

# L'obligation réelle environnementale : la propriété comme outil de préservation d'un bien commun

Olivier Jaspert

DANS **REVUE JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT 2022/HS1 Volume 48**, PAGES 271 À 278  
ÉDITIONS **JLE**

ISSN 0397-0299

Date de mise en ligne : 26/04/2023

Article disponible en ligne à l'adresse

<https://droit.cairn.info/revue-juridique-de-l-environnement-2023-HS22-page-271?lang=fr>



Découvrir le sommaire de ce numéro, suivre la revue par email, s'abonner...  
Scannez ce QR Code pour accéder à la page de ce numéro sur Cairn.info.



**Distribution électronique Cairn.info pour JLE.**

Vous avez l'autorisation de reproduire cet article dans les limites des conditions d'utilisation de Cairn.info ou, le cas échéant, des conditions générales de la licence souscrite par votre établissement. Détails et conditions sur [cairn.info/copyright](https://cairn.info/copyright).

Sauf dispositions légales contraires, les usages numériques à des fins pédagogiques des présentes ressources sont soumises à l'autorisation de l'Éditeur ou, le cas échéant, de l'organisme de gestion collective habilité à cet effet. Il en est ainsi notamment en France avec le CFC qui est l'organisme agréé en la matière.

## L'OBLIGATION RÉELLE ENVIRONNEMENTALE : LA PROPRIÉTÉ COMME OUTIL DE PRÉSERVATION D'UN BIEN COMMUN

Olivier JASPART

Fonctionnaire territorial, juriste en droit public

**Résumé** L'objet du présent article est de présenter l'Obligation réelle environnementale (ORE), comme un instrument permettant de mettre la propriété privée au service de la préservation d'un bien commun, et plus particulièrement l'environnement en tant que patrimoine commun de la nation. À cet effet, il s'agira d'envisager l'ORE comme un instrument du droit des communs permettant de définir le droit à la contribution de ses biens au service de la préservation du bien commun. Une telle contribution repense les relations des citoyens contributeurs avec l'administration dans la mise en œuvre des politiques publiques. Également, elle permet d'affecter et de limiter ses droits de propriété pour assurer la mise en commun. Par ailleurs, il s'agira d'envisager l'ORE comme un outil exorbitant du droit commun capable d'œuvrer à la préservation de la chose commune. Une telle dérogation permet à l'administration d'accompagner le propriétaire et remet en perspective la définition établie portant sur le régime des contrats administratifs.

**Mots clés :** Droit administratif des biens communs, bien commun, partenariat public-commun, environnement, propriété.

**Summary** *The French conservation easement: property as a tool for preserving a common good.* The purpose of this article is to present the Obligation réelle environnementale (ORE) (which is the French expression used to describe a conservation easement), as an instrument making it possible to put private property at the service of the preservation of a common good, and more particularly the Environment as a common heritage of the nation. To this end, it will be a question of considering the ORE as an instrument of the law of the Commons making it possible to define the right to the contribution of its goods in the service of the preservation of the common good. Such a contribution rethinks the relations of citizen contributors with the administration in the implementation of public policies. Also, it makes it possible to affect and limit its property rights to ensure pooling. Moreover, it will be a question of considering the ORE as an exorbitant tool of common law capable of working to preserve the common thing. Such a derogation allows the administration to support the owner and puts into perspective the established definition relating to the system of administrative contracts.

**Keywords:** Administrative law of commons, Common good, Public-common partnership, Environment, Property.

« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous. Des lois de police règlent la manière d'en jouir. »

Issu de sa rédaction de 1804, l'article 714 du Code civil vient définir un régime normatif d'usage des choses communes en droit français. Dans la continuité de la réflexion d'Alice Ingold<sup>1</sup>, nous pensons que durant le XIX<sup>ème</sup> siècle, le législateur va mettre en place, notamment des personnes morales, reconnues comme de droit public, comme les sections de commune<sup>2</sup>, ou encore des associations syndicales de propriétaires autorisées<sup>3</sup>. Nous imaginons ainsi l'existence d'une théorie d'un droit administratif des biens communs, s'intéressant notamment à l'étude de ces institutions, ces « Communs administratifs », en charge de la préservation de biens communs (des choses communes placées sous la responsabilité de ces institutions) et en lieu et place de la gestion d'un service public ou d'une mission de police administrative.

Cette proposition théorique interroge cependant la séparation classique entre les deux ordres de juridiction. Elle pose le principe de la conclusion d'une collaboration entre les citoyens et l'administration. Cette dernière reconnaît l'utilité publique de l'usage partagé d'une chose par les citoyens. Cette reconnaissance implique nécessairement une protection juridique par la mise en place d'un régime dérogatoire, exorbitant du droit commun.

Ressurgissant dans les débats juridiques contemporains<sup>4</sup>, ces formes de partenariat public-commun se manifestent aujourd'hui en grande partie sous la forme contractuelle et nécessitent de repenser tant la place de la propriété que des prérogatives de l'administration.

L'obligation réelle environnementale (ORE) issue de l'article 72 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages servira d'ébauche pour l'instauration d'un droit des Communs (I.) et pour la mise en place d'un droit administratif dérogatoire au droit commun pour préserver l'environnement (II.).

---

1 A. Ingold, « Les Communs au prisme de l'État au XIX<sup>ème</sup> siècle », *La Nature en communs*, Champ Vallon 2020, p. 77-100.

2 Codifiées aujourd'hui aux articles L. 2411-1 et suivants du Code général des collectivités territoriales.

3 Aujourd'hui définies par l'ordonnance n° 2004-632 du 1<sup>er</sup> juillet 2004 relative aux associations syndicales de propriétaires.

4 *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2021.

## I. L'ORE COMME INSTRUMENT D'UN DROIT DES COMMUNS

Par l'obligation réelle environnementale, il s'agira d'envisager le droit à la contribution à la préservation d'un bien commun par l'affectation de sa propriété. Puis, plus précisément, il s'agira d'envisager cette affectation dans une perspective de mise en commun.

### A. UN DROIT À LA CONTRIBUTION DE SES BIENS À LA PRÉSERVATION D'UNE CHOSE COMMUNE

Aux termes de l'article L. 132-3 du Code de l'environnement, 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 (...) ».

Instaurée par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, l'ORE est un dispositif intéressant pour les propriétaires d'immeubles désirant participer à la protection de l'environnement. Étant une convention, elle permet aux parties de pouvoir définir librement l'ensemble de leurs obligations, tant que la finalité générale reste la même : affecter un terrain à une fonction de conservation ou de régénération environnementale.

Il résulte de ces dispositions que la conclusion d'une obligation réelle est une manifestation de volonté du propriétaire d'agir en faveur de la défense de l'environnement ; plus largement, de contribuer à la préservation d'une chose inappropriable, mais dont il peut jouir des bienfaits ; faisant en tout état de cause partie du patrimoine commun de la nation, au sens de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement<sup>5</sup>. Ce droit à la contribution est néanmoins à dissocier de la notion de collaboration occasionnelle au service public ou de l'offre de concours auprès de la collectivité publique.

En effet, comme l'a rappelé le Conseil d'État dans son étude à la demande du Défenseur des droits, le 23 décembre 2012<sup>6</sup>, « de cette théorie fonctionnelle [issue de la théorie du risque professionnel], le juge n'a déduit à ce jour aucun statut auquel

---

<sup>5</sup> Article L. 110-1 du Code de l'environnement : « I. - Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, la qualité de l'eau, 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>6</sup> [https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd\\_avis\\_20130909\\_lai-cite.pdf](https://www.defenseurdesdroits.fr/sites/default/files/atoms/files/ddd_avis_20130909_lai-cite.pdf)

seraient soumises les personnes apportant leur concours au service public ». Le Conseil d'État poursuit en précisant qu'il ne reconnaît pas, dans les litiges relatifs à l'organisation ou au fonctionnement des services publics qui lui sont soumis, avec la Cour de cassation, l'existence de « "participants" à l'exécution du service public ». En outre, s'agissant d'une offre de concours, venant souvent d'une personne morale, il appartiendra à l'administration d'accepter la proposition en veillant à ce que celle-ci n'implique pas les règles de dévolution d'un service public, et en particulier celle de la commande publique ou encore, le plus souvent, de la subvention, telle que définie à l'article 9-1 de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations<sup>7</sup>. L'offre de concours pouvant, en réalité, permettre au bénéficiaire de disposer d'un avantage, en nature ou pécuniaire.

Or, ici, il convient de considérer que nous sommes bien en présence d'une personne qui concourt à une utilité publique, à défaut de répondre à un besoin d'intérêt général. L'usage de son bien est ainsi tourné vers un but qui dépasse son seul intérêt personnel. Cette utilité publique peut trouver sa racine dans l'article 2 de la Charte de l'environnement qui dispose que « toute personne a le devoir de prendre part à la préservation et à l'amélioration de l'environnement. ». Il s'agit d'une obligation de contribuer, à son échelle, selon ses capacités et sa volonté, à la conservation du droit de chacun de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé<sup>8</sup>.

Nous pourrions, en conséquence, envisager que le droit commun des Communs est constitué en premier lieu par un acte de contribution individuelle à une œuvre d'utilité publique. Ce droit à la contribution témoigne d'une volonté de s'associer à une œuvre partagée, permettant d'obtenir un agrément par une administration, reconnaissant à la personne le droit de disposer d'un régime de droit dérogatoire. Dans le cadre de l'ORE, il s'agira pour le propriétaire de s'associer avec une collectivité territoriale, un établissement public ou une association agréée en vue d'obtenir des effets de droit dérogatoire à la propriété.

Le droit à la contribution individuelle doit, comme caractéristique à un droit des communs, être négocié avec les autres usagers du commun. Il s'agit en effet pour

---

<sup>7</sup> Article 9-1 de la loi DCRA : « Constituent des subventions, au sens de la présente loi, les contributions facultatives de toute nature, valorisées dans l'acte d'attribution, décidées par les autorités administratives et les organismes chargés de la gestion d'un service public industriel et commercial, justifiées par un intérêt général et destinées à la réalisation d'une action ou d'un projet d'investissement, à la contribution au développement d'activités ou au financement global de l'activité de l'organisme de droit privé bénéficiaire. Ces actions, projets ou activités sont initiés, définis et mis en œuvre par les organismes de droit privé bénéficiaires.

Ces contributions ne peuvent constituer la rémunération de prestations individualisées répondant aux besoins des autorités ou organismes qui les accordent. ».

<sup>8</sup> Article 1 de la Charte de l'environnement : « Chacun a le droit de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé. ».

la personne contributrice de manifester son intention d'œuvrer avec une communauté à la préservation de la chose commune.

Le contributeur est tenu de participer à toute action visant à conserver le bien mis en commun<sup>9</sup>. Cette obligation de conservation s'accompagne d'une obligation visant à intégrer toute amélioration, tout éventuel fruit du Commun, au patrimoine mis en commun, au bénéfice intégral de la Communauté.

Le contributeur transforme son titre de propriété en droit de garde et partage le processus décisionnaire portant sur l'ensemble des règles concernant son utilisation. En outre, l'acte contributif doit s'inscrire au bénéfice de tous, une communauté universelle de bénéficiaires non spécialement désignés. Cette communauté peut également être composée aussi bien par des choses, des biens ou des personnes.

S'agissant de l'ORE, le propriétaire qui conclut une telle obligation peut parfaitement s'abstenir de toute activité pour permettre la régénération de la biodiversité ; ou bien, agir dans le respect de l'affectation environnementale, avec le concours de l'administration. Le rapport du Gouvernement, sur la mise en œuvre du mécanisme d'obligations réelles environnementales et sur les moyens d'en renforcer l'attractivité<sup>10</sup> de janvier 2021, démontre que l'incitation fiscale prévue n'est pas suffisamment appliquée par les collectivités territoriales pour envisager que seule la recherche du bénéfice d'une telle niche fiscale pousserait les propriétaires à conclure des ORE. Dans les faits, il s'agit ici, pour le propriétaire, d'affecter sa propriété foncière à une destination particulière, à la mettre en quelque sorte en commun.

## B. L'AFFECTATION DE LA PROPRIÉTÉ À LA MISE EN COMMUN

L'ORE a pour première conséquence de limiter fortement le droit d'*abusus* du propriétaire. Il s'agit en réalité d'une auto-limitation souhaitée de son droit de propriété. Il affecte ainsi son bien immobilier à une destination qu'il a définie préalablement avec son cocontractant. Cette affectation est enregistrée par acte authentique. Ce droit d'*abusus limité* est transmis aux nouveaux propriétaires qui doivent conserver l'affectation initiale. Aussi, le seul moyen pour le propriétaire de sortir de son ORE est de résilier le contrat, dans le respect des droits du cocontractant, ou d'attendre son échéance. L'acquéreur d'un bien faisant l'objet d'une ORE doit ainsi être considéré comme une personne qui se subroge dans ses droits et obligations à une des parties au contrat. Ainsi, les parties s'accordent à définir une procédure de désaffectation des biens obligés. Celle-ci peut se rapprocher de celle d'une désaffectation du domaine public, nécessitant une constatation préalable de l'autorité gestionnaire, à la différence que ce constat dans le cadre de l'ORE est conventionnel et non unilatéral.

---

<sup>9</sup> M.-A. Chardeaux, *Les Choses Communes*, LGDJ, 2006.

<sup>10</sup> <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/279397.pdf>

En outre, l'ORE délimite le droit d'*usus*. Le bien ainsi obligé ne peut être utilisé que conformément à sa destination contractuelle. Il appartient ainsi aux parties de définir les modalités de sanction en cas d'abus du droit d'usage. L'ORE entraîne également un régime juridique en partie dérogoire au droit de propriété privée, permettant d'étendre une des caractéristiques de la domanialité publique. En effet, durant une période qui ne saurait excéder les quatre-vingt-dix-neuf ans, l'obligation réelle environnementale est imprescriptible à l'égard des tiers et des parties.

Il convient de préciser, toutefois, que ces distorsions du droit privé sont à relativiser au regard de leurs effets sur ces tiers. En effet, l'ORE est un contrat, et ne saurait par ses seuls effets contraindre des tierces personnes quant à leurs droits d'usage préexistants (droit de chasse, etc.). Cependant, ce contrat emportera bien des effets sur les tiers qui disposeront ultérieurement de ces mêmes droits. L'ORE offre, en outre, des possibilités hors du commun pour les administrations, leur permettant d'envisager autrement la préservation de la chose commune.

## II. L'ORE : UN DISPOSITIF HORS DU COMMUN POUR PRÉSERVER LA CHOSE COMMUNE

Loin de la réalisation d'une mission de service public, ou répondant à réglementation, l'obligation réelle environnementale se montre comme un outil exorbitant du droit public à la disposition des administrations. Ce droit hors du commun repose sur la négociation pour l'usage commun de la propriété.

### A. UN NOUVEL OUTIL EXORBITANT DU DROIT PUBLIC À LA DISPOSITION DES ADMINISTRATIONS

L'ORE, étant à l'initiative du propriétaire et touchant principalement la propriété privée, doit s'analyser comme un contrat de droit privé. Pourtant, compte tenu des prérogatives particulières que nous avons rappelées, il convient de considérer que nous sommes en présence d'un contrat comportant des clauses exorbitantes. Or, depuis longtemps, la jurisprudence considère que l'existence de telles clauses au sein des contrats révèle l'existence d'un « régime exorbitant des contrats administratifs »<sup>11</sup>, en dehors de toute détermination par la loi. Récemment encore, le Tribunal des conflits<sup>12</sup> est venu considérer que si le contrat comporte des clauses exceptionnelles, il ne saurait toutefois relever d'un tel régime exorbitant, dès lors « que les prérogatives en cause sont reconnues à la personne privée contractante et non à la personne publique ». Ainsi, si l'ORE établit un régime dérogoire, elle demeure un contrat soumis à la compétence des tribunaux judiciaires, à défaut de révéler l'avantage exorbitant accordé à l'administration. En effet, il n'est pas certain, si une administration conclut une ORE sur son domaine privé, d'affirmer que le juge

---

<sup>11</sup> CE, 30 juillet 1912, *Société des Granits porphyroïdes des Vosges*, req. n° 30701.

<sup>12</sup> TC, 2 novembre 2020, C4196.

administratif puisse juger d'éventuels litiges opposant les parties. L'ORE étant une limitation du droit de propriété, ses effets pèsent davantage sur les droits portant sur le bien lui-même que sur une partie au contrat. En outre, il n'est pas certain que cette limitation soit à l'avantage de la personne publique et soit alors susceptible de relever du régime exorbitant des contrats administratifs, et des tribunaux de l'ordre administratif.

À l'inverse, sur le patrimoine privé des administrations, l'ORE offre une possibilité d'étendre leur politique publique sans pour autant devoir incorporer directement leurs biens au domaine public. En effet, s'il n'y a pas d'affectation directe à l'usage du public ou l'existence d'un service public sur lequel il est aménagé<sup>13</sup>, le bien grevé d'une ORE demeurera une propriété privée. Dès lors, nous constatons une sorte de dilution du droit domanial tendant vers la mise en place d'un véritable *continuum* normatif d'affectation de la propriété d'une personne publique, permettant la mise en place d'un régime de contribution de l'administration en dehors du régime commun du droit administratif.

Enfin, avec la proposition d'élargir le champ des obligations réelles au-delà de la sphère environnementale, pour intégrer notamment une affectation sociale ou culturelle, telle que prônée dans le rapport sur l'échelle de la communalité<sup>14</sup>, le domaine privé d'une administration publique deviendra ainsi le terrain d'une extension des politiques publiques sur les dépendances privées, permettant au propriétaire public de pouvoir affecter ses biens domaniaux dans une optique de contribution négociée.

## B. LA NÉGOCIATION DES DROITS POUR L'USAGE EN COMMUN DE LA PROPRIÉTÉ

La mise en place des ORE transforme également la place de l'administration, qui peut désormais avoir une autre posture que celle d'une autorité gestionnaire d'un service public ou d'une police administrative. En effet, l'administration est contrainte d'avoir une posture plus inclusive avec les usagers. Aussi, dans le cadre de la politique en faveur du développement des obligations réelles environnementales, l'administration agit davantage en tant qu'autorité entremetteuse d'ouvrage<sup>15</sup>. Elle tente de mettre en relation l'ensemble des parties prenantes à la mise en place d'un tel dispositif, soit directement, en qualité de personne publique cocontractante, soit

---

**13** Article L. 2111-1 du Code général de la propriété des personnes publiques : « Sous réserve de dispositions législatives spéciales, le domaine public d'une personne publique mentionnée à l'article L.1 est constitué des biens lui appartenant qui sont soit affectés à l'usage direct du public, soit affectés à un service public pourvu qu'en ce cas ils fassent l'objet d'un aménagement indispensable à l'exécution des missions de ce service public. ».

**14** Rapport 17-34 au GIP Droit et Justice, *L'échelle de la communalité : propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, sous la direction de J. Rochefeld.

**15** O. Jaspert et X. Perrin, « Les défis de la mise en commun au sein d'une collectivité territoriale », *Horizons Publics* n° 21, mai-juin 2021, p. 66-73.

au titre d'une autorité morale, lorsqu'elle intervient dans le cadre des obligations de compensation environnementale d'un opérateur posées à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement.

En outre, l'administration, lorsqu'elle est cocontractante, peut également agir comme fiduciaire des biens mis en commun. Bien que l'ORE pèse essentiellement sur le propriétaire, il revient à l'administration de participer à la mise en place d'une telle obligation réelle. Ainsi, elle peut accompagner le propriétaire dans le suivi de l'affectation, voire être titulaire d'une obligation à son égard de conseil et agir directement dans la défense de l'affectation du bien, notamment à l'égard des tiers.

Par ailleurs, si plusieurs ORE sont conclues par l'administration, celle-ci pourrait s'imaginer comme mandataire, voire en quasi-gestionnaire, d'une partie de l'administration des propriétés obligées, pour le compte des propriétaires. Sans entrer dans le cadre d'une décision unilatérale, et à la différence d'un contrat administratif, l'ORE doit ainsi se comprendre comme une convention contributive, ascendante et négociée avec l'acteur public.

Toutefois, ce dispositif, hors du commun du droit public, augure également une nouvelle architecture institutionnelle, permettant à terme, la mise en place d'un droit négocié administratif au sein d'un ensemble contractuel complexe. À ce titre, l'administration cocontractante de plusieurs ORE se place au centre d'une relation réticulaire, rayonnant sur tout un territoire et fédérant une communauté d'acteurs concernés. L'écosystème ainsi constitué peut provoquer des interactions pluri-contractuelles entre chacune des parties prenantes, élaborant une sorte de « Molécule contractuelle »<sup>16</sup>.

À terme, l'élaboration d'une Charte territoriale<sup>17</sup> par l'administration cocontractante et l'ensemble des acteurs de l'écosystème définirait des modalités d'actions coordonnées et ascendantes aboutissant à la réalisation d'une politique publique. Dès lors, il ne s'agira plus vraiment pour l'administration d'être un acteur public mais un facilitateur public ébauchant la construction d'une politique, sinon publique, en commun.

---

<sup>16</sup> Rapport des Juristes Embarqués : la créativité réglementaire pour les tiers-lieux créateurs de communs, sous la direction de la 27<sup>ème</sup> Région pour le compte de France Tiers lieux, juin 2021 [<https://francetierslieux.fr/wp-content/uploads/2021/06/LIVRABLE-FINAL-CF.pdf>].

<sup>17</sup> O. Barrière, « Charte territoriale », in *Dictionnaire des biens communs*, *op. cit.*