



Vincent BONNET

Maître de conférences à l'Université de Bourgogne Franche Comté

Directeur du master 2 de droit notarial

La nature de l'obligation réelle environnementale

Par la loi du 8 août 2016 le législateur, dans une fulgurance audacieuse dont il est peu coutumier, a créé à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, cet outil juridique très nouveau qu'est l'obligation réelle environnementale. Face à la nouveauté, le juriste a forcément une réaction, celle de comprendre à quoi il a affaire, tenter de comprendre la nature de ce nouvel objet juridique, que d'aucuns ont qualifié en l'occurrence d' « OVNI juridique »¹.

Les termes mêmes qui composent le nom de ce nouvel outil sont assez familiers : « obligation », « réelle », « environnementale » sont des notions que l'on rencontre forcément (surtout le premier) dans nos parcours et nos activités juridiques. La nouveauté tient plutôt à leur association en une seule formule. Qu'est-ce donc que cette « obligation réelle environnementale » ? Encore, le caractère environnemental de l'obligation nouvellement créée ne semble pas devoir susciter tellement d'interrogations juridiques : il désigne plutôt l'objet de l'obligation environnementale, un objectif d'ordre politique, que l'on comprend dans le cadre d'une loi « pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages ». Les parties peuvent faire naître « les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques »², énonce l'article L. 132-3. Il faudra bien sûr s'interroger, dans le cadre de ce colloque, sur l'objet des obligations qui pourront être ainsi créées, sur leur efficacité, leurs conditions, etc. Mais, dans un premier temps du moins, il ne semble pas que la finalité environnementale participe de la nature juridique de l'ORE.

Le point crucial de cette étude tient donc à la compréhension de ce que peut être cette « obligation réelle ». On peut parfois douter de la compréhension que le législateur a des concepts juridiques qu'il utilise, mais dans notre cas, il est peu probable que la dénomination utilisée soit le fruit du hasard ou d'un malentendu. Par ignorance il aurait pu se contenter de créer une « obligation environnementale ». Mais tel n'est pas le cas. La raison en est connue : le législateur a voulu que l'engagement du propriétaire d'un immeuble en faveur de la protection de l'environnement soit durable et ne dépende pas des aléas des transmissions du bien de propriétaire en propriétaire. L'essentiel est indiqué à l'article L. 132-3 : l'obligation engage le propriétaire actuel et tous les propriétaires successifs de l'immeuble concerné, ce qui signifie en réalité que cette obligation se transmet passivement de propriétaire en propriétaire et se perpétue donc ainsi. Et le législateur a pensé que la qualification réelle de son obligation environnementale constituerait une justification suffisante.

On pourrait alors douter de l'intérêt de s'interroger sur la nature de l'ORE, puisque l'essentiel est dit. On peut pourtant discerner trois raisons de s'employer à cette tâche. La première c'est que, pour la satisfaction de l'esprit, il n'est jamais suffisant de se contenter d'observer le fonctionnement d'un mécanisme, de voir que ça marche, l'esprit veut encore comprendre comment et pourquoi ça marche. La seconde c'est que le régime de l'ORE, à part son effet essentiel, n'est pratiquement pas fixé par l'article L. 132-3 du Code de l'environnement. Analyser la nature de l'ORE, la qualifier juridiquement pourra aider à compléter ce régime juridique. La troisième raison dépasse le seul objectif environnemental poursuivi par le législateur, car si l'ORE est bien cette chose étrange qu'est une obligation réelle, alors son existence même nous invite à repenser le droit des biens et à

1. H. BOSSE-PLATIERE, La ruée vers l'ORE ?, Dr. Rural 2019, repère n° 2.

2. La formule « dès lors que » peut surprendre par son caractère restrictif, car elle laisse entendre que des obligations réelles ne peuvent être créées que dans un but environnemental. Il ne semble pas que ce soit un texte spécial qui puisse édicter une interdiction en creux d'une telle importance. Il vaut donc mieux comprendre que l'article L. 132-3 ne s'applique qu'à des obligations réelles à objet environnemental.



remettre en cause les paradigmes classiques généralement admis dans cette matière. C'est sous cet angle que l'examen de la nature de l'ORE va être mené.

On se rend compte en effet que l'ORE n'est pas compatible avec les concepts et surtout les schémas de pensée habituels du droit des biens, de telle sorte que l'obligation réelle environnementale serait en quelque sorte inclassable (I). En revanche, l'ORE trouve toute sa place dans notre système juridique si on l'examine en modifiant ces schémas de pensées et les paradigmes du droit des biens, devenus au fil des temps de véritables dogmes paralysants (II).

① L'incompatibilité de l'ORE avec les concepts traditionnels du droit des biens

Le droit des biens propose plusieurs modèles auxquels on pourrait chercher à rattacher l'ORE. Mais, en s'en tenant à la compréhension classique de ces modèles, on s'aperçoit que l'obligation réelle environnementale ne se ramène à aucun d'eux, au point que l'on pourrait rejeter le caractère réel de l'ORE (A) pour lui préférer un caractère personnel en la ramenant à une obligation classique du droit des contrats (B).

A – Le rejet du caractère réel de l'ORE

Il existe en droit français plusieurs droits réels auxquels il serait possible de comparer l'ORE. Mais on comprend rapidement qu'aucun ne peut lui servir de modèle. Mieux (ou pire), il s'avère même impossible de qualifier l'ORE de droit réel. On pourrait alors s'en tenir à la qualification d'obligation réelle, qualification connue en droit positif, mais admise de façon tellement restrictive que l'ORE ne semble pas non plus lui correspondre.

1) Il serait vain de passer en revue tous les droits réels existants pour vérifier s'ils ont une correspondance avec l'ORE. Examinons seulement les deux principaux, l'usufruit et la servitude.

L'usufruit est précisément défini à l'article 578 du Code civil comme le droit de jouir des choses dont un autre a la propriété comme le propriétaire lui-même, mais à charge d'en conserver la substance. On voit que l'ORE ne peut être assimilé à l'usufruit : le bénéficiaire de l'ORE, le cocontractant ne pourra pas bénéficier de la plupart des utilités du bien contrairement à l'usufruitier : il ne peut pas percevoir les fruits de la chose, il ne peut l'améliorer, ni s'en servir. Avec l'ORE, le propriétaire de l'immeuble conserve toutes ses prérogatives compatibles avec l'engagement qu'il contracte.

Mais l'ORE ne peut constituer non plus une servitude, comme l'avait imaginé son initiateur³, pour deux raisons essentielles. La première tient à ce que les servitudes de droit privé sont définies comme des charges pesant sur un immeuble au service d'un immeuble appartenant à un autre propriétaire (C. civ., art. 637). Autrement dit, la servitude met en relation un fonds servant sur lequel pèse la servitude et un fonds dominant qui en profite. Or l'obligation créée par la loi de 2016, si elle consiste bien en une charge sur un immeuble, n'est pas censée être constituée au profit d'un autre immeuble. La seconde raison réside dans l'article 686 du Code civil duquel on déduit qu'une servitude ne peut consister en une obligation de faire de la part du propriétaire du fonds servant. *Servitus in faciendo non consistit*. Or, selon les termes mêmes de l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, l'obligation environnementale peut fort bien avoir pour objet une action de la part du propriétaire.

2) On pourrait penser que l'ORE est un nouveau droit réel créé par la loi, mais il semble bien qu'elle ne corresponde pas à la conception classique des droits réels. Dans cette conception, les droits patrimoniaux sont classés en deux grandes catégories, les droits personnels et les droits réels. La principale distinction entre eux réside dans leur structure : les droits personnels présentent une structure obligationnelle, c'est-à-dire qu'ils mettent en relation deux personnes, un sujet actif, le

.....

3. G. J. MARTIN, Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement : Revue Juridique de l'Environnement, numéro spécial, 2008. Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature, pp. 123-131.



créancier, celui qui peut exiger, et un sujet passif, le débiteur, celui qui doit exécuter. Les droits réels, quant à eux, mettent le titulaire du droit directement en jouissance du bien sur lequel il porte, sans l'intermédiaire d'un débiteur : le droit de propriété parce que le propriétaire est souverain exclusif sur son bien, les autres droits réels parce que ce sont des démembrements du droit de propriété qui ont donc la même structure que lui et permettent de jouir des biens d'autrui. Les droits réels n'ont pas de structure obligationnelle. Or, on voit que l'obligation environnementale par son nom même est une obligation qui lie un débiteur, le propriétaire du terrain, et un créancier, le tiers contractant. Par ailleurs, elle ne permet pas à son titulaire de jouir des utilités du bien. L'ORE ne peut donc constituer un droit réel.

3) Il reste une troisième catégorie dans la théorie classique, présentée souvent comme intermédiaire entre les droits réels et les droits personnels, celle des obligations réelles (encore appelées obligations *propter rem*. Cf art. 698 C. Civ.). Ce sont bien des obligations en ce sens qu'elles créent un lien entre deux personnes, l'une débitrice, l'autre créancière ; mais ce sont des obligations réelles en ce que le débiteur est désigné en tant que propriétaire d'un bien. L'ORE semble donc parfaitement entrer dans cette catégorie. Mais il faut apporter deux réserves à cette conclusion. La première, générale, que ni en doctrine, ni en jurisprudence, la nature des obligations réelles n'a été clairement élucidée. La seconde, que dans la théorie classique l'idée d'une obligation réelle est tellement incongrue que les auteurs en restreignent le domaine jusqu'à en faire une catégorie très marginale. Les obligations réelles ne peuvent exister que comme accessoire d'un autre droit réel, une servitude en général, ayant pour finalité d'optimiser la jouissance du bien que le droit réel offre à son titulaire, pour la raison qu'on ne peut s'obliger à faire de manière réelle. On peut citer comme exemple, l'obligation réelle d'entretien du chemin qui peut être due par le propriétaire d'un fonds servant dans le cadre d'une servitude de passage. Or, l'obligation environnementale n'a pas été créée pour servir d'accessoire d'un autre droit réel qui pèserait sur l'immeuble ; le propriétaire la souscrit pour elle-même, à titre principal. L'ORE ne saurait donc être une obligation réelle classique.

B – L'hypothèse du caractère personnel de l'ORE

Face à l'impossibilité de faire entrer l'ORE dans une catégorie réelle, certains auteurs en ont déduit qu'il fallait lui donner une qualification personnelle : l'obligation souscrite par le propriétaire est personnelle et le cocontractant est donc titulaire d'un droit personnel. Finalement cette obligation de faire ou de ne pas faire serait une obligation ordinaire. C'est ce à quoi certains auteurs ont conclu, parfois de manière ambiguë (évoquant un droit personnel *propter rem*⁴), parfois très clairement⁵.

Cette qualification ne résout cependant pas tout. Outre le fait que le législateur a bien qualifié l'obligation environnementale d'obligation réelle, il faudrait encore expliquer ce qui permet à l'ORE d'être transmise de propriétaire en propriétaire comme le souhaitait le législateur, car les obligations ordinaires sont attachées à la personne du débiteur et non à une chose. En outre, le droit positif refuse généralement l'idée de cession de dette que ce soit à titre principal ou plus encore à titre accessoire d'un bien.

C'est ici qu'un nouvel élément de réflexion doit être pris en compte. Il en est effet précisé par la loi que le contrat faisant naître l'ORE est un contrat à titre onéreux puisqu'une contrepartie à l'engagement de propriétaire doit être stipulée. Autrement dit, le contrat fait naître à la charge du propriétaire une obligation, mais aussi à son profit un droit. Comme l'a souligné M. Dross, il semblerait inadmissible que l'acquéreur du fonds devienne débiteur de l'ORE sans être en même temps créancier de sa contrepartie. Il en résulterait que c'est non seulement l'ORE qui est transmise, mais aussi sa contrepartie et que finalement c'est l'ensemble du contrat qui se trouve transmis à l'acquéreur. Nous aurions donc affaire ici à une cession de contrat. L'idée peut paraître incongrue, car un contrat n'est pas un bien, mais on sait que la jurisprudence et la doctrine depuis longtemps, la loi depuis peu, admettent la cession de contrat. La cession de contrat permettrait ainsi d'expliquer que l'ORE, analysée comme une obligation personnelle soit transmise avec l'immeuble à ses différents acquéreurs successifs – ainsi que la contrepartie à l'ORE.

4. N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée, D. 2016, p. 2074.

5. W. DROSS, L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens, Energie, environnement, infrastructures, juin 2017, n° 16, n° 12.



Là encore, il convient d'émettre des réserves. On peut concevoir la cession de contrat selon deux modalités différentes : soit à titre principal, soit à titre accessoire. L'ordonnance du 10 février 2016 qui a réformé le droit des obligations a consacré la cession de contrat à titre principal. Mais il ne semble pas que pour l'ORE nous soyons dans ce cas de figure qui repose sur une volonté explicite du cédant (l'une des parties au contrat) et du cessionnaire, ainsi que sur l'accord du cédé (l'autre partie au contrat). Ce n'est pas ce qui est prévu par l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, qui ne fait qu'énoncer que le contrat constitutif de l'ORE fait naître l'obligation à la charge du propriétaire ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien. Aucune cession de contrat n'est ici envisagée, non plus d'ailleurs qu'une quelconque cession de l'obligation. On pourrait penser alors qu'il s'agit plutôt d'une cession à titre accessoire, c'est-à-dire une cession qui intervient automatiquement, même si elle n'est pas indiquée dans l'acte. De telles cessions de contrat existe déjà⁶ : le bail accessoire de l'immeuble, le règlement de copropriété accessoire du lot de copropriété, etc. Mais encore faudrait-il que la loi l'ait prévu expressément.

Cependant, même si l'on admettait qu'il y a dans le mécanisme prévu par le législateur une cession de contrat à titre accessoire cachée, en réalité, il n'en résulterait rien sur la nature de l'ORE ; les effets du contrat cédé ne constituent pas forcément des obligations personnelles. Le recours à la cession de contrat a paru nécessaire pour expliquer que l'ORE, analysée comme une obligation ordinaire, était transmise aux propriétaires successifs. Mais c'est parce que l'analyse réelle a été rejetée dans un premier temps – au regard de schémas de pensée classiques qui ne s'imposent pourtant que par la force de l'habitude et non par la loi.

Pourtant, si l'on modifie quelque peu ces schémas de pensée, sans avoir besoin d'envisager une modification des textes, la nature de l'ORE apparaît beaucoup plus clairement ; l'ORE nous oblige donc à repenser le droit des biens.

② La compatibilité de l'ORE avec des concepts renouvelés du droit des biens

Le droit des biens est une matière très particulière en ce que les règles de droit positif ont fait l'objet d'une interprétation et d'une construction théoriques qui n'ont pas grand-chose à voir avec ce qu'elles prévoient. Dès le 19^e siècle, la doctrine a élaboré une théorie en se fondant sur certains paradigmes qui sont devenus aujourd'hui des dogmes de la pensée juridique. L'un de ces dogmes qui expliquent nombre des analyses généralement retenues est celui du démembrement de propriété. Fort heureusement, ces dogmes ont été remis en cause par un certain nombre d'auteurs récents⁷ – mais aussi contemporains aux bâtisseurs de la théorie classique. Mais il est bien difficile d'ébranler les habitudes de pensée, perpétuées en raison de ce qu'il faut bien reconnaître parfois comme de la paresse intellectuelle.

Les concepts du droit des biens une fois renouvelés, on voit que l'ORE a bel et bien un caractère réel et qu'elle n'est pas si originale qu'on le croyait, en tout cas que son originalité ne se trouve pas là. Car la véritable originalité de l'ORE, qui participe également d'un renouvellement de la conception du droit des biens, se situe en ce que son titulaire n'en est pas le véritable bénéficiaire. Dans notre représentation de l'ORE, à une originalité apparente (A) se substitue ainsi une originalité véritable (B).

A – L'originalité apparente de l'ORE

Posons une hypothèse simple : posons l'hypothèse que le législateur ne s'est pas trompé dans l'appellation de l'obligation environnementale, qu'il ne l'a pas choisie par hasard, qu'il s'agit bien d'une obligation réelle, qualification sciemment retenue dans le but exact de permettre sa transmission passive aux différents propriétaires successifs de l'immeuble sur lequel elle porte.

Posons également qu'une obligation réelle est une obligation qui s'impose à une chose (on pourrait

6. C. COUTANT-LAPALUS, Les contrats, accessoire de l'immeuble, JCP N 2018, 1339.

7. L. RIGAUD, *Le droit réel* : thèse, 1912, p. 164 et p. 390 s. ; Ginossar, *Droit réel, propriété et créance* : LGDJ, 1960 ; F. ZENATI, Pour une rénovation de la théorie de la propriété : RTD civ. 1993, p. 305 ; C. LARROUMET, *Droit civil, Les biens, Droits réels principaux*, 1997, 3e éd., Economica, n° 48 s.



dire qu'il s'agit d'une charge qui pèse sur une chose) ; on sait bien que les choses ne peuvent être tenue d'obligations, il faut comprendre bien sûr que c'est le propriétaire de la chose qui doit l'obligation, en tant que propriétaire. Il en découle dès lors que l'obligation réelle s'impose à tous les propriétaires successifs de la chose, quelle que soit leur identité, et que, corrélativement, celui qui n'est plus propriétaire de la chose n'est plus tenu de cette obligation. Cette qualification correspond donc à la règle essentielle édictée par le législateur pour l'ORE, outre une seconde qui caractérise toutes les relations de nature réelle.

Soyons plus précis : puisqu'il s'agit d'une obligation, l'ORE établit une relation entre le propriétaire de l'immeuble qui doit l'exécuter et le cocontractant qui peut réclamer l'exécution de l'obligation, qu'il s'agisse d'une action ou d'une abstention. Une obligation se définit en effet comme un lien de droit par lequel un créancier peut exiger d'un débiteur l'exécution d'une certaine prestation. L'ORE correspond tout à fait à cette définition.

Mais allons un peu plus loin. Il semble que l'on puisse raisonnablement admettre que là où il y a une obligation il y a un droit correspondant. Aux obligations ordinaires, que l'on peut qualifier de personnelles, correspondent des droits personnels (ou droits de créance) : celui à qui est due l'obligation personnelle est bien titulaire d'un droit personnel. On peut donc aussi très raisonnablement considérer qu'à une obligation réelle correspond un droit réel. Dans la théorie classique, les obligations réelles ne sont jamais qualifiées de droit réel car ceux-ci n'ont pas de structure obligationnelle. Pourtant, comment qualifier le droit de celui à qui une obligation réelle est due si ce n'est de droit réel ? Nous pouvons donc retenir que l'obligation réelle environnementale n'est pas autre chose qu'un *droit réel environnemental*.

Il sera objecté qu'une telle qualification est impossible pour une raison essentielle : c'est que les droits réels sont des démembrements de la propriété ! Voici le paradigme intangible de la théorie classique, transformé au fil du temps en dogme. Le droit de propriété est conçu comme un droit composite, la somme de tous les pouvoirs que le propriétaire peut exercer sur le bien, selon une équation toute simple : $usus + fructus + abusus = \text{pleine propriété}$. Corrélativement, les droits réels autres que le droit de propriété ne sont que des morceaux, des membres, de cette même propriété, qui lui sont ôtés – pour mieux dire des démembrements de la propriété qui opèrent une répartition des utilités entre celui qu'on peine à appeler encore propriétaire et le titulaire du droit. De là découlent deux conséquences : d'une part, les démembrements sont forcément des droits de jouissance ; d'autre part ils n'ont pas de structure obligationnelle, pas plus que le droit de propriété lui-même, et ils ne mettent donc pas en relation un créancier et un débiteur qui en outre ne saurait être tenu d'une obligation de faire. Or, comme cela a déjà été vu, l'ORE ne permet pas au tiers contractant de jouir de l'immeuble et elle a une structure obligationnelle. Si l'ORE était un droit réel, ce serait un droit réel d'une nature inconnue, sinon impossible.

Tout cela semble logique, à moins que l'on se détache du dogme du démembrement de la propriété qui n'a pas de fondement véritable (le Code civil n'emploie jamais cette notion, même pas à propos de l'usufruit qui semble pourtant illustrer le mieux la théorie du démembrement). Elle provient d'une mauvaise interprétation de l'article 544 qui définit le droit de propriété comme le droit de jouir et de disposer de la chose, et semble donc accréditer l'idée que la propriété est une somme de pouvoir et peut donc être décomposée, alors que les rédacteurs du Code civil voulaient seulement exprimer par ce texte la réunification du droit de propriété sur la tête d'une seule personne, par opposition à ce qui était admis sous l'ancien droit.

Sans entrer dans les détails d'une remise en cause du dogme du démembrement de propriété, on peut au moins présenter une analyse alternative, proposer un autre paradigme (sans rien toucher aux textes). On peut avancer que tous les droits réels autres que le droit de propriété, les droits réels sur la chose d'autrui, sont des charges qui pèsent sur le bien, en réalité sur le propriétaire du bien, et qu'ils créent donc tous un lien d'obligation réelle entre le titulaire du droit et le propriétaire de bien grevé. Plusieurs auteurs ont depuis longtemps mis en lumière cette réalité que les droits réels,



qui sont des droits, tout comme les droits personnels, ont forcément une structure obligationnelle. Cette réalité est la plupart du temps masquée parce que la plupart du temps l'obligation qui pèse sur le propriétaire du bien grevé est une obligation de ne pas faire, de s'abstenir de nuire au titulaire du droit, et donc d'exercer les prérogatives qui lui appartiennent.

Les adversaires de cette thèse⁸ objectent qu'il y a ici une confusion : cette prétendue obligation n'est rien d'autre que l'opposabilité du droit au tiers, opposabilité commune à tous les droits qui ne créent aucune obligation. Mais on peut répondre d'une part que personne n'a jamais prétendu qu'une obligation personnelle de ne pas faire n'était pas une véritable obligation et qu'elle n'était qu'une manifestation de l'opposabilité du droit au tiers. D'autre part, s'il est vrai que le propriétaire doit s'abstenir de nuire au titulaire du droit tout comme les autres tiers, la portée n'en est pas du tout la même : c'est que les autres tiers n'auraient aucune raison de s'immiscer dans l'exercice du droit par son titulaire, alors que l'abstention à laquelle est tenu le propriétaire du bien bride celui-ci dans son droit de jouir lui-même de son bien ; les tiers ne perdent rien à respecter le droit réel du titulaire, alors que le propriétaire perd le bénéfice au moins partiel de son propre droit et s'astreint donc à une abstention spéciale qui ne paraît pas d'une nature différente de celle qui s'impose à un commerçant de ne pas concurrencer le bénéficiaire d'une clause de non concurrence.

Si on accepte cette analyse des droits réels, on se rend compte alors que l'ORE n'est pas un droit réel inédit de ce point de vue mais qu'elle s'inscrit parfaitement dans notre droit des biens. Il y a cependant encore une objection qu'il convient de rejeter, celle que l'on tire de l'article 686 du code civil et qui interdirait de créer toute servitude *in faciendo*. Outre que l'ORE n'est pas une servitude, et la définition qu'en donne le Code civil interdit en droit positif de la qualifier de telle, il faut peut-être surtout nuancer la portée qui est généralement donnée à cette interdiction⁹. Le texte ne prévoit pas qu'il est interdit de créer des servitudes *in faciendo*, mais qu'il est interdit de créer des obligations perpétuelles *ad nominem*, qui pèseraient sur une personne déterminée. Rien ne semble interdire de créer un véritable droit réel de faire pourvu qu'il soit attaché passivement non à une personne, mais à un bien.

B – L'originalité véritable de l'ORE

L'obligation réelle environnementale est donc un droit réel, à structure obligationnelle, dont le débiteur est le propriétaire de l'immeuble. A ce titre, l'ORE ne présente pas de véritable particularité par rapport aux autres droits réels, si on change le paradigme par lequel on analyse le droit des biens.

En revanche, l'ORE présente un autre aspect qui nous obligera également à modifier notre conception du droit des biens. C'est que le droit des biens, qui organise les rapports entre les personnes et les choses, le fait en vue de la satisfaction, sinon égoïste, du moins individuelle des propriétaires et des titulaires de droits réels sur la chose d'autrui. On connaît la célèbre formule de Proudhon : « *la propriété, c'est le vol* »¹⁰. Et en effet, sans forcément partager cette assertion, on peut reconnaître que l'appropriation d'un bien au profit d'une personne, le propriétaire, a pour corollaire l'exclusion de toutes les autres personnes sur le même bien. De manière moins provocatrice, le professeur Zenati écrivait plus récemment que « *la propriété sort des entrailles de la communauté* »¹¹. On voit ainsi que le droit de propriété est attribué et protégé par la loi dans l'intérêt exclusif du propriétaire. On pourrait en dire autant des droits réels sur la chose d'autrui. Plus concrètement, les droits réels ont pour objet la jouissance d'un bien, ils permettent à leurs titulaires de bénéficier des utilités de la chose sur laquelle ils portent.

Or la conception par le législateur de l'obligation réelle environnementale est assez différente dans la mesure où elle ne permet pas à son bénéficiaire, le tiers contractant, de bénéficier des utilités de l'immeuble sur lequel elle porte. L'ORE n'est pas un véritable droit de jouissance, contrairement à tous les autres droits réels, qui profite au cocontractant même de manière indirecte ; le véritable bénéficiaire de l'ORE est la collectivité, c'est elle qui profite de la sauvegarde de la biodiversité ;

8. J. DABIN, Une nouvelle définition du droit réel, *RTD civ.* 1962, p. 20.

9. En ce sens, et pour des exemples de servitudes *in faciendo*, E. MEILLER, F. COLLARD et B. TRAVELY, Quelles possibilités offre la notion de servitude ?, *JCP N* 2018, 1332.

10. P.-J. PROUDHON, Qu'est-ce que la propriété ? ou Recherche sur le principe du droit et du gouvernement, Paris, 1841.

11. F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, PUF, 2e éd., 1998, n° 92.



c'est elle qui jouit du bien de manière indirecte. On pourrait alors considérer que c'est elle qui est la véritable titulaire de l'ORE – mais ce ne serait pas juridiquement concevable, car la collectivité n'est pas une personne.

Il s'agirait plutôt de considérer l'ORE comme un droit attribué à une personne, qui doit être exercé dans l'intérêt de la collectivité, un droit dont la finalité est fléchée – ce qu'on appelle un droit-fonction, un peu à l'image des droits d'autorité parentale attribués aux parents qui doivent l'exercer dans l'intérêt de l'enfant.

Mais alors, en retour, on constate que ce droit réel environnemental, d'intérêt général, dessine en creux un aspect du droit de propriété qui avait été signalé il y a plus d'un siècle par Josserand, à propos de la querelle de l'abus de droit, et que sous l'influence de Ripert on avait oublié. C'est que les droits seraient assortis d'une fonction sociale, et l'abus de droit consisterait à utiliser son droit de manière antisociale¹². Les droits ne seraient donc pas attribués uniquement dans l'intérêt égoïste de leurs titulaires. Cette théorie a beaucoup été critiquée, l'idée qu'un droit, et notamment le droit de propriété, soit assorti d'une fonction sociale paraissait saugrenue. Pourtant, c'est bien cette fonction d'intérêt général de la propriété que fait ressortir l'ORE, pour l'instant de manière facultative. Mais en cas d'échec, il n'est pas impossible qu'elle devienne un jour obligatoire – quand il sera acquis que la protection de l'environnement n'est pas qu'un agrément mais une nécessité vitale.

.....
12. L. JOSSERAND, De l'esprit des droits et de leur relativité, 2e éd., 1939.