



**Eric MEILLER**

Notaire, docteur en droit

Rapporteur 2<sup>ème</sup> commission, 114<sup>ème</sup> congrès des notaires

## Obligation réelle environnementale et protection du patrimoine

Parler de protection du patrimoine à propos de l'obligation réelle environnementale (ORE) tient de l'oxymore. En effet, cette institution est ainsi définie par la loi : « *Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, 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*<sup>1</sup> ». Cette définition n'est pas sans rappeler la définition légale de la servitude : « *une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire*<sup>2</sup> ».

Cette parenté est voulue. Au regard des travaux préparatoires, le mécanisme de la servitude a servi d'inspiration pour créer l'obligation réelle environnementale<sup>3</sup>. Le législateur n'a toutefois pas voulu créer une véritable servitude environnementale<sup>4</sup>. Il a préféré instituer une « obligation réelle » environnementale<sup>5</sup>, dont le régime semble relever essentiellement du droit des obligations<sup>6</sup>. Pour autant, l'ORE partage, avec la servitude, une nature commune de « charge » sur l'immeuble<sup>7</sup>. Ce qui se traduit par une conséquence économique : l'immeuble grevé subit une importante moins-value<sup>8</sup>.

Parler de la fonction patrimoniale de l'ORE oblige donc à parler du « patrimoine » en un sens large. Et non point au sens étroit habituellement employé par les notaires<sup>9</sup>. A la manière dont en parle, notamment, le texte introductif du Code de l'environnement : « *Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage*<sup>10</sup> ».

La tendance actuelle est, en effet, l'apparition d'une jonction entre le droit des biens et le droit de l'environnement<sup>11</sup>. Ce qui n'avait rien d'une évidence. En effet, la logique initiale du droit de l'environnement est d'être un droit de police administrative, fonctionnant par autorisations, interdictions et contraintes. De son côté, la logique du droit civil des biens est celle de l'appropriation exclusive. D'où une division traditionnelle entre la chose appropriée et la « chose commune », « chose qui n'appartient à personne et dont l'usage est commun à tous<sup>12</sup> ». Or, parmi ces choses communes, le droit civil range classiquement l'eau, l'air, etc. ; soit tout ce qui intéresse le droit de l'environnement au premier chef<sup>13</sup>.

Pour autant, malgré cette opposition de départ, la tendance est au rapprochement, au point qu'il est en train d'apparaître un droit des biens de l'environnement. Ce qui nécessite, par voie de conséquence, une nouvelle conception de la propriété<sup>14</sup>. Celle-ci ne se conçoit plus comme le pouvoir exclusif sur une chose corporelle – pouvoir faire tout ce qui n'est pas empêché par la loi. Bien plutôt, la propriété doit se concevoir comme la réunion d'une multiplicité d'intérêts incorporels, pour lesquels il est possible de concevoir un éclatement entre des titulaires distincts, selon une logique héritée du droit médiéval. Dans cette logique, une forêt, par exemple, est un outil de production pour le forestier, un cadre esthétique pour le randonneur, une réserve cynégétique pour le chasseur, un poumon vert et un puits de carbone au profit de la population alentour, etc.

1. L. 132-3 C. envir.
2. Art. 637 C. civ.
3. G. GAILLARD, rapp. Ass. Nat. 26 juin 2014, p. 278.
4. J.-J. SARLAT et A. OLIVIER, « La servitude conventionnelle environnementale », *JCP N* 2011, 1089.
5. N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *D.* 2016, chron. 2074. V. ZALEWSKI-SICARD, « Les obligations réelles environnementales et le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité », *Constr.-Urb.* 2016, alerte 41.
6. W. DROSS, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Energie-Environnement-Infrastructures* 2017, p. 53. G. GIL, « L'obligation réelle environnementale : un objet juridique non identifié ? », *Annales des loyers*, avr. 2017, p. 123.
7. E. MEILLER, « Les charges réelles : du service foncier au service écologique », in *Le droit des biens au service de la transition écologique* (dir. B. Grimonprez), Dalloz, 2018, p. 101.
8. E. MEILLER, La notion de servitude, *LGDJ*, 2012, n° 275.
9. Il convient de rappeler que la notion de patrimoine n'est pas définie par le Code civil, et n'est pas vraiment usitée en doctrine avant le 19<sup>ème</sup> siècle. La notion de « patrimoine » devient d'un usage extensif en miroir de la notion de droits « extra-patrimoniaux », cette dernière devenant plus invoquée au fur et à mesure que s'étendait le champ de ce qui était monnayable (conduisant, par contrecoup, à la formulation de garde-fous, comme le fait que le corps humain n'est pas un bien patrimonial). En ce sens, donc, le patrimoine renvoie à ce qui a une valeur monétaire. Pour autant, dans le même temps, la doctrine reste très inspirée par la théorie d'Aubry et Rau, qui conçoit le patrimoine comme la personnalité juridique appliquée aux biens, d'où la conséquence qu'une personne a un et un seul patrimoine, et que ce dernier est inaliénable en tant que tel. Sur la question, F. ZENATI et T. REVET, *Les biens*, 2<sup>ème</sup> éd., PUF, n° 6.
10. L. 110-1 C. envir.
11. P. BILLET, « La réification de la nature et de ses services », in *Le droit des biens au service de la transition écologique* (dir. B. Grimonprez), Dalloz, 2018, p. 1.
12. Art. 714 C. civ.
13. B. PARANCE, « Les potentialités environnementales du concept de 'commun' », in *Le droit des biens au service de la transition écologique* (dir. B. Grimonprez), Dalloz, 2018, p. 45.
14. W. DROSS, « La propriété à l'épreuve de la préservation et du partage des ressources naturelles », in *Le droit des biens au service de la transition écologique* (dir. B. Grimonprez), Dalloz, 2018, p. 29.



15. B. GRIMONPREZ, « Les 'biens nature' : précis de recomposition juridique », in *Le droit des biens au service de la transition écologique* (dir. B. Grimonprez), Dalloz, 2018, p. 13.

16. N. REBOUL-MAUPIN et B. GRIMONPREZ, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *D.* 2016, chron. 2074. V. ZALEWSKI-SICARD, « Les obligations réelles environnementales et le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité », *Constr.-Urb.* 2016, alerte 41.

17. C. envir., art. L 132-3.

18. Exigence prévue par D. n° 55-22 du 4 janv. 1955, art. 28.

19. L. MICHON, *Des obligations propter rem dans le Code civil*, Thèse Nancy, 1891. M. DE JUGLART, *Obligation réelle et servitudes en droit privé français*, Thèse Bordeaux, 1937. H. ABERKANE, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, Thèse Paris, 1955.

20. J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, P.U.A.M., 2002.

21. P.-H. STEINAUER, *Les droits réels*, t. III, Staempfli, 2003, n° 2592s.

22. G. GIL, « L'obligation réelle environnementale : un objet juridique non identifié ? », *Annales des loyers*, avr. 2017, p. 123.

23. W. DROSS, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Energie-Environnement-Infrastructures* 2017, p. 53.

24. G. GAILLARD, rapp. Ass. Nat. 26 juin 2014, p. 278.

Or, fondamentalement, l'intérêt de l'ORE est là : elle vise la protection de certains intérêts environnementaux de la propriété, en l'érigeant en un bien juridique<sup>15</sup>. Et c'est en ce sens que l'ORE contribue à la protection du patrimoine.

Il est possible d'appréhender l'ORE selon deux logiques possibles. Pour le comprendre, il est possible de faire une brève référence au droit de retour et à l'interdiction d'aliéner, usuellement stipulés dans les donations notariées d'immeuble. D'une part, ces clauses protègent la chose donnée en tant que bien familial – le donateur ne souhaite pas que le bien soit hérité par une famille tierce. D'autre part, ces clauses protègent le donataire lui-même, individuellement – notamment en le protégeant d'une saisie par un créancier.

De la même manière, l'ORE peut se concevoir selon ces deux plans, soit la protection d'un intérêt individuel, soit la protection d'un intérêt collectif. Cette dichotomie recoupe celle des personnes à l'origine de l'ORE : soit la protection est à l'initiative du créancier (I), soit, paradoxalement, la protection est à l'initiative du débiteur lui-même (II).

## ① La protection à l'initiative du bénéficiaire

Le législateur a institué une « obligation réelle » environnementale. Il l'a assortie d'un embryon de régime<sup>16</sup> : création par contrat, limitation des bénéficiaires possibles (collectivité publique, établissement public ou personne morale de droit privé agissant pour l'environnement), liberté de contenu de l'obligation tant que la stipulation a une finalité écologique<sup>17</sup>. Il est également prévu que le contrat soit passé en la forme authentique, même si cela ne semble pas être une solennité, mais seulement une exigence en vue de la publicité foncière obligatoire de la charge<sup>18</sup>.

Or, ces quelques règles sont bien incapables de répondre à toutes les questions pratiques. Et la législation ne détaille aucun droit commun de l'obligation réelle. Cette notion est d'abord une création doctrinale, pour expliquer certaines obligations accessoires à des droits réels, notamment entre copropriétaires d'une mitoyenneté, ou entre le propriétaire du fonds dominant et le propriétaire d'un fonds servant<sup>19</sup>. Par extension, la tendance est à considérer comme « obligation réelle » tout droit qui se transmet, au moins d'un côté, en relation avec une chose : obligations au sein d'une copropriété ou d'une association syndicale, obligation de garantie du vendeur transmise avec la chose vendue, etc. Mais, avec une définition si étendue, il est bien difficile de caractériser un régime unique, au-delà de l'idée même, contenue dans la définition de la notion, d'une obligation transmise avec une chose<sup>20</sup>. Passée cette idée, le juriste est confronté à la multiplicité des législations spéciales, qui ne font pas un droit commun.

Symptomatique de cette absence de droit commun, les travaux préparatoires ont évoqué la charge foncière du droit suisse comme modèle de l'obligation réelle environnementale. Cette charge foncière correspond toutefois à une généralisation de l'ancien mécanisme de la rente foncière<sup>21</sup>. Pour autant, comme il faut bien convenir d'un droit commun applicable à l'obligation réelle, le plus logique, en droit français, est de considérer que l'institution relève exclusivement du droit des obligations, et non du droit des biens. Cela même si les travaux préparatoires révèlent que le législateur n'a pas voulu explicitement consacrer ce point, afin, dans son intention, de laisser la possibilité de créer des obligations réelles par le biais d'un testament<sup>22</sup>. Pourtant, la nature contractuelle ne fait pas de doute au vu du texte finalement adopté. Par suite, on peut postuler que sa transmission n'est qu'une cession de contrat, voulue par la loi, à l'occasion de la mutation de l'immeuble<sup>23</sup>.

Malgré tout, si on consulte les travaux préparatoires, c'est surtout le mécanisme de la servitude qui a servi d'inspiration pour créer l'obligation réelle environnementale<sup>24</sup>. Le législateur n'a toutefois pas voulu l'explicitier. Cela pour deux raisons. D'une part, il a estimé qu'une servitude nécessite un fonds dominant, alors que l'obligation environnementale doit pouvoir être créée au profit d'une personne morale, indépendamment de tout immeuble. D'autre part, il a considéré qu'une servitude ne peut consister *in faciendo*, et il a souhaité pouvoir imposer des obligations de faire à la charge du propriétaire.

Le modèle de la servitude permet toutefois de comprendre la limite pratique d'une ORE. Comment



faire pour qu'un propriétaire accepte de grever ainsi son bien ? Si un particulier veut protéger sa vue, il peut essayer de négocier une servitude *non aedificandi* avec son voisin contre finance. En revanche, il est beaucoup plus compliqué que le voisinage s'unisse pour solliciter une servitude à finalité écologique : cela suppose que les voisins se concertent et s'unissent pour proposer un prix ; il est plus logique que chacun attende que le voisin le fasse, et rien ne se fait. En pratique, le moyen le plus simple pour sanctuariser un lieu reste la servitude administrative, ou le zonage du PLU : et donc le recours à la collectivité publique.

Cela explique que le modèle rencontré le plus souvent par le notariat soit le suivant : une ORE de compensation, en présence d'un champ d'éoliennes. Le Code de l'environnement pose un principe d'action préventive et corrective, qui implique d'éviter les atteintes à la biodiversité ; à défaut, d'en réduire la portée ; et en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être ni évitées ni réduites<sup>25</sup>. Depuis 2016, l'obligation de compensation écologique dispose d'un cadre législatif général<sup>26</sup>. Cette compensation peut se faire de plusieurs manières<sup>27</sup>. Soit directement par le maître d'ouvrage, si celui-ci dispose des immeubles et des compétences nécessaires. Soit en faisant l'acquisition d'unités de compensation dans un « site naturel de compensation », sur le modèle des « banques de compensation » américaines ; ce qu'on a pu caricaturer comme le fait d'acheter le droit de polluer<sup>28</sup>. Soit, enfin, en confiant les mesures à réaliser à un tiers, appelé opérateur de compensation<sup>29</sup>. Cet opérateur est une personne publique ou privée chargée par le débiteur de la compensation, de les mettre en œuvre et de les coordonner à long terme<sup>30</sup>. Le maître d'ouvrage est donc libéré des tâches matérielles et techniques, mais il reste néanmoins responsable de la réalisation des mesures compensatoires<sup>31</sup>.

Dans le cas le plus courant, un permis d'aménager autorise des éoliennes en édictant des mesures de compensation. Ces éoliennes sont généralement implantées via un bail emphytéotique, et le bailleur accepte de grever un bien avoisinant au titre de l'ORE imposée. Et, si le propriétaire accepte une telle charge sans contrepartie directe, c'est en raison du loyer, très lucratif, qu'il perçoit à raison de son bail. Là est le problème : dans ce schéma, c'est le loyer de la terre qui est désiré ; ce n'est pas l'ORE qui est économiquement intéressante.

Par suite, pour que l'ORE devienne intéressante, il faudrait qu'elle puisse être une véritable rente foncière pour l'agriculteur, en elle-même. Toute la difficulté de l'agriculture vient du fait qu'elle n'est plus assez payée pour son service premier : nourrir la population<sup>32</sup>. Pourtant, il existe divers intérêts à maintenir une agriculture locale plutôt que devoir recourir à l'importation : l'agriculteur rend des services environnementaux, assure une protection écologique et un aménagement du paysage, etc. Si on est juste, l'agriculteur devrait être rémunéré par la collectivité à ce titre, puisqu'il ne faut pas espérer que les voisins se réunissent pour financer leur cadre de vie<sup>33</sup>.

Cette idée est qualifiée par l'analyse économique de « paiement pour services environnementaux » (PSE). Or, l'ORE reste au seuil de l'idée. Certes, le texte légal prévoit qu'une contrepartie est possible à l'ORE, mais il n'en fait pas une obligation. En cela, la législation reste trop liée à l'idée de servitude. Il conviendrait de la dépasser.

## ② La protection à l'initiative du grevé

L'ORE constituée à l'initiative du propriétaire lui-même semble correspondre à très peu d'hypothèses pratiques. Il existe toutefois quelques exemples. On peut ainsi citer le cas de la commune de Yenne, en Savoie, qui a conclu une telle obligation avec le Conservatoire d'espace naturel, pour une zone d'eau.

Une telle pratique présente pourtant bien un vif intérêt, celui de « sanctuariser » un immeuble contre les tentations des propriétaires futurs. Mais cette possibilité se heurte immédiatement à deux limites.

La première est d'ordre économique. L'ORE cause une importante moins-value au bien ; la bonne volonté du propriétaire ne peut suffire. Le *conservation easement*, figure inspiratrice de l'ORE, a

- .....
- 25. C. envir., art. L 110-1, II, 2°.
  - 26. L. ESTEVE DE PALMA et X. LIEVRE, « La compensation des atteintes à la biodiversité », *JCP N* 2016, 1340.
  - 27. C. envir., art. L 163-1, II.
  - 28. F.-G. TREBULLE, « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », *Énergie – Env. – Infrastr.* 2017, dossier 12.
  - 29. B. GRIMONPREZ, « La compensation écologique d'après la loi biodiversité », *Dr. et patrimoine* 2016, n° 263.
  - 30. C. envir., art. L 163-1, III.
  - 31. C. envir., art. L 163-1, II.
  - 32. H. BOSSE-PLATIERE, « De l'exploitation à l'entreprise agricole, Déclin ou renouveau du droit rural ? », *JCP N* 2010, 1257.
  - 33. C. ETRILLARD, « La compensation écologique : une opportunité pour les agriculteurs », *RD rur.* 2016, étude 10. B. GRIMONPREZ, « Étude d'impact sur l'agriculture de la loi biodiversité », *RD rur.* 2017, étude 1.



34. J. A. GUSTANSKI et R. H. SQUIRES, *Protecting the land : conservation easements. Past, present, and future*, Island press, 2000.

35. National Conservation Easement Database, 2017.

36. S. BICK et H. L. HANEY, *The Landowner's Guide to Conservation Easements*, Kendall Hunt, 2000, p. 28.

37. C. T. LINDSTROM, *A tax guide to conservation easements*, Island press, 2012, n° 113.

38. P. M. HOCKER et J. H. MAROON, « Virginia's state tax credit for land conservation. Protecting Virginia's landscapes with tax credit incentives », in D. G. BURKE et J. E. DUNN, *A Sustainable Chesapeake*, The Conservation Fund, 2010, p. 135s.

39. L. RISTINO et J. JAY, *A changing landscape : The conservation easement reader*, West academic, 2016, p. 42.

40. C. envir. art. L 132-3, al. 4.

41. L. n° 2016-1087 du 8 août 2016, art. 72, III.

42. J. Antipapas, « L'engagement unilatéral dans les limbes du droit civil », *Rev. des contrats*, 2018, n° 115, p. 272.

43. Civ. 3<sup>ème</sup>, 17 avr. 1996, *Bull. civ.* III, n° 109 ; *JCP éd. G* 1997, I, 4010, n° 19, obs. Périnet-Marquet ; *RTD civ.* 1997, 460, obs. Zenati.

pourtant un immense succès aux Etats-Unis d'Amérique<sup>34</sup>. En effet, plus de 140 000 de ces servitudes y ont été créées, protégeant plus de 100 000 kilomètres carrés de nature<sup>35</sup>. Cet état de fait tient à deux raisons.

D'une part, l'équivalent américain est assorti d'un régime fiscal avantageux. Dans plusieurs États, le propriétaire peut déduire de ses revenus la valeur de la charge qu'il consent sur ses terres. Cette valeur est égale à la moins-value subie par l'immeuble. Pour ceux dont les revenus sont principalement agricoles, la totalité de la perte en capital peut être déduite des revenus. Pour les autres contribuables, la moitié de la moins-value est déductible des revenus. Si besoin, celle-ci peut être déduite en plusieurs fractions, sur les années suivantes. L'avantage fiscal maximum est lié à la stipulation de charges avec un véritable intérêt écologique, perpétuelles, au profit d'un établissement compétent dans la protection de l'environnement<sup>36</sup>. Le calcul de la moins-value est aussi fonction de la valeur d'achat de l'immeuble, lorsque la charge est stipulée dans l'année de cette acquisition<sup>37</sup>.

L'avantage fiscal le plus remarquable est toutefois la possibilité de transférer la déduction d'impôts entre contribuables. Un tel système a été ainsi mis en place dans l'Etat de Virginie<sup>38</sup>. En 1999, le *Virginia Land Conservation Incentives Act* décida une déduction sur les revenus de la moitié de la valeur de la charge foncière. En 2002, celui-ci fut amendé, afin de permettre aux propriétaires n'ayant pas assez de revenus à déduire, de vendre leur droit à déduction à d'autres contribuables. Un marché s'est donc mis en place, avec des fonds dédiés, mettant en relation cédants et cessionnaires de ces déductions fiscales<sup>39</sup>. Le tout avec un résultat certain. De 2000 à 2010, il a été constitué en Virginie pour plus de 2 milliards de dollars de *conservation easements* éligibles à la réduction d'impôt.

Un tel système est toutefois inenvisageable en France. Le coût pour les finances publiques est moindre en Virginie, où le taux maximum de l'impôt sur les revenus est de 5,75 %, au lieu de 45 % en France. En tout cas, par comparaison, les avantages fiscaux du droit français semblent bien dérisoires. D'une part, l'obligation réelle est exonérée de droits d'enregistrement et de taxe de publicité foncière<sup>40</sup>. Cela diminue le coût de sa création, mais ne constitue aucunement une contrepartie. D'autre part, les communes peuvent, par décision exprès, exonérer l'immeuble grevé de la taxe foncière sur les propriétés non bâties<sup>41</sup>. Au regard du texte légal, l'obligation réelle peut grever aussi bien un immeuble bâti qu'un terrain nu. L'exonération d'un édifice multi-usages, avec une destination en partie écologique, aurait pu être très incitative. Mais la limitation de l'exonération potentielle aux seuls bien non bâtis, alors que le montant de leur taxe foncière est déjà très faible, rend l'intérêt fiscal de l'opération pratiquement inexistant.

D'autre part, la variante de succès tient à une différence culturelle. Le *conservation easement* aux Etats-Unis tient d'une logique d'auto-défense de la population : et le schéma typique est celui où une fondation acquiert un vaste territoire naturel pour le sanctuariser par ce biais. Le public français est différent. Individuellement, un propriétaire de bien rural espère une plus-value conséquente dans l'espoir du jour où son bien deviendra constructible ; dans l'intervalle, il peut accepter de gérer son bien avec un souci écologique, mais sans hypothéquer la perspective d'un profit éventuel. Collectivement, les riverains vont moins se fédérer via une personne morale quelconque, qu'user du « lobbying » auprès des pouvoirs publics, afin que ces derniers usent de leurs prérogatives pour imposer une protection d'une zone environnementale.

La seconde limite tient à un manque d'audace théorique. Dans l'ORE à l'initiative du propriétaire, la présence d'un cocontractant est superflète. Par suite, l'exigence légale d'un contrat entre deux parties apparaît inadaptée. D'autant plus que le droit des contrats semble désormais faire une place à l'engagement unilatéral de volonté<sup>42</sup>. D'ailleurs, si on réfléchit sur le modèle qu'est la servitude, la règle *res nemini sua servit*, selon laquelle on ne peut imposer de servitude sur son propre fonds, n'est qu'implicite dans l'article 637 du Code civil. La jurisprudence admet d'y déroger dans certains cas, notamment en cas de démembrement<sup>43</sup>. Et la pratique admet la création de servitudes dans le cahier des charges d'un lotissement, à une date où tous les fonds sont encore dans la même main, même si la servitude n'advient réellement que lors de la division ultérieure.

