



L'obligation réelle environnementale et le préjudice écologique¹

Après avoir expertisé l'obligation réelle environnementale (ORE), il s'agit maintenant de se focaliser sur sa finalité : protéger l'environnement ! Or le notaire, on le sait, est artisan de l'entreprise de protection de l'environnement². Il était déjà constaté en 2008 à l'occasion du 104^{ème} congrès des notaires de France, intitulé *Développement durable, un défi pour le droit*, qu'en étant « *Témoin privilégié du phénomène de dégradation continue de l'environnement, en particulier des sols, le notaire a un rôle essentiel à jouer dans la prise en compte de ce passif environnemental, tant dans une perspective préventive que curative* »³. Pour remplir cette fonction, la boîte à outil juridique était bien moins fournie qu'aujourd'hui. Et pourtant, la pratique notariale a su développer une ingénierie contractuelle fine afin de répondre aux enjeux environnementaux se posant à l'occasion d'opération contractuelle usuelle : garantie de passif dans les cessions de sites industriels ; stipulations de clauses environnementales au sein des baux commerciaux⁴. Il faut dire que les notaires convoquaient déjà cet art de la clause dès 1994 à l'occasion de leur 90^{ème} Congrès : les notaires avaient déjà pressenti que la protection de l'environnement nécessiterait un passage « de la contrainte au contrat »⁵. Voilà qu'aujourd'hui, des nouveaux instruments ont été forgés au service de cette finalité de protection de l'environnement. Cette réaction législative – qui a tardé à se concrétiser dans un texte – est intervenue avec l'adoption de la Loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. A la lecture de l'exposé des motifs du projet de loi, on apprend que ce texte a « *pour ambition de renouveler la vision de la biodiversité et les principes d'action qui doivent permettre sa protection et sa restauration (...) en mobilisant des outils innovants, comme (...) les obligations environnementales, (...)* »⁶. Deux mesures phares ont particulièrement intéressé la doctrine privatiste dans cet optique de reconquête de la biodiversité⁷ : la création de l'ORE, d'une part ; et la consécration du préjudice écologique, d'autre part. Tels sont précisément les termes de notre sujet.

D'un côté, premier terme du sujet, l'ORE. Sans revenir sur la genèse⁸ et la nature de l'ORE⁹, rappelons simplement que la loi introduit dans le code de l'environnement un nouvel article L. 132-3 autorisant le propriétaire d'un immeuble à créer sur celui-ci, par contrat, une obligation environnementale *intuiti rei* automatiquement transmissible à ses ayants cause qu'ils soient universels ou particuliers. L'objectif de la création de ces obligations réelles environnementales est double : faciliter le développement d'actions pérennes visant à stopper l'érosion de la biodiversité ; tout en permettant, dans le même temps, à un propriétaire de mettre en place simplement, sur sa propriété, une démarche contractuelle en ce sens, avec des personnes morales garantes de l'intérêt environnemental¹⁰. Cet outil, reposant sur la liberté contractuelle, permet d'assurer une grande souplesse dans l'élaboration des modalités de l'accord, au plus près des réalités écologiques, sociales et économiques locales : mesures et durée proportionnées aux enjeux environnementaux identifiés sur une ou des parcelles, prévisions de conditions de révision, de clauses pénales en cas de manquement... Là, le rôle du notaire qui usera de la technique contractuelle pour formaliser une ORE sera capital¹¹... A la conquête de l'ORE, c'est le programme de l'après-midi... que je vais bien me garder de *spoiler*¹².

1. Le style oral a été conservé.
2. Ph. NARBÉY et M. RAUNET, « Les trois qualités du notaire « environnementaliste » », *JCP N* 2008, n° 17, 1186, p. 44. *Adde.* Le notaire et l'environnement, [Les 5^{es} Rencontres Notariat-Université de Reims (Arnu-Reims), 20 mars 2015], *JCP N*, 2015, n° 13.
3. *Le développement durable : un défi pour le droit*, 104^{ème} Congrès des notaires de France, Nice, 4-7 mai 2008, Paris, LexisNexis, 2008.
4. M. BOUTONNET, O. HERRNBERGER et M. MEKKI, *Les sites pollués : un enjeu pour les professionnels de l'immobilier* [Journée d'études au Conseil supérieur du Notariat, 11 oct. 2013], *JCP N* 2014, n° 9 (dossier dir. par) – F.-J. COUTANT et O. SALVADOR, « Baux commerciaux et pollution des sols », *Deffrénois* 28 févr. 2008, n° 4, p. 369.
5. *Protection de l'environnement : de la contrainte au contrat*, 90^{ème} Congrès des notaires de France, Nantes, 8-11 mai 1994, Paris, Ed. Les Journaux judiciaires associés, 2 Tomes, 1994.
6. L. n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.
7. M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil... À propos de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », *JCP G* 2016, 948 – N. Rebul-Maupin et B. Grimonprez, « Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée », *D.* 2016, p. 2074.
8. G. J. MARTIN, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude contractuelle ou d'une obligation propter rem de protection de l'environnement », *RJE* 2008, n° spécial, p. 123. V. aussi, antérieurement : M. FALQUE, *Rapport : les servitudes environnementales, un outil de protection et de gestion de l'environnement pour l'Île-de-France*, Institut d'aménagement et d'urbanisme de la Région d'Île-de-France, juin 1993 ; *Les servitudes conventionnelles, un outil de maîtrise et de gestion des espaces littoraux*, Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, déc. 1980.
9. V. dans ce numéro, la contribution de V. BONNET, Comp. V. DROSS, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Énergie – Environ. – Infr.* n° 6, Juin 2017, dossier 16.
10. M. PARMENTIER, « L'obligation réelle environnementale ou comment placer le propriétaire foncier au cœur de la reconquête de la nature ? », *Gaz. Pal.* 22 nov. 2016, n° 280, p. 66.
11. O. HERRNBERGER, « L'obligation réelle environnementale, le point de vue de la pratique », *Énergie – Environ. – Infr.* n° 6, Juin 2017, dossier 17.
12. V. dans ce numéro, la contribution de B. TRAVELY.



13. Crim. 25 sept. 2012, n° 10-82938, *Erika*, D. 2012 : Jur. 2711, note Ph. Delebecque.

14. L. NEYRET, « Introduction de la problématique. Le préjudice écologique : hier, aujourd'hui et demain », *Envir. dév. dur.* 2014, n° 10, étude 4.

D'un autre côté, second terme du sujet, le préjudice écologique, consacré dans le Code civil. Le législateur instaure en effet un régime de réparation du préjudice écologique en suivant la voie ouverte par la jurisprudence. Car ce sont les juges qui ont initié ce grand pas dans la préservation de l'environnement, avec le fameux arrêt *Erika* du 25 septembre 2012, en condamnant pénalement et civilement la société *Total* pour les dommages causés à l'environnement suite au naufrage de l'*Erika*¹³. Du point de vue de la responsabilité civile, la révolution conceptuelle ainsi opérée a unanimement été relevée¹⁴. Car au-delà de la réparation des préjudices subjectifs, à savoir les conséquences personnelles d'un dommage environnemental, il s'agissait de réparer un préjudice objectif : celui exclusivement subi par la Nature, connu sous le nom de « préjudice écologique pur ». Alors que la jurisprudence avait privilégié une définition accueillante du préjudice écologiste défini comme « l'atteinte directe ou indirecte portée à l'environnement », le législateur opte pour une définition davantage restrictive : le préjudice écologique constitue « une atteinte non négligeable aux éléments et aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». On le voit, une définition resserrée à deux égards : eu égard, d'une part, à l'objet de l'atteinte qui doit porter sur les éléments et les fonctions des écosystèmes ou les bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ; cette atteinte devant, d'autre part, être non négligeable. Le contentieux permettra d'affiner cette définition, au gré de l'appréciation des juges, notamment quant au caractère non négligeable de l'atteinte. Voilà donc deux notions nouvellement consacrées, ORE, d'une part, préjudice écologique, d'autre part, devant permettre de favoriser la protection de l'environnement. Les termes du sujet ainsi définis ne sauraient à eux seuls épuiser la thématique qui nous a été confiée. Car un terme du sujet n'a pas encore été abordé, la conjonction de coordination ET. Il nous appartient en effet de faire lien entre les deux notions l'ORE et le préjudice écologique : de les mettre en rapport, de déterminer leur relation. Et à première vue, les deux notions n'entretiennent que peu de liens.

Formellement tout d'abord, l'une a eu les honneurs d'une codification dans le Code civil, 7 articles nouveaux y sont consacrés. L'autre a été codifiée en une seule disposition de façon plus clandestine : pour trouver l'ORE, il faut fouiller dans le Code de l'environnement, dans le livre 1^{er}, au sein du titre III relatif aux institutions, dans un chapitre 2 portant « dispositions communes à certaines institutions ». D'un point de vue substantiel, ensuite : là où l'ORE en appelle au volontariat, aux bonnes volontés contractuelles ; le préjudice écologique relève de l'impératif, il est de l'ordre de la contrainte : l'article 1246 du Code civil est explicite : « toute personne responsable d'un préjudice est tenue de le réparer ». Est-ce à dire que le seul rapport qu'entretienne l'ORE et le préjudice écologique est un rapport d'exclusion ? L'ORE serait étranger au préjudice écologique et réciproquement...

A la réflexion, une telle conclusion semble toutefois hâtive. Deux indices de rapprochements peuvent être relevés. D'abord, quant à la finalité de l'ORE, il est précisé dans le texte 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 » (art. L 132-3 C. envir.)... On n'est pas loin, dans le vocabulaire utilisé, de la finalité réparatrice. Quant aux acteurs de l'ORE, ensuite, le contrat formalisant l'ORE peut être conclu « avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement » (art. L 132-3 C. envir.)... Par ailleurs, au titre d'une action en réparation du préjudice écologique, le législateur mentionne comme ayant qualité et intérêt à agir notamment « l'Etat, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales ainsi que les établissements publics et certaines associations (...) qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement » (art. 1248 C. civ.). Ainsi, l'ORE et le préjudice écologique mobilisent les mêmes acteurs.

Formulons donc une hypothèse. L'ORE et le préjudice écologique pourraient entretenir un rapport de complémentarité fonctionnelle : l'ORE est un outil contractuel qui pourrait permettre le traitement juridique du préjudice écologique, tant dans une visée préventive, que curative. Il va s'en dire que si cela se révélait pertinent, le notariat aura nécessairement un rôle clé à jouer dans



la mesure où l'ORE prend la forme d'un acte authentique. Ceci étant dit, le dispositif ORE est encore nouveau et impose donc un travail de prospective... L'enjeu du propos alors sera simplement d'ouvrir des pistes de réflexion. Nécessairement, pour l'heure, nous ferons davantage état de questions que de réponses. En somme, puisque la matinée est consacrée à la découverte de l'ORE, pour envisager la relation de l'ORE et du préjudice écologique, je vous souhaite la « bienvenue en terre inconnue » !

Pour tenter d'explorer les liens entre l'ORE et le préjudice écologique, deux voies seront empruntées. Dans un premier temps, en se situant en amont du dommage, l'ORE pourrait être utilisé comme un outil de prévention du dommage environnemental. Dans un second temps, en se situant cette fois-ci en aval du dommage, l'ORE pourrait se révéler comme une modalité de réparation du préjudice écologique.

① l'ORE, comme outil de prévention du dommage environnemental (traitement ex-ante du dommage environnemental)

Revenons, tout d'abord, sur cet objectif de prévention du dommage environnemental ; avant de voir ensuite comment l'ORE pourrait participer à cet objectif.

L'objectif de prévention. « Mieux vaut prévenir que guérir » ! Cette expression de bon sens trouve un écho particulier pour les dommages environnementaux qui peuvent se révéler irréversibles. Plusieurs textes de droit de l'environnement font référence à cette exigence de prévention dont l'article 3 de la Charte de l'environnement : « *Toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences* ». Cette exigence de prévention se décline à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement en un « *principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable* ». La Loi biodiversité est venue en préciser sa concrétisation en intégrant dans le texte la séquence « éviter, réduire, compenser »¹⁵ : « *Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées* ».

Plusieurs mécanismes juridiques permettent de mettre en action cet objectif de prévention. La nécessité d'une évaluation environnementale avant l'autorisation de certains projets repose sur une logique préventive. Le régime décrit aux articles L. 122-1 et suivants exige l'établissement d'une étude d'impact par le maître d'ouvrage qui entend mettre en place un projet de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements. L'étude d'impact comporte notamment :

« b) Une description des incidences notables probables du projet sur l'environnement ;

c) Une description des caractéristiques du projet et des mesures envisagées pour éviter, les incidences négatives notables probables sur l'environnement, réduire celles qui ne peuvent être évitées et compenser celles qui ne peuvent être évitées ni réduites ». (art. L. 122-3 C. envir.). De même, la décision de l'autorité administrative portant autorisation du projet « précise les prescriptions que devra respecter le maître d'ouvrage » aux fins de maîtrise des conséquences environnementales de son projet. L'on retrouve ici le séquençage « Eviter, réduire, compenser » devant rendre effective la prévention.

La prévention est également au cœur du régime de responsabilité environnementale issue d'une directive de 2004 transposée en droit français par la loi du 1er août 2008 et son décret d'application du 23 avril 2009. Un volet "prévention" des dommages a été intégré dans le dispositif¹⁶. Ce régime spécial dit de responsabilité environnementale s'apparente à un régime de police administrative et doit être distingué des régimes classiques de responsabilité. En effet, dans ce dispositif, il n'y a pas de victime d'un préjudice titulaire d'une action en réparation. Au contraire, l'autorité

.....
15. M. LUCAS, « Le contrat au service de la compensation écologique », *Énergie - Environnement - Infrastructures* n° 6, Juin 2017, dossier 11.

16. Sur ce thème, V., Ch. CANS (Dir.), *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, préf. G. VINEY, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009.



administrative compétente va prescrire au maître d'ouvrage des mesures de prévention et/ou de réparation du dommage environnemental. Cette différence de nature apparaît en substance à l'article L. 162-2 C. envir. qui précise bien qu'« Une personne victime d'un préjudice résultant d'un dommage environnemental ou d'une menace imminente d'un tel dommage ne peut en demander réparation sur le fondement du présent titre ». La victime devra se tourner vers un régime de responsabilité de droit commun. Et précisément, désormais, le régime de réparation du préjudice écologique codifié dans le Code civil, prévoit lui aussi des mesures de prévention du dommage environnemental. Deux dispositions en ce sens : l'article 1251 C. civ. dispose qu'est un préjudice réparable « les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, pour éviter son aggravation ou pour en réduire les conséquences » ; l'article 1252 ajoute que le juge « peut prescrire les mesures raisonnables propres à éviter ou faire cesser le dommage ». Dès que le dommage environnemental est sur le point de se réaliser, ces mesures incitent à l'action préventive.

Après avoir ciblé l'objectif de prévention, qui on le voit s'intègre dans un dispositif complexe mêlant police administrative et responsabilité civile, reste ensuite, à déployer le nouvel outil. Au regard de ces déclinaisons multiples de l'objectif de prévention des dommages environnementaux, comment pourrait être utilisée l'ORE ?

La contribution de l'ORE. La Loi biodiversité donne déjà un élément de réponse explicite ! En effet, il est prévu que « Les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation » (Art. L. 132-3 al. 2 C. envir.). La compensation peut notamment se présenter *ex-ante*¹⁷. Celle-ci se prévoit dès l'étude d'impact, à un moment donc où le dommage est simplement prévisible. Elle compense alors – pour reprendre les mots d'un auteur - « un dommage futur accepté dans le cadre d'une mise en balance des intérêts »¹⁸, d'un bilan coût-avantage du projet, afin précisément que le dommage ne se réalise ou, au moins, en limiter l'impact environnemental négatif. La loi biodiversité est venue préciser ses modalités qui doivent viser à « compenser, dans le respect de leur équivalence écologique, les atteintes prévues ou prévisibles à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet de travaux (...) ». Ces obligations de compensation doivent « être effectives pendant toute la durée de l'atteinte ». Elles pourraient ainsi prendre la forme de la conclusion d'une obligation réelle environnementale imposant des obligations de faire ou de ne pas faire au maître d'ouvrage pendant toute la durée d'exécution du projet. D'autres utilisations de l'ORE pourraient être imaginées...¹⁹ Par exemple, dans le cadre d'une action judiciaire, l'ORE pourrait-elle être envisagée comme une « mesure raisonnable propre à éviter ou faire cesser le dommage environnemental » prononcée par le juge ? Je vous avais prévenu ; à ce stade, il y a davantage de questions que de réponses ! Ce constat se prolonge en se plaçant, dans un second temps, cette fois-ci *ex-post*, après la réalisation du dommage, en vue de réparer le préjudice écologique.

② l'ORE, comme modalité de réparation du préjudice écologique (traitement *ex-post* du préjudice écologique)

Comme précédemment, quelques mots d'abord sur l'objectif de réparation, pour ensuite tenter de déterminer comment l'ORE pourrait être mise au service de cet objectif.

L'objectif de réparation. L'objectif de réparation doit être poursuivi dès lors que le dommage n'a pu être évité au terme de la prévention. Cet objectif apparaît clairement dans les textes. Pour preuve, le chapitre 3, nouveau, du Code civil issu de la Loi *biodiversité* s'intitule « réparation du préjudice écologique », à côté de la responsabilité extracontractuelle en général et de la responsabilité du fait des produits défectueux. En outre, un arrêt récent du 24 janvier 2019 de la Cour européenne des droits de l'Homme met en lumière l'importance de purger les conséquences préjudiciables pour l'environnement de certaines activités notamment industrielles²⁰. En l'espèce, la CEDH a été saisie par 180 habitants riverains d'une aciérie se plaignant de la pollution

.....
17. M. LUCAS, *Etude de la compensation écologique*, LGDJ, coll. « Thèses ; Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement », 2015 ; G. J. MARTIN, « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assumé », *RJE* 2016, p. 603.

18. M. LUCAS, th. précit.

19. G. J. MARTIN, « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », *Dr. envir.* 2016, 334.

20. CEDH 24 mars 2015, n° 43961/09, *Smalini c/ Italie* ; S. NADAUD et J.-P. MARGUENAUD, « La consécration européenne du droit à la dépollution », *D.* 2019, p. 674.



atmosphérique chronique imputée à cette usine. La Cour se livre à une audacieuse interprétation de l'article 8 de la Convention garantissant le droit au respect de la vie privée pour l'adapter aux exigences de la protection de l'environnement. Elle consacre un véritable droit à la dépollution de l'environnement contaminé, au profit des requérants résidant dans les communes identifiées par les autorités italiennes « à haut risque environnemental ». La Cour considère que cette situation de pollution environnementale, qui n'a que trop duré, a gravement porté atteinte à leur bien-être et leur vie privée. Elle enjoint aux autorités italiennes d'y remédier dans les plus brefs délais par l'exécution d'un plan environnemental. Consacrer un droit fondamental à la dépollution, c'est dire l'importance du traitement juridique des conséquences préjudiciables pour l'environnement des activités humaines, ici industrielles.

Avec la Loi *biodiversité*, le législateur français est venu préciser les modalités de réparation du préjudice écologique en prévoyant une hiérarchisation des remèdes. En priorité, la réparation doit s'opérer en nature. Et ce n'est « *qu'en cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, (que) le juge condamne le responsable à verser des dommages et intérêts* » (art. 1249 C. civ.). La particularité est que ceux-ci doivent être affectés à la réparation de l'environnement. Cette dérogation à la règle de non-affectation des dommages et intérêts se justifie par l'effectivité de la réparation du préjudice écologique pur. D'ailleurs, si le demandeur ne peut utilement utiliser l'indemnité pour « réparer l'environnement », les dommages et intérêts sont alloués à cette fin à l'Etat. Par ailleurs, afin d'articuler le régime spécial de responsabilité environnementale du Code de l'environnement et le droit commun, il est prévu que « *l'évaluation du préjudice tient compte, le cas échéant, des mesures de réparation déjà intervenues, en particulier, dans le cadre de la mise en œuvre (de la responsabilité environnementale)* » (art. 1249 al. 3. C. civ.) Le régime spécial développe en effet des modes de réparation précisément organisés : d'abord, une réparation primaire, puis une réparation complémentaire, accompagnés le cas échéant d'une réparation compensatoire (art. L 162-6 et s. C. envir.). Ces mesures de réparation sont prescrites par l'autorité administrative au maître d'ouvrage tenu de les mettre en œuvre. Si tel est le cas, elles seront prises en compte dans l'évaluation du préjudice écologique.

La contribution de l'ORE. Reste à déterminer, ensuite, si l'obligation de réparation du préjudice écologique pourrait juridiquement prendre la forme d'une ORE. Opter pour une telle solution reviendrait à admettre une contractualisation de la réparation du préjudice écologique. C'est ce que proposent certains auteurs, en particulier, le Professeur Hautereau-Boutonnet²¹. L'auteur propose, en s'inspirant de solutions d'autres droits, notamment italien et chilien, de « *reconnaître l'existence d'un nouveau contrat, [baptisé : contrat de prévention et réparation du dommage environnemental] qui serait un contrat sur la solution matérielle du litige environnemental, imposant au responsable l'adoption de mesures de prévention ou réparation en nature d'une atteinte à l'environnement – directement ou indirectement par l'affectation de dommages-intérêts* ». Le contenu de ce contrat judiciairement formé organiserait les modalités de la réparation²². Dans cette optique, il pourrait être intéressant d'exploiter l'obligation réelle environnementale aux fins de réparation.

Conclusion. En définitive et pour conclure, sans être le remède miracle, l'ORE pourrait permettre un traitement du dommage environnemental à la fois *ex-ante* et *ex-post* en s'insérant dans des rouages plus généraux, parfois complexes, notamment de police administrative, articuler autour de ces objectifs complémentaires de prévention et de réparation. L'ORE paraît présenter certaines virtualités en ce sens... Malgré tout, on sait bien que l'outil n'est pas l'œuvre. Alors place à la pratique seule à même d'en révéler toutes les virtuosités !

.....

21. M. HAUTEREAU-BOUTONNET, « Le contrat de prévention et réparation du dommage environnemental », *Énergie – Env. – Infrastr.* Avril 2019, dossier 8.

22. A. ENGEL-CREACH, *Les contrats judiciairement formés*, préf. A. Bénabent, *Economica*, coll. « recherche juridique », 2002.

