un propriétaire dont le bien est grevé d'une servitude prétende à une indemnisation si « ce propriétaire supporte une charge spéciale et exorbitante, hors de proportion avec l'objectif d'intérêt général poursuivi »⁽³⁷⁾.

→ A côté de ce critère de la « rupture d'équilibre » en existe enfin un troisième, dont le maniement paraît plus délicat. Il s'agit de situations dans lesquelles la responsabilité du législateur et donc de l'Etat du fait des lois peut être engagée dans la mesure où une réglementation emporte rupture d'égalité des citoyens devant les charges publiques. On change ici de philosophie : il ne s'agit plus vraiment de contourner un principe d'exclusion des indemnisations, mais plutôt de savoir si l'Etat est financièrement responsable des implications financières négatives des réglementations qu'il édicte (fût-ce donc sous la forme d'une SUP). Initialement, cette idée de la responsabilité de l'Etat du fait des conséquences dommageables de la loi a été exclue par le Conseil d'Etat par un arrêt « La Fleurette » (1938), mais cette position s'est assouplie depuis lors. En fait, la charge résultant de la mise en œuvre d'une norme peut être assumée par l'Etat mais sous trois conditions cumulatives:

- > que la loi ne prévoie pas l'exclusion d'une telle réparation ;
- > que la volonté du législateur, telle qu'interprétée par exemple sur la base des travaux parlementaires, ne montre pas non plus qu'il a voulu s'opposer à cette indemnisation, et
- > qu'on soit en présence d'une rupture caractérisée d'égalité devant les charges publiques.

L'ouverture ménagée de la sorte est étroite. Néanmoins, on peut relever que dans une affaire de 2003 (Association pour le développement de l'aquaculture en région centre), le Conseil d'Etat s'est livré à l'exercice d'interprétation de la volonté du législateur, s'agissant de la loi fondatrice du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature. Il a alors considéré que dans ce contexte, le législateur n'avait pas entendu exclure l'engagement de la responsabilité de l'Etat pour les dommages anormaux résultant des dispositions de la loi poursuivant un objectif de protection des espèces. Il est difficile de dire dans quelle mesure cette décision peut contribuer à « débloquer » la rémunération des SUP, mais il ne serait pas inintéressant de se poser la question à l'égard notamment du nouveau zonage de protection « espèces ».

(37) CE, sect, 3 juillet 1998 Bitouzet.

CONCLUSION

A l'heure de dresser un bilan de la présente étude et de son apport, on est amené à établir les quelques constats suivants.

Une matière hétérogène

Une première impression susceptible de s'imposer au lecteur concernera sans nul doute l'hétérogénéité de la matière. Ce caractère tient notamment au degré de maturation et à la dimension plus ou moins pratique ou théorique des pistes offertes par le droit pour contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux en France. La palette d'instruments, d'institutions, et de démarches présentées va du plus concret au plus théorique, du mieux connu au plus prospectif. La conséquence est que, si pour certains d'entre eux, il suffirait à l'heure actuelle d'ajustements relativement mineurs pour les mettre en œuvre, il en va bien autrement pour d'autres. Ainsi dispose-t-on d'un catalogue de questions concrètes et relativement circonscrites à résoudre pour rendre la servitude environnementale du fait de l'Homme, voire la servitude environnementale d'utilité publique, pleinement opérationnelles. Il en va déjà différemment de la fiducie foncière à finalité environnementale dont le développement éventuel, malgré la brèche ouverte par la loi du 19 février 2007, et en raison des spécificités comparatives du droit anglo-saxon où cette institution existe de longue date, oblige à penser la recette d'une « fiducie à la française ». Il en va différemment encore de la transpropriation dont le principe semble procéder essentiellement d'une démarche intellectuelle et doctrinale, nonobstant ses potentialités pratiques qui paraissent assez considérables. Mais, et cela ne saurait surprendre, plus on se rapproche de la finalité pratique d'un outil, plus les questions techniques et d'acceptabilité deviennent prégnantes. Ceci amène à constater, là comme ailleurs, que le passage de la réflexion académique à l'arène du terrain est souvent jonché d'embûches, surtout quand cette trajectoire est appelée à traverser les trous d'air que composent les aléas législatifs et politiques mais aussi, le cas échéant, les controverses et résistances doctrinales. On en a eu plusieurs exemples, qu'il s'agisse de la relative résistance de l'esprit français à la théorie du démembrement de propriété ou des difficultés ressenties dans l'émergence progressive des servitudes conventionnelles environnementales.

Une acceptabilité à géométrie variable

Associé à l'état de fait que l'on vient d'évoquer, il est un défi, ou a tout du moins un enjeu fort, qui tient à l'acceptabilité de ces outils et à la mesure dans laquelle les acteurs pertinents pourraient s'en emparer. Il y a là, certainement, une distinction à opérer entre les acteurs « techniques » (praticiens du droit, notaires, avocats, mais aussi collectivités territoriales, conservatoires d'espaces naturels ou gestionnaires fonciers) et les acteurs de terrain que sont les propriétaires fonciers et les exploitants agricoles. Sans doute un effort de porter à connaissance, voire de pédagogie devrait-il être déployé, notamment à l'égard des droits réels environnementaux négociés que devrait consacrer la future loi sur la biodiversité. Après tout, on peut considérer qu'un certain déficit d'explication et de communication a pu jouer, naguère, sur l'échec du bail environnemental. Mais il faut aussi se garder de tout malentendu. Les outils décrits ici ne sont pas pleinement polyvalents dans le chef des acteurs auxquels ils s'adressent. Il est peu probable par conséquent qu'ils puissent s'appliquer de manière uniforme à l'ensemble des situations individuelles existantes. La grande variabilité des situations individuelles, entre un propriétaire de terrain constructible ou non constructible, un forestier, un propriétaire situé ou non dans un espace protégé, ou encore un agriculteur – ce dernier pouvant lui-même être placé dans une quasi infinité de situation selon

CONCLUSION

qu'il est simple exploitant soumis au fermage ou non, sur l'intégralité de sa parcelle ou non, ou selon qu'il est déjà soumis à un cahier des charges, membre ou non d'un regroupement collectif de type association foncière agricole - cette extrême variabilité, donc, détermine un paysage nécessairement mouvant en termes d'acceptabilité des mesures. Aussi s'agira-t-il peut-être moins de persuader et d'informer que d'identifier des espaces d'acceptabilité et d'en dresser, si l'on peut dire, la cartographie. La perspective d'établir une fiducie foncière environnementale pourra, selon le cas, passionner ou rebuter. L'imposition d'une servitude d'utilité publique environnementale pourra, selon le contexte, être vécue comme une calamité ou au contraire comme une opportunité selon que la question de sa compensation financière, notamment, aura pu ou non être réglée.

Des pistes complémentaires à examiner

S'attacher à dresser un bilan de la présente étude oblige enfin à une certaine modestie critique. On voit assez bien qu'en raison de la grande complexité des sujets et autres outils abordés, l'exercice descriptif auquel on a tenté de se livrer pourrait être largement poursuivi et détaillé. En fait, les outils juridiques au service des paiements pour services environnementaux constituent, dans leur globalité, un sujet susceptible tout à la fois de faire l'objet de quelque guide pratique (si l'on se fonde sur l'existant), ou d'une voire plusieurs thèses académiques, si l'on s'attache plutôt aux dimensions prospectives et indéfinies du sujet. C'est donc avec une part incompressible d'arbitraire que l'on peut convenir d'exposer telle question plutôt que telle autre. De fait, plusieurs sujets auraient pu trouver leur place ici, sans qu'il ait été possible de les intégrer au champ de la présente étude. En voici quelques exemples :

→ L'instauration, à côté de la question des modalités, des conditions – notamment juridiques et réglementaires – favorables aux paiements pour services environnementaux. De ce point de vue, il aurait été opportun d'examiner l'opportunité d'introduire des critères relatifs au maintien et à la restauration des services écosystémiques dans les critères d'examen et de sélection des réponses aux appels d'offres dans le cadre des marchés publics. Dans un registre différent, la superposition des droits réels négociés et des règlements d'urbanisme, s'agissant notamment des questions de zonage, aurait sans doute mérité quelques autres développements.

→ De la même manière, il aurait été possible d'élargir le débat relatif à la finalité des outils décrits. L'exemple de propriétaires privés désireux d'établir une « réserve naturelle volontaire » (RNV) est à ce titre illustrateur. Ces RNV, dont la possibilité était offerte par l'article 24 de la loi du 10 juillet 1976 (alors codifié sous l'art. L 332-11 du Code de l'environnement), faisaient l'objet d'un agrément pouvant être délivré, pour une durée de 6 ans renouvelable, après que le préfet saisi du dossier ait procédé à quelques consultations (commune(s) concernée(s), commission départementale des sites et chasseurs notamment). Au tout début des années 2000, 150 réserves de ce type avaient été établies. Mais, en 2002, la loi « démocratie de proximité » a organisé leur reclassement en réserve naturelle régionale, offrant au passage aux propriétaires privés le choix entre ce scénario et celui du déclassement. Le relatif dynamisme de la création de ces RNV, même si la possibilité de les établir était également offerte aux collectivités, montre bien que la mise en place d'un espace protégé peut procéder d'une volonté privée et unilatérale du propriétaire. Au reste, l'histoire bien connue de certains sites témoigne de cette tendance : c'est le cas avec le lac de Grand-Lieu (propriété, fut un temps, du parfumeur Guerlin) ou de l'île de Port-Cros, transformée pour sa part en parc national (famille Henry). Dans de pareilles situations, l'association d'une servitude environnementale négociée, voire d'une fiducie, avec un agrément délivré par l'Etat pourrait constituer un habillage juridique opportun si aucune autre alternative aux anciennes RNV ne venait à émerger.

→ La question de l'articulation de ces outils, et en particulier les servitudes environnementales, avec la politique agricole commune (PAC) aurait pu d'être approfondie. Depuis 1992, la PAC permet aux agriculteurs de s'engager volontairement, pour une durée de 5 ans et contre rémunération, à mettre en œuvre des mesures agro-environnementales. Celles-ci couvrent une panoplie assez large de pratiques allant de la date de fauche tardive à la réduction de la fertilisation sur l'ensemble de l'exploitation agricole en passant par l'aide à la conversion à l'agriculture biologique. Elles ont été proposées dans le but de rémunérer les agriculteurs pour la mise en œuvre de pratiques respectueuses de l'environnement et afin de compenser les « contraintes » associées. La similarité des objectifs avec les PSE mériterait donc de s'y attarder plus longuement.

→ La question de l'exercice de pouvoirs de contrôle ou même de police aurait également pu être développée. Dès lors qu'un propriétaire consent au respect d'un cahier des charges destiné à assurer le maintien de services écosystémiques, et que les actions correspondantes font l'objet de compensations financières, il importe de vérifier si elles sont effectivement et correctement exécutées. Mais ce qui paraît relativement évident quand il s'agit d'espaces acquis par des acteurs publics en vertu d'un droit de préemption, et intégrés possiblement au domaine public – comme c'est le cas pour les terrains acquis par le conservatoire du littoral – devient beaucoup plus problématique quand le terrain demeure entre les mains de son propriétaire. Si la question du contrôle peut alors faire l'objet de dispositions contractuelles, il y a fort à parier que le propriétaire témoigne d'un enthousiasme modéré à cet égard.

→ Enfin, la contribution de la jurisprudence aux constructions évoquées ici mérite aussi examen. Un arrêt récent, rendu par la Cour de cassation le 30 octobre 2012, l'illustre fort bien, puisque par cette décision la Cour a admis la création par contrat d'un « droit réel de jouissance spéciale » consenti valablement par un propriétaire à une fondation à objet culturel (s'agissant, en l'occurrence, d'un droit de jouissance et d'occupation consenti sur un immeuble à une société d'auteurs dramatiques). L'avertissement est assez clair : là où le législateur hésite, bien souvent le juge avance.

Ce ne sont là que quelques thématiques parmi bien d'autres sans doute, qui montrent – par leur absence, hélas – que le champ du propos est loin d'être clos et que les motifs de réflexion autour de la question des paiements pour services environnementaux dans le contexte français abondent toujours. Il importera donc de poursuivre ces réflexions, en gardant en ligne de mire l'objet ultime auquel s'attachent tous les mécanismes décrits ici : à savoir l'impératif majeur que constitue la préservation de la biodiversité et des services écosystémiques.

RÉFÉRENCES

- BILLET Philippe (2007), L'indemnisation des servitudes environnementales affectant la propriété foncière, in : Les ressources foncières – droits de propriété, économie et environnement, Actes de la 6ème conférence internationale, Aix-en-Provence, 26-28 juin 2006, Bruylant.
- BONIN M., ANTONA M. (2012), Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux, Vertigo-Revue électronique en sciences de l'environnement, Volume 12, numéro 3.
- BOUDOT Michel (2006), L'image du « démembrement » dans la doctrine française, Quarte giornate di studio Roma tre, p.13.
- Centre d'Analyse Stratégique (CAS) (2009), Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes : contribution à la décision publique, dir. Bernard Chevassus, CAS.
- CGDD, COMMISSARIAT GENERAL AU DEVELOPPEMENT DURABLE (2010), Conservation et utilisation durable de la biodiversité et des services écosystémiques : analyse des outils économiques, coll. « Références ».
- CGDD (2013), Sécuriser des engagements environnementaux – séminaire d'échange sur les outils fonciers complémentaires à l'acquisition, coll. « Etudes & Documents » n°82.
- CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE (1994), Protection de l'environnement : de la contrainte au contrat. 90ème congrès des notaires de France, Nantes, 8-11 mai 1994, Litec.
- CONSEIL GENERAL DE L'ALIMENTATION, DE L'AGRICULTURE ET DES ESPACES RURAUX (2010), Quelles rémunérations pour les services environnementaux rendus par l'agriculture et la forêt ? Actes du colloque du 8 nov. 2010, Paris.
- CONSEIL ECONOMIQUE, SOCIAL ET ENVIRONNEMENTAL (2013), Agir pour la biodiversité, Avis du 11 septembre 2013.
- CONSERVATOIRE D'ESPACES NATURELS DE RHONE-ALPES (2012), La maîtrise foncière dans les espaces naturels, coll. Les cahiers techniques.
- CHEVASSUS-AU-LOUIS Bernard, MICHEL Jean-Marc, (2013), Rapport de préfiguration d'une Agence française de la biodiversité, ed. Ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie, La documentation Française
- COURLEUX Frédéric (2011), Augmentation de la part des terres agricoles en location : échec ou réussite de la politique foncière ? INSEE, Economie et Statistique n°444-445, pp. 39-53.
- DE KLEMM Cyrille, MARTIN Gilles, UNTERMAIER Jean, PRIEUR Michel (1989), Les qualifications juridiques de l'environnement, in : L'écologie et la loi, Le statut juridique de l'environnement, L'harmattan, p.64.
- DEFFAIRI Meryem (2013), La patrimonialisation en droit de l'environnement. Thèse soutenue à l'Université Paris-I Panthéon-Sorbonne, décembre 2013.
- FACK Gabriel et LANDAIS Camille (2009), Les incitations fiscales aux dons sont-elles efficaces ? INSEE, économie et statistiques, n° 427-428.
- GAILLARD Geneviève (2011), Enjeux et outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité. Rapport d'information parlementaire n°3313.
- GIRAUDEL Catherine (2000), La protection conventionnelle des espaces naturels en droit français et comparé, PULIM 2000.
- GRIMALDI Michel (2011), L'introduction de la fiducie en droit français, in : Les transformations du droit civil français, traduit dans : revue de droit Henri Capitant, 30 juin 2011, n°2.
- GROUPEMENT D'INTERET SCIENTIFIQUE SOLS (2011), L'Etat des sols en France.
- KASZINSKI Marc (2011), La biodiversité, pour repenser les politiques d'aménagement. Etudes foncières n°152, juillet-août 2011, pp. 32-33.
- MARTIN Gilles J. (2008), Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation propter rem de protection de l'environnement. RJE, n°spécial, pp. 123-131.
- MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT (2006), Ecosystems and human well-being – Synthesis.
- MISSION ECONOMIE DE LA BIODIVERSITE (2014), Les Paiements pour Préservation des Services Ecosystémiques comme outil de conservation de la biodiversité. Coll. « Les cahiers de biodiv'2050 » n°1.
- MUELLER Eric (2009), Contribution à la théorie des servitudes, thèse de droit privé soutenue le 17 juin 2009, Université Lyon III, dir. Frédéric Zenatti- Castaing.
- NATIONAL CLT NETWORK (2011), Annual Report 2011/12.
- OST François (2003), La nature hors la loi. La Découverte, Coll. « Sciences humaines et sociales ».
- RIFKIN Jeremy (2005), L'âge de l'accès, la nouvelle culture du capitalisme, La Découverte.
- ROCHFELD Judith (2013), Quel(s) modèle(s) juridiques pour les « communs » ? Entre élargissement du cercle des propriétaires et dépassement de la propriété, Intervention au séminaire international : Propriété et Communs, 25-26 avril 2013.
- SAF, SOCIETE DES AGRICULTEURS DE FRANCE (2012), Pour une nouvelle politique du foncier – de l'approche patrimoniale à la stratégie d'entreprise, Rapport.
- SAF (2013), Les agriculteurs, producteurs d'eau potable. Notes de la SAF.
- SOCIETE CANADIENNE D'HYPOTHEQUE ET DE LOGEMENT (2014), Recueil de ressources de la SCHL [en ligne]. Disponible sur < ftp://ftp.cmhc-schl.gc.ca/mah/fr/CMHC_Compndium_of_Research.pdf>
- SOCIETE FRANCAISE DE DROIT DE L'ENVIRONNEMENT (2003), Comptendu des journées nationales d'étude et d'échange : gestion conventionnelle des espaces naturels – Bail rural, bail nature ?, Disponible sur: <http://www-sfde-ustrasbg.fr/downloads/colloques/liens/cpterendujourneebaux.pdf>
- TEEB (2010) L'Économie des écosystèmes et de la biodiversité : Intégration de l'Économie de la nature. Une synthèse de l'approche, des conclusions et des recommandations de la TEEB.
- UNITED KINGDOM NATIONAL ECOSYSTEM ASSESSMENT (2011), Key Findings – Synthesis Report, UNEPWCMC.
- WITZ Claude (1981), La fiducie en droit privé français, Economica 1981

POUR ALLER PLUS LOIN

- ADEF - ASSOCIATION DES ETUDES FONCIERES (2013), La rareté, une légende foncière ? Programme détaillé des Assises nationales du foncier, 17 et 18 octobre 2013.
- BOINON Jean-Pierre et al. (2008), La prise en compte du développement durable dans la politique agricole française: une lecture institutionnaliste, UMR CESAER, AgroParisTech.
- BORIE Maud, MATHEVET Raphaël et al. (2014), Exploring the contribution of fiscal transfers to protected area policy, SCALES EU project, Ecology and Society vol. 19 n°1, p.9.
- BOUTONNET Mathilde et MEKKI Mustapha (2012), Environnement et conservation easements – Pour une transposition en droit français. JCP (G), n°39, 24 septembre 2012, p.1023.
- BRULEY Enora (2013), Les services écosystémiques : une approche au service de la protection de la biodiversité ? Thèse professionnelle, AgroparisTech, dir. P. Degeorges, C. Fiorina, A. Coreau, 2 dec. 2013.
- CABTREE Louise et al. (2013), The Australian Community Land Trust Manual, University of Western Sydney.
- CANAC Jean-Marie (2007), La fiducie ? Enfin, mais ce n'est qu'un début..., L'avenir côte d'azur, n°1805, 31 mars 2007.
- CAVROIS Aurore (2009), Biodiversité et signes de reconnaissance agricoles, Comité Français de l'UICN, Paris, France.
- CETE Méditerranée (2011) Mesures compensatoires en faveur de la biodiversité : acteurs et outils juridiques de pérennisation des acquisitions et de gestion des biens acquis.
- CETE Méditerranée – MEDDE (2013), Stratégies foncières locales et mobilisation des outils fonciers en faveur de la biodiversité, Guide méthodologique.
- CHAMOIX Capucine (2010), Les instruments de marchés environnementaux américains : protéger autrement la biodiversité, Rapport de voyage d'étude / international visitor leadership program. Repris dans : Bruylant (2012), Droits de propriété, économie et environnement, pp. 359-368.
- CHEROT Jean-Yves (1997), Propriété dans l'état de droit : l'indemnisation en cas d'atteinte à la propriété, in : droit de propriété et environnement, Max Falque et Michel Massenet, dir, Dalloz, pp 86-93.
- CLAP Florence et MORAL Valérie. (2010). Biodiversité & Collectivités : Panorama de l'implication des collectivités territoriales pour la préservation de la biodiversité en France métropolitaine, Comité français de l'UICN, Paris, France.
- COLOMB J. et VERT J. (2009), La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture – Document de séance, Conseil stratégique de l'agriculture et de l'agro-industrie, MAP.
- CONGRES DES NOTAIRES DE FRANCE (2008), Développement durable : un défi pour le droit. Actes du 104ème congrès, Nice, 4-7 mai 2008.
- CRIDEAU - CENTRE DE RECHERCHE INTERDISCIPLINAIRES EN DROIT DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'AMENAGEMENT ET DE L'URBANISME (1997), La protection conventionnelle des espaces naturels en droit français et comparé, dir. Catherine Giraudel, Rapport final.
- DE VAUPLANE Hubert (2007), La fiducie avant la fiducie : le cas du droit bancaire et financier, JCP E&A 6 sept. 2007, n°36 p.2051.
- EpE - ENTREPRISES POUR L'ENVIRONNEMENT (2009), Biodiversité : quelles valeurs pour quelles décisions ?, Roadmap Environnementale mars 2009.
- ESCOFFIER Isabelle, MELIX Florence et SAVIN Nadia (2008), L'eau : un bien précieux, Dossier, La France agricole.
- EAA - EUROPEAN ENVIRONMENT AGENCY (2012), European waters – Assessment of status and pressure, EEA report n°8.
- FALQUE Max (2007), Le zonage réglementaire – toujours nécessaire, souvent insuffisant et parfois contreproductif. Etudes foncières n°129, octobre 2007, pp. 27-29.
- GIRAUDEL Catherine (2003), Gestion conventionnelle des espaces naturels : bail rural – bail nature ? Contribution aux Journées d'étude et d'échange organisée par la SFDE, Strasbourg, 22 mai 2003.
- HINESTROSA Fernando (2010), Les droits de tradition civiliste en question – A propos des rapports Doing Business de la Banque Mondiale, revue de droit Henri Capitant, 30 décembre 2010, n°1.
- HUMANITE ET BIODIVERSITE – FONDATION NICOLAS HULOT (2012), Biodiversité et économie – des clés pour comprendre, coll. « Etat des lieux et analyses », coord. Bernard Labat.
- KARSENTY Alain, DE BLAS Driss Ezzine (2014), Du mésusage des métaphores – les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ? in : L'instrumentation de l'action publique, Patrick Le Galès ed., Presses de sciences Po, pp. 161-189.
- LAFITTE Pierre (2001), Protection du patrimoine. Rapport sénatorial (n°399) à la Commission des affaires culturelles.
- LAURANS Yann, AOUBID Schéhérazade (2012), L'économie au secours de la biodiversité ? La légende des Catskills revisitée. IDDRI Working Paper.
- MAZEAUD Jean et al. (1994), Leçons de droit civil t.2, Biens : le droit de propriété et ses démembrements, Montchrestien, 8eme ed.
- MEDDE, MINISTERE DE L'ECOLOGIE, DU DEVELOPPEMENT DURABLE ET DE L'ENERGIE (2012), Agriculture et biodiversité – des pistes pour l'avenir. Programme du colloque des 10 et 11 octobre 2012, Biovallée / le campus.
- MEDDE, DGPR (2011), Guide de mise en oeuvre des restrictions d'usage applicables aux sites et sols pollués. Rapport de la direction générale de la prévention des risques, version 2.
- MINISTERE DU DEVELOPPEMENT DURABLE, DE L'ENVIRONNEMENT ET DES PARCS DU QUEBEC (2006), Dons écologiques : guide pour l'obtention du visa fiscal.
- NATURAL ENGLAND (2013), The Economic Impact of Natural England's National Nature Reserves, Natural England Commissioned Report NECR131.
- ONEMA (2013), Pourquoi améliorer la continuité latérale des voies navigables ? Coll. « Etat des connaissances » n°2, juin 2013.
- OREE Entreprises, territoires et environnement (2013), Crise, écofiscalité et compétitivité. Actes du colloque du 28 janvier 2013.
- PARC NATUREL REGIONAL DES MONTS D'ARDECHE (2011), Vers une gestion durable du foncier. Des outils à disposition des collectivités locales.
- PARCS NATURELS REGIONAUX DE FRANCE – FEDERATION DES CONSERVATOIRES D'ESPACES NATURELS (2013), Les outils de nature contractuelle mobilisables pour la trame verte et bleue.
- PELEGRIN Olivier et al. (2010), Etude sur les outils de nature contractuelle au service de la trame verte et bleue, Les Conservatoires d'Espaces Naturels, Parc naturels régionaux de France, MEDDE.
- PERRIN-GAILLARD Geneviève, DURON Philippe (2001), Du zonage... au contrat, une stratégie pour l'avenir, La Documentation Française.
- PIRARD Romain et al. (2012), Defining market-based approaches for REDD+, IDDRI Policy Brief n°16.
- SALLES Jean Michel (2012), Valuing biodiversity and ecosystem services for public decision making : some lessons from the french centre d'analyse strategique report, in : Droits de propriété, économie et environnement, Bruylant, pp. 223-236.
- SARLAT Jean-Jacques, OLIVIER Antoine (2011), La servitude conventionnelle environnementale, étude et formule, La Semaine Juridique Notariale et Immobilière n°7-8, 18 février 2011.
- SECRETARIAT D'ETAT CHARGE DE LA SANTE, DGS (2012), Abandons de captages utilisés pour la production d'eau destinée à la consommation humaine, bilan à février 2012.

Comment le droit peut-il contribuer aux paiements pour services environnementaux ?

La science économique s'est saisie de longue date du défi que constituent les paiements pour services environnementaux (PSE), de leur mise en œuvre sur le terrain et de leur contribution à la préservation de la biodiversité et des services tirés des écosystèmes. Par comparaison, le droit français, qui ne reconnaît pas explicitement lesdits services, semble accuser un certain retard doctrinal.

Cette impression doit pourtant être fortement nuancée. En fait, le droit contient bien des outils, institutions et mécanismes susceptibles d'être mobilisés au service de la biodiversité et plus particulièrement des PSE. Mais ces outils présentent une substance éminemment variable, allant du plus théorique au plus pratique, du plus abstrait au plus concret, du mieux connu au plus prospectif. Ils s'inscrivent de surcroît dans une évolution conceptuelle et historique complexe, allant d'une conception « absolutiste » de la propriété issue de la révolution jusqu'aux prémisses du trust anglo-saxon.

Ce « continuum » de solutions en mouvement est quant à lui bien connu de la doctrine juridique qui assure son dynamisme et son évolution. Il offre ainsi des pistes incontournables pour qui veut organiser juridiquement un système de paiement pour services environnementaux, pistes qu'il s'agit donc d'explorer : servitudes négociées, servitudes d'utilité publique environnementale, mais aussi fiducies foncières et, dans un registre plus prospectif, transpropriation de droits tirés de la propriété. Cet ensemble devrait être complété par différentes initiatives tirées de la loi sur la biodiversité, que l'étude s'attache également à décrire.

MISSION
ÉCONOMIE
DE LA BIODIVERSITÉ

GRUPE
Caisse
des Dépôts



FONDATION
NICOLAS
HULT
POUR LA NATURE
ET L'HOMME
think tank