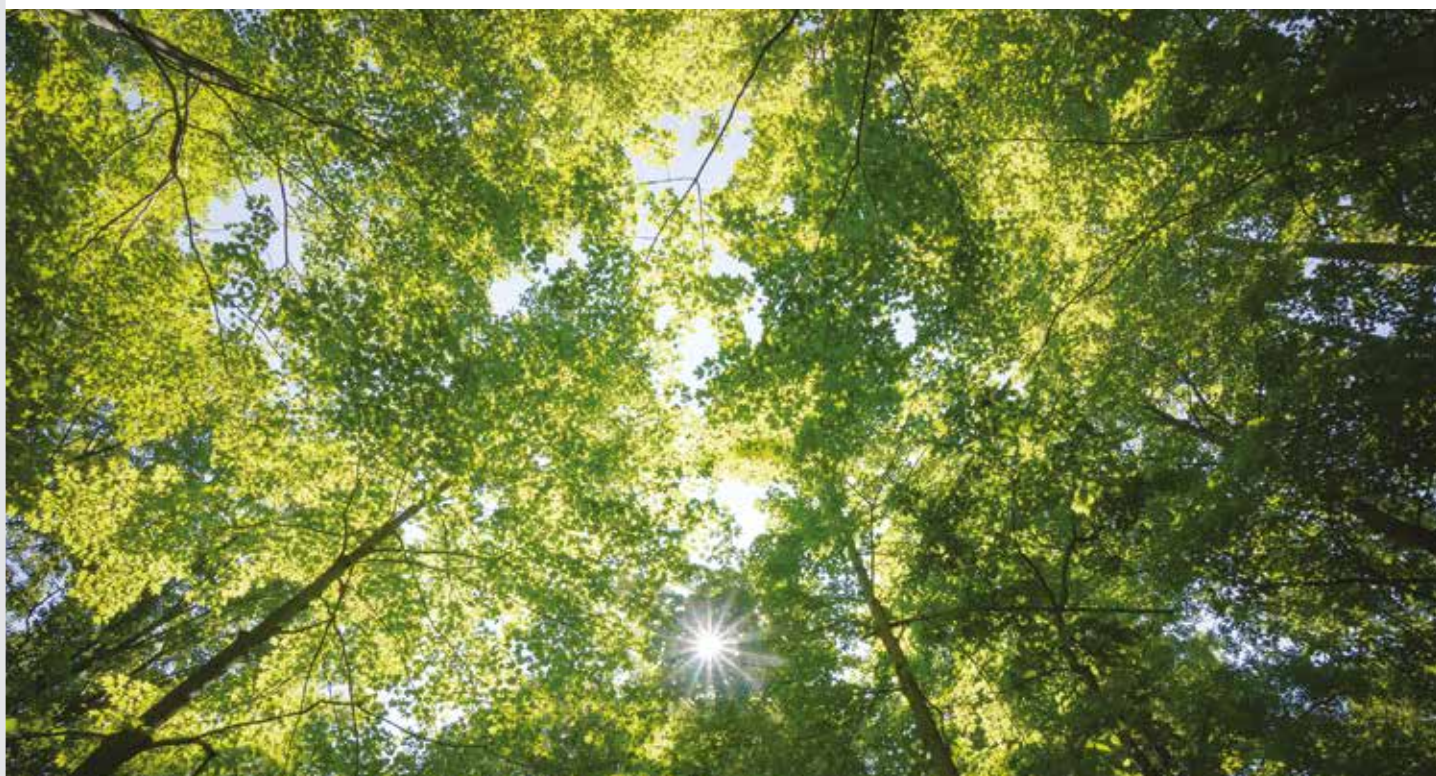


DROITS RÉELS AU PROFIT DE LA BIODIVERSITÉ :

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

Il existe une littérature abondante consacrée à l'émergence et à la description du concept de service écosystémique depuis que celui-ci est apparu dans le Millenium Ecosystem Assessment de 2005, lequel assimilait les services en question à des « contributions au bien-être humain » ou encore aux « bénéfices que les humains tirent des écosystèmes ». Partant du principe qu'une meilleure connaissance de ces services écosystémiques est un préalable à leur maintien ou à leur restauration, de nombreux travaux aux niveaux national et européen s'attachent aujourd'hui à les évaluer tant sur le plan physique qu'économique, voire à les cartographier. Ce mouvement participe à une cristallisation des consciences et à une meilleure prise en compte par les décideurs des enjeux posés par l'érosion constante de la biodiversité. Il faut convenir néanmoins qu'il ne permet pas de lever les obstacles pratiques dressés sur la voie de l'intégration des valeurs de la biodiversité et des services écosystémiques au cœur de la prise de décision des acteurs.

C'est là qu'entre en jeu la notion de paiements pour services environnementaux (PSE). Le principe de l'instrument est basé sur la rémunération contractuelle d'acteurs moyennant le maintien ou la restauration effective, par ces derniers, d'un ou plusieurs services écosystémiques préalablement identifiés. Le dispositif consiste ainsi à mettre en relation, d'un côté, des acteurs en position d'agir sur les caractéristiques quantitatives ou qualitatives des services écosystémiques, et, de l'autre des bénéficiaires desdits services, c'est-à-dire des acteurs dont l'activité dépend de leur disponibilité. L'objectif des PSE est triple en matière environnementale : faire converger la prise de décision individuelle avec les préoccupations d'usage collectif, favoriser les solutions préventives face aux solutions curatives et faire financer l'action par ceux qui bénéficient, consomment ou utilisent la nature pour leurs activités.

La terminologie est ici essentielle. Si les services écosystémiques ont pour fondement sous-jacent le

fonctionnement des écosystèmes et reposent sur des dynamiques non-appropriables, qualifiées de fonctionnalités écologiques comme l'épuration de l'air ou la fertilité des sols, les services environnementaux peuvent quand à eux être définis comme des services que les hommes se rendent entre eux par l'entremise des écosystèmes et des milieux qu'il gèrent, protègent ou restaurent. Autrement dit, ce qu'il s'agit de rémunérer dans le cadre des PSE est essentiellement une action de l'Homme, contribuant à maintenir ou à restaurer des services écosystémiques,

La réflexion autour des PSE a fait l'objet de travaux analytiques importants, à caractère essentiellement économique, qui ont porté à la fois sur la question incontournable de la valorisation des services écosystémiques et sur des questionnements relatifs à la nature, au périmètre et à l'objet de ces paiements, de même encore qu'à leur relation au marché, et aux arbitrages à réaliser, dans ce contexte, entre des objectifs d'efficacité et d'équité.

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**.

La pensée économique, sur ce plan, a pris de l'avance sur la réflexion juridique qui semble accuser comparativement un déficit analytique assez net. Or, lorsqu'on s'avise de penser la préservation des services écosystémiques dans les territoires, on est très vite confronté au rôle incontournable du propriétaire foncier. Dans la mesure où c'est ce propriétaire qui est le mieux placé pour agir concrètement sur le foncier support de biodiversité, on ne peut soulever la question des PSE sans interroger d'emblée son rôle, et plus généralement l'institution même de la propriété. Ce faisant, il importe d'examiner les possibilités qu'offre le droit pour amener ce propriétaire à maintenir ou restaurer les services écosystémiques rendus sur sa parcelle, ce qui revient à examiner l'apport possible du droit en tant que prescripteur de méthodes au service des PSE. C'est l'objet de la présente étude que de contribuer à combler cette lacune, en orientant la réflexion vers l'ouverture d'une boîte à outils allant des pistes les plus immédiatement praticables jusqu'aux outils prospectifs ou de plus long terme.

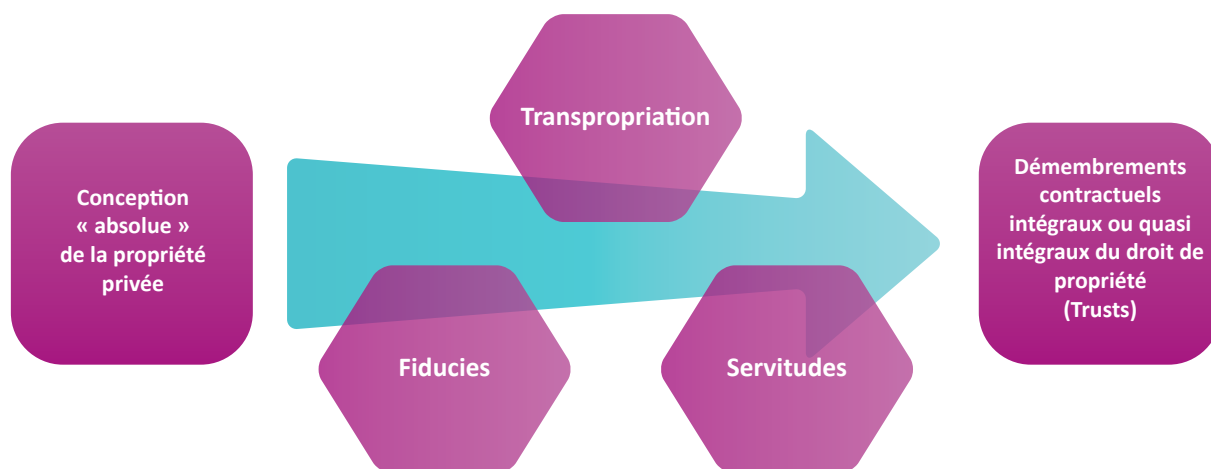
Schématiquement, les modalités juridiques et pratiques de paiement pour services environnementaux peuvent emprunter deux voies principales : à savoir le démembrement du droit de propriété (y compris sous la forme de la fiducie foncière environnementale ou de la transpropriation,) d'un côté, et le développement des droits réels assimilables dans une large mesure à la catégorie juridique des servitudes, de l'autre.

Démembrement de la propriété, fiducie foncière et « transpropriation »

S'il est opportun d'associer ces mécanismes, c'est parce que leur articulation compose une sorte de « continuum » qui va des solutions les plus typiquement françaises, fondées sur la conception volontiers absolutiste de la propriété que consacre le Code civil français, jusqu'aux démembrements contractuels les plus radicaux, qu'illustre plutôt l'institution anglo-saxonne du trust. Dans le même temps, ce continuum s'incarne aussi dans une évolution historique qui ne paraît pas achevée aujourd'hui, mais qui explique dans une large mesure les réticences qu'éprouvent les acteurs du foncier – notamment les agriculteurs – à l'égard de certains outils.



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...).

L'article 544 du Code civil, qui voit dans la propriété la capacité de « jouir et (de) disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou les règlements », s'inscrit dans un paysage plus complexe dominé par la distinction entre les droits réels (attaché à une chose) et les droits personnels (attachés à une personne). La propriété peut cependant se trouver « démembrée » selon, notamment, les trois attributs traditionnels que sont l'usus, le fructus et l'abusus, dont le bénéficiaire compose précisément des droits réels assez familiers : par exemple l'usufruit pour la capacité de jouir du bien (usus).

Cette idée de démembrement du droit de propriété a abouti, au travers d'évolutions historiques fortement différenciées, à des solutions sensiblement différentes dans les pays européens de tradition romano-germanique et dans les pays anglo-saxons. En France, par exemple, on considère généralement que la capacité de démembrer la propriété revient au propriétaire lui-même, tandis que le monde anglo-saxon admet de longue date que ces démembrements puissent être opérés, « de l'extérieur », au moyen d'un arrangement contractuel conclu avec des tiers. La sortie progressive (et non pas brutale) des institutions féodales d'ancien régime est ici l'élément structurant : elle n'a pas suscité les mêmes solutions en France, en Angleterre ou en Allemagne. L'institution du trust, par laquelle un « constituant » confie un bien en gestion à un « gérant » (trustee) au profit d'un bénéficiaire,

est une solution typiquement anglo-saxonne que le législateur français n'a intégrée que très tardivement, en 2007, et uniquement à ce stade dans les domaines de la finance et des assurances. Elle offre pourtant des solutions possibles en matière de mise en œuvre de PSE. Il conviendrait pour ce faire de développer les fiducies foncières environnementales, d'ores et déjà familières dans le paysage anglo-saxon (sous la forme des « land conservancies ») et qui offrent en outre l'avantage d'être bien adaptées à l'évolution de la propriété foncière. Ces fiducies foncières environnementales permettraient d'imaginer qu'un terrain appartenant à un propriétaire-fiduciant (ou un droit sur ce terrain) soit confié par celui-ci à un gérant dont la nature peut être variable (conservatoire d'espaces naturels, association, fondation, acteurs privés...), ce dernier devant respecter un cahier des charges visant par exemple à garantir le maintien, pour une durée déterminée, de services écosystémiques explicitement désignés. Dans ce cas, le bénéficiaire pourrait être le propriétaire lui-même et/ou un autre acteur (collectivité, entreprise...).

Une autre solution est offerte par la notion de transpropriation qui offre en quelque sorte la promesse d'une méthode. Celle-ci se fonde sur la notion de patrimoine, consacrée en droit civil, et qui présente la triple caractéristique d'être fongible, transgénérationnelle, et plastique, en ce sens par exemple que l'on peut parler de patrimoine intellectuel, naturel ou culturel. Or, précisément, l'importance de la notion

de patrimoine a permis de dégager, en matière de protection du patrimoine culturel, des solutions originales consistant à superposer sur un même bien des régimes juridiques différents au profit de personnes également différentes, pouvant revendiquer des droits distincts sur le bien en question : le posséder, le visiter, l'entretenir, y avoir accès... Pour ce qui concerne différents types de biens, dont les monuments historiques, on admet de même qu'une propriété privée peut également faire partie d'un patrimoine commun. Le développement initial du droit de l'environnement, au travers des lois sur la protection des sites et des monuments, semblait devoir emprunter ces pistes, qui ne furent cependant pas exploitées à leur juste valeur. Car outre la préservation du patrimoine historique et des monuments, la transpropriation trouve à s'appliquer en matière d'archéologie, de mise à disposition des code-sources informatiques, ou des médicaments essentiels ; la biodiversité et les services écosystémiques pourraient donc, demain, bénéficier de cette même construction.

Servitudes et droits réels : savoir adapter l'existant

Au contraire des mécanismes évoqués précédemment, les droits réels démembrés sous forme de servitudes sont déjà consacrés par la législation, mais doivent être mieux adaptés à la finalité que constitue la préservation de l'environnement et des services écosystémiques. C'est d'ailleurs l'un des objectifs de la loi-cadre sur la biodiversité devant être soumise au parlement au cours de l'été 2014.

La servitude n'est autre qu'un ensemble de contraintes ou d'obligations comportementales pesant non pas sur une personne, mais sur un bien. Ces obligations font l'objet de mesures de publicité (typiquement, l'inscription hypothécaire) et s'imposent pour une durée préalablement prescrite aux ayant-droits et propriétaires successifs du bien grevé. Il y a là une distinction fondamentale à opérer entre deux dispositifs, à savoir :

→ La servitude conventionnelle de droit privé ou « du fait de l'Homme », consacrée dès 1804 par le Code civil, dont la philosophie fondamentale consiste à supposer que la servitude vient grever un bien (le fonds servant) au profit d'un autre bien



(le fonds dominant) sur la base d'un arrangement convenu entre les deux propriétaires. Le principe en est décrit à l'article 637 du Code civil, tandis que sa nature contractuelle est évoquée à l'article 686, cette dichotomie incitant à distinguer la servitude en tant qu'institution juridique d'un côté, et l'acte qui la contient ou la formalise de l'autre (le contrat).

→ La servitude d'utilité publique, qui relève fort logiquement du droit public, et qui constitue une servitude « imposée » très proche dans la pratique des mesures réglementaires ou des mesures de police de facture plus classique. Les servitudes de cette sorte sont toujours employées dans le cadre d'un zonage précis, et ne sont théoriquement pas susceptibles de compensation financière.

Des perspectives de développement intéressantes existent dans ces deux directions, quoique la première soit à l'évidence plus praticable dans un premier temps. La loi sur la biodiversité devrait ainsi consacrer des « obligations réelles » négociées, ayant pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'« éléments de la biodiversité ou de services écosystémiques ». Ce dispositif permettrait concrètement au propriétaire d'un terrain de convenir d'obligations comportementales avec un cocontractant qui pourrait être une collectivité, une association agréée, un établissement public ou tout autre propriétaire privé. Ces obligations négociées pourraient porter sur l'intégralité du terrain ou de l'exploitation, ou ne porter que sur un élément particulier de la biodiversité ou du paysage. Cette mesure a déjà été envisagée à plusieurs reprises par le passé, notamment à partir de 1994 dans le contexte du Congrès des Notaires de France, avant d'être évoquée dans divers rapports parlementaires ; aussi son inscription dans la loi, après deux décennies de réflexions et d'atermoiements, constituerait-elle une étape d'importance.

Encore faut-il être conscient des implications et des défis soulevés par cette nouvelle sorte de « droits réels environnementaux ». Certaines de ces difficultés tiennent aux insuffisances traditionnelles de la rédaction du Code civil, qui par exemple excluait les obligations comportementales positives (de faire) au profit de simples obligations d'abstentions. Cette circonstance oblige aujourd'hui à se poser la question d'un cahier des charges-type ou d'une liste d'actions à entreprendre pour préserver les services écosystémiques, liste d'actions qui devra idéalement être évolutive et susceptible d'ajustements. D'autres facteurs tiennent à l'articulation de ces arrangements

avec le tissu contractuel existant, qui structure dans une large mesure le paysage de la propriété foncière rurale. La question de bail rural est ici incontournable, mais s'y ajoutent aussi d'autres contrats préexistants, comme les contrats d'intégration conclus entre les entreprises agroalimentaires et leurs fournisseurs-exploitants. C'est dans ce paysage complexe que les nouvelles servitudes environnementales devront trouver place.

Une autre possibilité pourrait consister à consacrer la notion de servitude d'utilité publique environnementale, en édictant des mesures contraignantes pour les propriétaires, mais avec l'idée de poursuivre une finalité d'intérêt général environnemental. Pour l'heure, les servitudes d'utilité publique les plus susceptibles de servir de modèles à cette construction existent dans les domaines de la prévention des risques naturels ou technologiques ou bien encore dans le domaine de la protection des captages d'eau. Il n'existe pas de servitude d'utilité publique dédiée à la poursuite d'un objectif environnemental « généraliste », bien que cet objectif soit qualifié d'« intérêt général » par le Code de l'environnement. Là encore, la loi sur la biodiversité pourrait comporter une innovation sous la forme d'un zonage de conservation dédié à la protection d'espèces menacées, protégées ou présentant un intérêt scientifique particulier, dans les cas où l'habitat desdites espèces serait fortement dégradé. La contribution de cet outil à la préservation des services écosystémiques est moins manifeste, mais mérite d'être examinée plus avant.

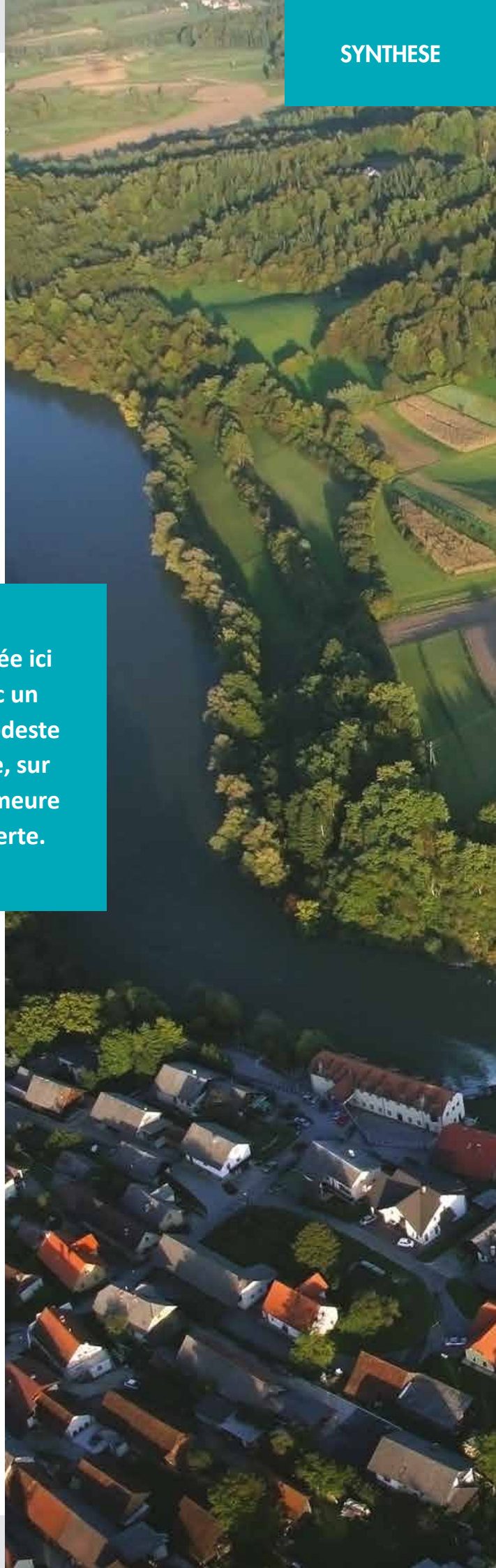
La profondeur de la distinction entre ces deux outils – droits réels négociés d'un côté, « d'utilité publique » de l'autre – ne doit pas être exagérée, pour la double raison qu'ils entretiennent entre eux des mouvements de « balancier » parfois subtils, et qu'il existe en pratique quelques solutions hybrides qui empruntent à ces deux solutions (comme les anciens droits coutumiers, ou les restrictions d'usages conventionnels).

Les deux types de servitude ont en commun la nécessité de penser les modalités de leur rémunération ou compensation financière. Un contrat traduisant la mise en place de droits réels négociés, eux-mêmes traduits par des contraintes comportementales et éventuellement des manques à gagner, peut prévoir des modalités de rémunération au profit du propriétaire concerné. Cette rémunération, dans l'absolu, peut prendre diverses formes. Elle peut être « négative » s'il s'agit de consentir des avantages fiscaux, en s'attachant aux caractères de la fiscalité

applicable au domaine non-bâti et à la circonstance que, de manière générale, la propriété foncière présente sur le long terme une rentabilité très faible, voire nulle. Elle peut aussi être « positive », par octroi d'une somme qui, idéalement, ne devra pas être versée en une fois, mais sur une base pérenne. Le cas des servitudes environnementales d'utilité publique est ici particulier en raison du principe de non-indemnisation qui s'y attache en vertu du Code de l'urbanisme (art L 160-5). Mais une jurisprudence complexe montre que ce principe n'est pas sans limite et qu'il peut être contourné. En tout état de cause, cette question de la rémunération conditionne dans une large mesure l'acceptabilité de ces mesures et ne saurait être négligée. L'étude ouvre ou détaille quelques pistes à ce sujet.

Les démembrements de la propriété, la fiducie foncière environnementale, la transpropriation et les servitudes sont autant de pistes sur lesquelles il importe assurément de faire le point mais qui, dans le même temps, présentent une forte hétérogénéité. Celle-ci s'exprime tant à l'égard du degré de maturité respectif de ces outils, tantôt opérationnels tantôt prospectifs, qu'au regard de leur acceptabilité elle-même variable. Elle s'exprime également à travers l'ampleur des ajustements normatifs à effectuer pour les mettre en œuvre. En outre, il faut convenir que la description de ces instruments n'épuise pas le sujet : des réflexions sur le rôle de la jurisprudence, sur le préjudice écologique, sur la finalité « stratégique » des outils décrits ou encore sur leur articulation avec la politique agricole commune (PAC) composent autant d'entrées sur lesquelles le droit a son mot à dire. Il en va de même avec la difficile question du contrôle des actions destinées à préserver les services écosystémiques, et des pouvoirs de police qui trouveraient à s'exercer, en l'occurrence, sur des terrains restant entre les mains de leurs propriétaires respectifs.

L'étude présentée ici constitue donc un premier pas, modeste mais nécessaire, sur une voie qui demeure largement ouverte.



- 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.

MISSION
ÉCONOMIE
DE LA BIODIVERSITÉ

GROUPE
Caisse
des Dépôts



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