

Forces et perspectives des politiques contractuelles de l'environnement (Approche juridique de l'intendance du territoire)¹

Benoît Grimonprez
Maître de conférences à l'Université

Dire *d'où l'on parle* est une étape essentielle du discours. Pour bien comprendre le sens de ces développements, il faut savoir qu'ils sortent de la bouche d'un juriste, de droit privé, passé du droit des contrats au droit rural, et converti au droit de l'environnement. Pareil itinéraire dicte, au moins inconsciemment, une certaine approche du sujet débattu.

Quel peut bien être le discours du droit sur l'intendance du territoire ? Il faut d'emblée préciser que le concept n'est pas dans le langage juridique. Nulle part dans les textes, ou dans la doctrine, on ne fait référence à l'intendance du territoire. D'après ses promoteurs, il s'agit des pratiques, volontaires et responsables, de toutes les parties prenantes (*stakeholders*) en faveur de la préservation de la nature et de la biodiversité. C'est un peu l'équivalent de la « responsabilité sociale des entreprises »², mais transposée au territoire. Ainsi l'intendance se présente comme une voie émergente citoyenne et alternative aux dispositifs classiques, surtout régaliens. Elle est même, quelque part, une réaction contre le droit étatique, ou du moins ses excès, ses défauts ; tout comme l'homéopathie ou les médecines douces le sont à l'égard de la médecine allopathique. D'où les premières interrogations : le droit n'est-il pas fondamentalement étranger à l'intendance ? Et a-t-il vocation à bénir des pratiques qui, plus ou moins directement, désirent échapper à son magistère ?

On le devine cependant, l'intendance territoriale ne peut échapper à l'empire du droit si elle veut s'épanouir. L'époque veut qu'on est hors-la-loi ou dans la loi³ ! Le premier impératif est alors de donner à cette démarche une légitimité juridique (I). Or vu le nombre déjà colossal de dispositifs de protection de l'environnement, on peut se demander s'il est opportun d'en ajouter. La réponse est positive, si l'intendance corrige et améliore le système existant, si elle libère les énergies, porte l'imagination au pouvoir et redonne aux hommes la clé des champs. Second impératif : la fin, une fois reconnue, doit justifier les moyens (II). C'est encore au droit d'offrir les outils de cette autre technique de préservation des milieux naturels : certains moyens existent déjà et peuvent être réveillés ; d'autres peuvent être rêvés.

I. La légitimité de l'intendance du territoire

L'intendance du territoire est, en France, un mouvement qui veut s'affranchir d'un certain droit, qui a jusque-là saturé l'espace écologique. Mais il s'agit, aussi et surtout, d'un ordre juridique alternatif, porteur de nouvelles promesses.

¹ Le style oral de l'intervention a globalement été conservé.

² *Responsabilité sociale des entreprises. Regards croisés Droit et gestion*, sous la dir. De F.-G. Trébulle, Economica, 2011.

³ F. Ost, *La nature hors la loi, l'écologie à l'épreuve du droit*, Ed. La découverte, 2003.

A. L'intendance : un contre-ordre normatif

L'intérêt de l'intendance ne se comprend que par rapport au système normatif actuel. La préservation du patrimoine écologique ne souffre pas d'un déficit de règles, bien au contraire. Depuis la première loi sur les sites protégés de 1906, de nombreux textes et dispositifs de protection ont grossi la taille des Codes⁴. Plusieurs ont été frappés d'obésité : le Code de l'environnement, le Code de l'urbanisme, sans oublier le Code rural.

Cette politique environnementale a très largement pris la forme réglementaire. Le législateur n'a cessé d'imposer aux propriétaires fonciers des contraintes administratives qui limitent leur droit d'user, de jouir et de disposer de leurs biens. Il est vrai que face aux dérives de l'individualisme et de la propriété privée, l'Etat et ses services ont longtemps été vus comme les seuls garants du respect de la Nature. Chaque site toutefois est différent et ne nécessite pas les mêmes actions. C'est la raison pour laquelle la loi a découpé le territoire en zones pour ensuite planifier leur gestion. Des aires géographiques ayant un intérêt écologique particulier ont donc été soumises à des contraintes spécifiques. Généralement les périmètres sont grevés de servitudes qui interdisent ou réglementent les travaux, installations, activités. Les exemples de cette politique juridique sont légions, en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement. Au fil des lois, les zonages ou classements se sont terriblement accumulés : citons les zones agricoles protégées ; les sites inscrits ou classés ; les réserves naturelles ; les parcs naturels régionaux et les parcs nationaux ; les arrêtés de protection de biotopes ; les espaces naturels sensibles etc... La plupart de ces dispositifs charrient des servitudes d'utilité publique qui amputent les droits des propriétaires et des fermiers.

Il ne s'agit pas de remettre en cause ces mesures et leurs mérites. En interdisant l'urbanisation et les activités polluantes, elles ont permis de sauver des sites remarquables par leur beauté et leur richesse écologique. L'intérêt de ces contraintes réglementaires est leur opposabilité à tous, sans dérogations possibles. Elles sont donc particulièrement efficaces en termes de protection.

Il n'empêche que la méthode comporte de sérieux inconvénients pratiques. Déjà le processus de classement des zones est relativement long et lourd. Il n'est pas adapté à des territoires limités et ne permet pas, non plus, de reconstituer des réseaux écologiques comme le voudraient les trames vertes et bleues. On dénonce aussi souvent le manque de participation des propriétaires concernés qui ont l'impression de subir ces contraintes, sans compensation. L'indemnisation en effet des servitudes environnementales publiques est très loin d'être acquise : elle dépend à vrai dire de chaque dispositif. En plus, une servitude administrative est essentiellement prohibitive (ne pas faire) : elle ne peut pas imposer à un propriétaire des actions positives en vue de restaurer un site.

Enfin, l'absence de coordination des dispositifs et leur superposition sur un

⁴ B. Grimonprez, « Protection des terres agricoles : des mesures sans effet ? », Bull. Dictionnaire permanent *Entreprise agricole*, décembre 2011, p. 1.

même espace rend le droit foncier inextricable⁵. Les praticiens, notamment en cas de mutations immobilières, ont le plus grand mal à recenser toutes les servitudes ! Par exemple, un même espace peut être déclaré en zone humide, faire l'objet d'un arrêté de biotope, être inscrit dans le réseau Natura 2000, appartenir à une zone stratégique pour la gestion de l'eau ou à une zone vulnérable ! Et puis il se trouve des espaces – moins prestigieux – qui sont vierges de tous ces dispositifs et qui méritent néanmoins protection. Alors, avant un hypothétique « choc de simplification », il paraît nécessaire de s'engager dans des voies alternatives, telle l'intendance.

B. L'intendance : un ordre alter-normatif

L'intendance est un remède aux abus du droit – administratif pour l'essentiel. Elle s'inspire d'une autre logique, moins implacable, et plus négociée. Elle cherche à davantage impliquer les parties prenantes : institutions, propriétaires, agriculteurs, associations. A la décision unilatérale, elle substitue la coopération ; à la démarche verticale, la démarche horizontale. Dans un océan de contraintes, les contrats apparaissent comme des îlots de liberté.

Le droit n'est pas, par essence, hostile à ce type d'approche. Il redécouvre même ses vertus à travers un certain nombre de politiques contractuelles. Le mouvement se généralise, y compris pour la protection des espaces⁶. Les contrats s'enrichissent aujourd'hui d'objectifs écologiques, devenant une méthode, à part entière, de régulation de l'environnement⁷.

Rassurons les « contracto-sceptiques », il ne s'agit pas là d'un retour à la loi de la jungle, mais à la loi des parties. Le contrat est un authentique instrument normatif : il crée entre les signataires un corps de règles ayant la même force que la loi. Tout son intérêt réside dans son caractère volontariste et sa souplesse d'utilisation qui font qu'il s'adapte aux territoires, aux acteurs, aux types d'activités : on le garnit du contenu voulu. Le consentement de celui qui s'oblige est aussi un facteur d'adhésion et de respect de l'ordre public écologique, lequel n'est plus vu uniquement comme punitif. Enfin, parce qu'elle est acceptée, la contrainte peut prendre une dimension positive : l'engagement peut être de « faire », donc aller au-delà de la simple réglementation.

Malgré ses perspectives, la démarche conventionnelle ne saurait remplacer le droit dit « dur ». A défaut de toujours convaincre, il reste utile de pouvoir imposer la règle aux récalcitrants. L'intendance doit venir en complément et se diffuser partout où elle est pertinente. Alors seulement on pourra espérer une déflation législative. Mais le plus difficile finalement n'est peut-être pas de s'entendre sur les objectifs ; c'est surtout de s'en donner les moyens.

⁵ Discours du Premier ministre, 15 sept. 2012 : annonçant une simplification du droit de l'environnement.

⁶ C. Giraudel, « Un phénomène nouveau : le développement des conventions et du partenariat de droit privé », in *La protection des espaces naturels*, PULIM, 2000, p. 13 et s. ; F.-G. Trébulle, « Les mutations de la norme en droit de l'environnement », in *Les mutations de la norme. Le renouvellement des sources du droit*, Economica, 2011, p. 211 et s.

⁷ M. Boutonnet, « L'efficacité environnementale du contrat », in *L'efficacité du droit de l'environnement*, Dalloz, 2010, p. 34.

II. Les moyens de l'intendance du territoire

Le choix des moyens est capital. Les conventions doivent être efficaces, au moins autant que la règle générale. Si les stratégies foncières sont plurielles, deux grandes approches ressortent pour orchestrer l'intendance. La première est basée sur la maîtrise foncière : c'est-à-dire l'acquisition de la propriété des sites à protéger. La seconde passe par la maîtrise d'usage : c'est-à-dire le contrôle de la manière dont un milieu naturel est exploité. Chacune a ses avantages et ses lacunes, même si c'est du côté de l'usage que les possibilités sont les plus grandes.

A. La maîtrise foncière

La conquête de l'espace est un moyen de sauvegarder les zones sensibles. L'idée, en vogue chez les économistes, est que la propriété est un vecteur de protection de l'environnement. Grâce à la constitution de réserves foncières, un gestionnaire d'espace naturel peut espérer développer une véritable gouvernance écologique.

La stratégie est déjà déployée par beaucoup d'acteurs, dont les conservatoires d'espaces naturels. La loi investit même officiellement certaines institutions d'une mission d'acquisition foncière : le Conservatoire de l'espace littoral, les départements sur les espaces naturels sensibles, les SAFER pour les terres à usage agricole, les agences de l'eau dans les zones humides⁸. Reste que malgré son ambition, la maîtrise foncière se heurte à une double difficulté.

La première est l'accession au foncier. L'obstacle est financier : car l'agent qui se rend acquéreur doit payer le prix de la mutation, ce qui suppose d'importantes ressources⁹. L'obstacle est matériel aussi : il faut qu'un propriétaire veuille vendre (sauf à l'exproprier) et qu'on puisse court-circuiter le marché foncier. Des instruments spéciaux, comme le droit de préemption, sont alors nécessaires pour s'emparer des biens. Outre que ces dispositifs ne sont pas toujours parfaits juridiquement, ils sont violents et source de conflits.

La seconde difficulté est de gérer l'espace acquis. L'agent propriétaire peut, soit le rétrocéder avec cahier des charges (SAFER), soit en confier la mise en valeur à un tiers (par ex. un agriculteur). Or les conventions de gestion sont loin de toutes avoir la même nature. Certaines sont clairement des baux ruraux (donc des contrats de droit privé), avec la possibilité d'y inscrire des clauses environnementales. D'autres sont au contraire des contrats administratifs, dotés d'un régime exorbitant (peu protecteur des exploitants). Tout dépend de la qualité des espaces et des personnes propriétaires : en présence d'une personne publique, le contrat de conservation diffère selon que les biens font partie de son domaine privé ou de son domaine public ; aucun bail rural en effet ne peut être conclu sur des surfaces affectées à l'usage du public.

⁸ Sur la maîtrise foncière des agences de l'eau : B. Grimonprez, « Agriculture et zones humides : un droit entre deux eaux », Revue de droit rural mai 2011, Etude, 5.

⁹ Le conservatoire du littoral est actuellement confronté au problème : Référé de la Cour des comptes, 28 janv. 2013.

La maîtrise foncière est une stratégie utile, mais souvent longue et complexe à mettre en œuvre. Elle suppose de multiplier les opérations juridiques (acquisition + mise à disposition) ; d'où plus d'obstacles et de risques de contentieux. Il paraît donc parfois plus simple de s'assurer la maîtrise de l'usage des terres.

B. La maîtrise d'usage

Par ce moyen, le gestionnaire du patrimoine naturel ne s'arroge pas la maîtrise de l'espace, mais la maîtrise de son exploitation¹⁰. Le plus courant, pour cela, est de faire souscrire aux occupants des lieux des engagements environnementaux. Sur le long terme toutefois, la stratégie foncière n'est sécurisée que si l'on atteint le bien lui-même¹¹.

1°) Les engagements personnels

On peut distinguer deux sortes de contrats obligeant les personnes à prendre soin de la nature : les contrats conclus entre personnes privées dans un but environnemental et les contrats passés avec l'Etat.

Bail rural environnemental. Dans la première catégorie, on trouve naturellement le bail rural¹², figure quasi-imposée quand les espaces concernés accueillent des activités agricoles. Depuis la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006, le bail rural peut être enrichi de clauses environnementales dont la liste est prévue par décret (C. rur. et pêche mar., art. L. 411-27 et R. 411-9-11-1 : par ex., le non-retournement des parcelles, ou la limitation des fertilisants...). Le contrat de location vient alors en complément de la politique de maîtrise foncière mise en œuvre par le gestionnaire d'espace naturel. On notera que les personnes publiques, les associations agréées et les fondations reconnues d'utilité publique peuvent prescrire ces clauses partout, quand les bailleurs ordinaires ne le peuvent que sur certains territoires, qui présentent un intérêt écologique particulier : zones humides, parcs, réserves naturelles (C. rur. et pêche mar., art. L. 411-27). Il est permis de regretter la grande modestie de ce « bail rural environnemental », bien trop encadré et limité ; sa pratique devrait être beaucoup plus libre et développée.

Accords collectifs. En dehors des rapports locatifs, on peut concevoir d'autres types de conventions, comme celles organisant la gestion des biens communs. Par exemple, des propriétaires ou exploitants d'un espace s'entendent sur la manière de protéger et d'exploiter ses ressources, comme l'eau ou la forêt¹³. Ils s'engagent sur des pratiques respectueuses du milieu, sur la part pouvant être prélevée par chacun ou sur sa

¹⁰ B. Grimonprez, « Contrats et servitudes : instruments de protection des espaces naturels et agricoles », *Revue Droit et Patrimoine* juillet-août 2012, p. 56.

¹¹ Sur la panoplie des outils fonciers au service de la biodiversité : voir le guide méthodologique, publié par le ministère de l'écologie, et réalisé par le CETE Méditerranée (avril 2013).

¹² Même si un bail rural peut aussi être conclu avec une personne publique sur son domaine privé, voir développements *supra*.

¹³ V. B. Vollan et E. Ostrom, « Cooperation and the commons », *Science*, Vol. 330, 10 nov. 2010.

périodicité. Il existe, en ce sens, les conventions d'usage de l'eau ou les contrats de gestion des canaux d'irrigation conclus dans certaines régions. Il s'agit d'exemples vivants de coopération, mais qui dépendent, à nouveau, des bonnes volontés. Sans doute, y aurait-il intérêt à créer des structures adéquates qui dynamisent ces actions collectives : ce pourrait être l'un des rôles dévolus aux Groupements d'intérêts économiques et écologiques (GIEE) voulus par le gouvernement.

Contrats administratifs. D'autres contrats environnementaux sont eux conclus avec le Prince. Destinés aux exploitants agricoles, ils prennent désormais la forme de mesures agro-environnementales. En échange d'aides financières, l'exploitant s'engage pour cinq ans à mener sur son fonds des actions en faveur de la qualité des sols, de la ressource et de la biodiversité. Ces paiements pour services écologiques rencontrent un vif succès sur le terrain, comme dans les sites Natura 2000. Même s'ils ne sont pas sans effets pervers, ces dispositifs européens permettent d'engager certains exploitants sur la voie d'une autre agriculture, plus en phase avec son milieu.

Si ces figures contractuelles revêtent une réelle importance pour l'intendance territoriale, leur efficacité n'est pas non plus à toute épreuve. N'oublions pas que les obligations personnelles ne lient que ceux qui les souscrivent : elles ne sont pas opposables aux tiers. Autrement dit, le locataire ou l'acquéreur du fonds peut ne pas être tenu de les respecter. Le risque est aussi que toute la zone à protéger ne soit pas couverte par des engagements, ce qui ruine parfois les efforts accomplis. S'ajoute que les obligations, en principe, ne s'étendent pas sur le long terme, facteur qui affaiblit la sécurité de la protection. Etant donné que ce n'est pas le bien lui-même qui est affecté, son mode d'exploitation peut changer au gré des personnes et au fil du temps.

2°) Les engagements réels

L'effet relatif des conventions peut être gommé en engageant, non pas les personnes, mais le fonds lui-même ; car l'obligation, quand elle est attachée au bien, est plus solide et durable. Cela paraît être la seule façon de mettre en œuvre la fameuse « compensation écologique ».

Associations syndicales de propriétaires. C'est sur ce schéma que fonctionnent déjà les associations syndicales de propriétaires ou les associations foncières pastorales. Toutes ne sont pas fondées sur une convention, mais toutes permettent le regroupement, dans une structure originale, de propriétaires fonciers. Le but de l'association : assurer une gestion collective d'un territoire pour réaliser des travaux, entretenir ou mettre en valeur des biens (comme les ressources naturelles). L'intérêt est que l'association gouverne les terrains compris dans son périmètre, même si la tête des propriétaires change. Il s'agit donc d'un instrument essentiel, encore trop peu développé, sur lequel doit s'appuyer l'intendance du territoire.

Servitudes d'utilité privée. L'autre solution, actuellement, est de procéder à la création de servitudes d'utilité privée. Par accord de volontés, des propriétaires décident de grever un fonds de charges au profit d'un autre fonds (C. civ., art. 686) : par exemple, ne pas construire, ne pas modifier les lieux, ne pas utiliser tel type de produit. L'obligation suit l'immeuble en quelques mains qu'il passe et dure en principe perpétuellement. Pourtant, même si elles sont bien connues, ces servitudes peinent à s'inscrire dans le paysage écologique. On peut pointer certains freins à leur essor. Le premier est d'ordre psychologique : les servitudes ne jouissent pas d'une bonne réputation (surtout parmi les agriculteurs) ; elles sont synonymes de contraintes et de conflits de voisinage. Plus techniquement, le service foncier doit être établi au profit d'un fonds dominant voisin ; or celui-ci n'existe pas toujours, ou le gestionnaire qui souhaite négocier la servitude n'en est pas propriétaire. Il faut donc passer par une acquisition foncière avant de faire naître la charge ! Quant aux obligations positives, elles ne peuvent être imposées que de manière accessoire : les servitudes « de faire » sont en effet toujours interdites ! Enfin, aucun dispositif fiscal n'encourage les propriétaires, même bien intentionnés, à sacrifier certaines de leurs prérogatives.

Servitudes écologiques. Compte tenu de ces inconvénients, la réflexion s'est engagée sur l'introduction, dans notre droit, d'un nouveau mécanisme : la servitude écologique ou l'obligation réelle environnementale. Le souffle vient d'autres Etats qui la connaissent depuis longtemps sous le nom de *conservation easements* (servitude de conservation)¹⁴. De quoi s'agit-il ?

Aux Etats-Unis et au Canada, les propriétaires peuvent volontairement céder à un « organisme de conservation » (*landtrust*) une partie de leurs droits, dans le but de préserver les qualités écologiques de leur fonds. Tout en restant propriétaire, la personne s'oblige envers le bénéficiaire à ne pas dégrader le bien, mais aussi à adopter certains modes, plus actifs, de gestion de l'espace. Ce type de servitude sert souvent à créer des banques de compensation : c'est-à-dire des réservoirs de biodiversité en vue de réparer les dommages à l'environnement. En Amérique du Nord, ces « dons écologiques » entrent dans les programmes fiscaux et permettent au propriétaire d'obtenir une substantielle baisse d'impôts. Deux conditions sont requises : que la terre soit reconnue écosensible par une décision publique ; que le bénéficiaire fasse partie des organismes éligibles au programme des dons écologiques. Dès lors qu'il greève le bien, l'engagement est perpétuel et opposable à tous les acquéreurs successifs. Il faut, pour cela, qu'il soit enregistré et inscrit sur un registre foncier.

La Suisse connaît des conventions analogues dans sa panoplie des outils de protection. Il semble toutefois, qu'en l'occurrence, la « servitude écologique » prenne la forme d'une charge foncière. En effet, comme en France, la servitude suppose en droit helvétique l'existence de deux fonds (C. civ., art. 730) ; tandis que la charge foncière, pour le Code civil suisse, est une obligation que doit le propriétaire sur son

¹⁴ M. Boutonnet et M. Mekki, « Environnement et conservation easements. Pour une transposition en droit français ? », JCP éd. G, 24 sept. 2012, 1023.

immeuble envers une personne ; la charge peut aussi, à la différence d'une servitude, être positive (accomplir des prestations) (C. civ., art. 782, al. 3).

Au-delà de leurs différences, ces instruments de conservation ont, entre eux, de nombreux points communs. Il s'agit d'engagements volontaires, pouvant correspondre à des situations très localisées. La charge créée grève un fonds à perpétuité : la restriction des droits du propriétaire est opposable à tous, tant au locataire qu'aux acquéreurs successifs. La garantie est là que la biodiversité générée ne sera pas ultérieurement détruite. Autre atout, l'obligation réelle profite à une personne morale : aucun fonds dominant n'est exigé. Toutefois, vu son impact sur la propriété privée, la servitude ne peut bénéficier qu'à certains organismes dont le rôle en matière de protection de la nature est attesté. Enfin, ladite charge fait l'objet d'une compensation économique. Le propriétaire du fonds servant peut, selon les cas, obtenir soit une rémunération directe, soit une réduction d'impôts. En pratique, la mise en place d'une fiscalité spécifique semble un facteur clé du succès de ce dispositif.

La transposition de ce type de mesure séduit, depuis un moment, les autorités françaises¹⁵. Passées les premières réticences, le législateur est désormais prêt à franchir le pas ; c'est la loi sur la biodiversité qui doit faire passer la frontière à la « servitude écologique ». Une telle innovation suscite plusieurs types de réflexions.

- Sur le plan philosophique, il ne paraît pas irrationnel qu'un propriétaire ayant, de son vivant, cultivé naturellement son jardin, puisse le léguer, intact, aux générations futures. Rien ne prouve que cela impactera négativement la valeur économique des biens.

- Techniquement, l'adoption du mécanisme ne présente pas, en soi, de dangers pour notre système. Aucune dérive n'a été constatée à l'étranger. La démarche reste volontaire et strictement encadrée par la loi. Il faut la voir comme un outil supplémentaire, mais pas exclusif, de conservation de la nature.

- En revanche, l'instrument doit éviter de s'appeler « servitude », notion qui, en France, traîne une longue histoire et se caractérise par un service unissant deux fonds. « Obligation réelle environnementale » est en mesure de dépassionner le débat, d'autant que notre système se montre de plus en plus accueillant aux droits réels originaux. De même, une inscription du mécanisme dans le Code de l'environnement soulève moins d'opposition que dans le sacro-saint Code civil. On risquerait sinon de l'accuser de dénaturer la famille des droits réels !

- Enfin, le dispositif doit absolument prévoir, pour être efficient, des formes de valorisation de l'engagement. La fiscalité écologique est évidemment un levier ; mais un système de labellisation des terres ainsi protégées serait aussi incitatif pour les propriétaires.

¹⁵ V. les travaux du COMOP : P. Raoult, Rapport « trame verte et bleue », 14 mars 2008 : http://www.legrenelle-environnement.fr/IMG/pdf/080314_comop11_rapport.pdf

Avec l'inévitable transition écologique de l'économie, avec l'obligation de compenser les pertes de biodiversité, avec le désir des hommes de vivre dans un environnement sain, avec une alimentation propre, il ne fait aucun doute que tous ces instruments, anciens comme modernes, pourront agir de concert. Reste à l'intendance du territoire d'écrire la musique.