



HAL
open science

Le droit de propriété à l'ère du changement climatique

Benoît Grimonprez

► **To cite this version:**

Benoît Grimonprez. Le droit de propriété à l'ère du changement climatique. Le changement climatique: quel rôle pour le droit privé?, UMR 5600 Environnement Ville société; Équipe de recherche Louis Josserand - Université Lyon III Jean Moulin; Institut de Droit de l'Environnement - Université Lyon III Jean Moulin; Mission de recherche Droit & Justice, Oct 2018, Lyon, France. pp.243-257. hal-01882843v3

HAL Id: hal-01882843

<https://hal.science/hal-01882843v3>

Submitted on 5 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le droit de propriété à l'ère du changement climatique

par Benoît Grimonprez

Institut de droit rural - Université de Poitiers

« Il y a des gens très bien, des politiques qui préfèrent éviter la question, car s'ils admettaient que le problème existe, l'obligation morale d'opérer des changements radicaux deviendrait incontournable ».

Al Gore, Une vérité qui dérange

Ce que l'on sème. La vérité maintenant indiscutable du changement climatique dérange l'espèce humaine, contrainte de réorienter le sens de son développement. L'ampleur du bouleversement paraît telle qu'il faille, de toute urgence, penser la transition vers une économie fondée sur d'autres paradigmes que les énergies fossiles et la consommation illimitée des ressources naturelles. Le rôle du droit de propriété dans ce nouveau scénario est une interrogation majeure.

Prérogative fondamentale des démocraties occidentales, la propriété traverse partout une crise existentielle tenant au fait qu'elle est au cœur du système, politique, juridique et économique, dont le procès est aujourd'hui ouvert. Corollaire de la liberté d'entreprendre, le droit d'exploiter et de détruire la nature est en effet perçu comme l'un des facteurs de la dégradation de l'environnement, et par suite du dérèglement du climat. Se demander si la propriété privée est bien soluble dans le futur droit climatique est donc parfaitement légitime. Quelle place peut-elle occuper dans une économie « décarbonée », architecturée sur les limites et le partage ?

Esquisse du « droit climatique ». Le droit du climat en cours de construction correspond à un ensemble très hétérogène de règles, dont il faut tenter de comprendre la philosophie et la physiologie¹. Ce nouvel ordre normatif repose sur des objectifs à atteindre. Les accords internationaux (*Conferences of the parties*), puis leurs déclinaisons régionales, ont fixé le plafond d'une augmentation maximale de la température de 2 degrés à la fin du siècle par rapport à l'ère pré-industrielle. Pour y parvenir, ont été déterminés des volumes globaux d'émissions de gaz à effet de serres à ne pas dépasser. On les retrouve désormais exprimés dans le principe de la neutralité carbone, que l'Etat français déclare vouloir respecter à l'horizon 2050². Les moyens d'actions du droit climatique sont déployés dans deux directions : l'atténuation et l'adaptation. Le premier type de mesures consiste à limiter ou réduire les émissions de GES, ainsi qu'à protéger et améliorer les puits de stockage du carbone : elles se déclinent à travers la performance énergétique des systèmes productifs, le développement des énergies renouvelables... Complémentaire, le second type de mesures est tourné vers l'anticipation du changement pour en minimiser les impacts négatifs et maximiser ses effets bénéfiques ; elles ont trait aux modes d'organisation des activités, à leur localisation, et aux techniques qu'elles emploient. S'il est déterminant, le contenu de l'adaptation est aussi plus délicat à définir tant les effets du réchauffement sont aléatoires et surtout variables d'un territoire à un autre (sécheresse ici, précipitations là).

Au plan méthodologique, l'analyse des techniques du droit climatique montre qu'il utilise schématiquement trois types d'instruments³. De manière assez classique, l'intervention peut prendre la forme de normes réglementaires limitant les quantités d'émissions par unité produite ou

¹ Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques, Mare et martin, 2018.

² Ce qui correspond -75 % d'émissions de GES en 2050 par rapport à 1990.

³ C. De Perthuis, S. Shaw, S. Lecourt, Quel(s) type(s) d'instrument(s) employer pour lutter contre le changement climatique ?, Vie et sciences de l'entr. 2010/1, p. 166.

consommée. C'est la voie la plus directe pour transformer le modèle économique. Son principal inconvénient réside dans le coût qu'elle engendre pour les entreprises concernées. Aussi les politiques publiques ont mis l'accent sur deux autres outils devant permettre aux acteurs d'internaliser la nuisance environnementale. Il s'agit, d'une part, de la taxe sur les émissions⁴, dont le but est d'inciter à la réduction des atteintes en révélant leur coût. C'est, d'autre part, le mécanisme des permis échangeables : l'usage du bien environnemental (l'atmosphère) fait ici l'objet de droits privatifs (quotas d'émission) pouvant être négociés sur un marché. Le but est, là aussi, de faire émerger le prix à payer du rejet des GES.

Ce bref aperçu du corpus climatique atteste qu'il ne constitue pas, loin s'en faut, un ensemble monolithique. Il se caractérise au contraire par la multiplicité de ses formes, de ses techniques et de ses acteurs⁵, qui empruntent au droit public (policié) et au droit du marché, qui manient la norme imposée comme négociée, qui usent de la fiscalité (taxe carbone), des subventions, des autorisations administratives, des certifications techniques, des écolabels... Lorsqu'on cherche à l'appréhender, le droit de propriété n'apparaît donc que comme un infime fragment de cette nébuleuse normative. D'autres forces conduisent à en obscurcir le rayonnement. Déjà que la gouvernance climatique est marquée par sa dimension globale. Les politiques sont initiées au niveau international et à partir de notions *ad hoc* (ex. « démarches concertées », « mécanismes pour le développement durable »), transgressives des instruments classiques de droit interne. Globale, l'approche du droit climatique l'est aussi dans ses objectifs, valables pour un ensemble d'acteurs ; d'où un prisme davantage collectif qu'individuel qui installe à une certaine distance la propriété moderne. Au-delà de la complexité du droit enfin, il y a la complexité scientifique qui auréole le phénomène climatique. On parle de causes et de conséquences multiples et interdépendantes. Il faut imaginer des solutions, mais qui sont tributaires de connaissances encore incertaines et de technologies qui verront ou non le jour. Prévisible le changement l'est. Tout le reste ne l'est pas, obligeant le juriste, plus que jamais, à faire montre de prudence et de modestie dans ses analyses. Autant de raisons qui nous ont conduit, plutôt que de proposer des solutions clés en main, à commencer par poser la problématique de l'appropriation dans le contexte climatique.

Problématique de l'appropriation. Sitôt le thème abordé, surgit un paradoxe redoutable que le droit du climat devra impérativement surmonter. L'expansion de la maîtrise de l'homme sur la nature est, à la fois, la cause et le remède possible des maux à combattre⁶. D'un côté, tant les mesures d'atténuation que d'adaptation supposent des atteintes de plus en plus fortes aux droits réels. L'arsenal climatique se déploie d'abord envers et contre la propriété, qu'il vide progressivement de sa substance (I). De l'autre, la lutte contre le réchauffement terrestre a choisi d'emprunter la voie capitaliste, en ce qu'elle est finalement la seule loi commune à toute planète. Ses instruments, selon la légende, seraient plus flexibles donc plus efficaces. L'essentiel, à notre sens, est le critère permettant d'intégrer l'environnement au marché : l'appropriation⁷. Voilà le signe – annonciateur- que la propriété est aussi un vecteur du droit climatique (II).

I. Le droit climatique pourfendeur de la propriété

Intérêt supérieur du climat. La réalisation des objectifs du droit climatique peut être recherchée dans l'opposition franche au droit de propriété. La stratégie s'observe dans le contrôle de l'appropriation de

⁴ Dite « taxe Pigou », du nom de l'économiste britannique Arthur Cecil Pigou qui en décrit le principe dans les années 1920.

⁵ M. Hautereau-Boutonnet, Quel droit climatique ?, D. 2015, p. 2260.

⁶ T. Revet, Les quotas d'émission de gaz à effet de serre, D. 2005, p. 2632.

⁷ M. Torre-Schaub, Droit économique et droit de l'environnement : pour un regard croisé, *Energie. Env. Infr.* 2018, Dossier, 2, n° 19.

certaines ressources naturelles que le législateur érige comme moyen de réduire les émissions de GES ou leurs potentiels impacts (A). D'autres mesures d'inspiration climatique composent, elles, avec le droit de propriété : formellement maintenue, la maîtrise exclusive ne l'est cependant qu'au prix de considérables déformations (B).

A. Verrouillage de l'accès à la propriété

Appropriabilité ambiante. L'atmosphère est traditionnellement qualifiée de chose commune. Son usage est à la libre disposition de tous (C. civ., art. 714)⁸. Le caractère inappropriable de l'air se justifiait par son abondance ; l'objet n'étant pas rival - selon le langage des économistes -, son utilisation ne semblait pas privative, c'est-à-dire dommageable pour autrui. Puis le temps des pollutions est arrivé. L'atmosphère est apparue comme une pellicule extrêmement mince⁹, donc un bien rare et précieux. A l'instar de celle de l'eau, la consommation de l'air peut altérer sa composition : ce n'est plus le même air qui circule lorsqu'il est souillé par les rejets anthropiques (dioxyde de soufre, particules fines, méthane, gaz carbonique). Dans les cieux cette fois, se rejoue la fameuse « tragédie des communs » de Hardin qui s'origine dans la surexploitation incontrôlée de la ressource par certains usagers. Nonobstant, la doctrine juridique martèle qu'il n'y a pas là d'appropriation de l'air, pris globalement, chacun continuant de pouvoir y puiser. Le doute est cependant permis si, comme le philosophe Michel Serres, on décèle dans le fait de polluer (de salir) un fait de privatisation (devenir propre) comme excluant – plus ou moins consciemment – l'autre¹⁰. N'est-ce pas ce qui ressort techniquement de l'analyse des émissions de gaz dans l'espace public aérien comme des fruits industriels propriété de leurs producteurs¹¹ ? Voilà qui caractérise l'occupation, au double sens du terme !

Mode d'acquisition dérivé. La réflexion a pris une tournure nouvelle depuis que les Etats, notamment européens, ont décidé de remettre la main sur la ressource atmosphérique. Les quotas d'émission de gaz à effet de serre changent la donne¹². Parce que les entreprises industrielles doivent désormais détenir un permis spécial pour diffuser dans l'air une quantité déterminée de gaz¹³. De libre, l'usage de l'atmosphère devient, pour les acteurs les plus polluants, limité et encadré. Le dispositif du droit climatique renverse, ce faisant, la perspective traditionnelle du droit des biens : l'interdiction devient le principe et le quota l'acte permettant de la lever.

C'est paradoxalement l'institution des « droits de polluer » qui a lancé le débat de la privatisation de l'atmosphère¹⁴. Au motif que la loi les qualifie de biens meubles, négociables sur le marché, ces nouveaux objets juridiques témoigneraient d'une conversion d'éléments communs en biens privés. L'analyse est un peu grossière ; lesdits droits ne portent ici que sur l'autorisation administrative d'émettre, et non sur le milieu naturel lui-même qui échappe à toute espèce de patrimonialisation¹⁵. Au

⁸ M.-A. Chardeaux, Les choses communes, LGDJ, 2006, n° 156.

⁹ L'atmosphère qui contient la couche d'ozone se compose de la troposphère et de la stratosphère, laquelle va jusqu'à environ 50 km au-dessus du niveau de la mer.

¹⁰ M. Serres, Le mal propre, Le Pommier, 2008.

¹¹ Sur les GES comme des fruits appartenant à leur producteur : W. Dross, De la revendication à la réattribution : la propriété peut-elle sauver le climat ?, D. 2017, p. 2553.

¹² Dir. 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté ; texte transposé en France par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 (C. env., art. L. 229-5).

¹³ Autorisation d'émettre désormais intégrée à l'autorisation environnementale unique : C. env., art. L. 181-2, I, 2°.

¹⁴ M.-L. Demeester et L. Neyret, Rép. Civ. Dalloz, V° Environnement, n° 8.

¹⁵ B. Le Bars, La nature juridique des quotas d'émission de gaz à effet de serre après l'ordonnance du 15 avril 2014, JPC G 2004, I, 148 ; F.-G. Trébulle, Les titres environnementaux, RJE 2001/2, p. 212 ; J. G. Martin, Le

contraire, l'atmosphère est, bien plus qu'avant, soustraite à l'appropriation dès lors que ce sont les Etats qui s'en sont arrogés la maîtrise¹⁶. En tant que gestionnaires, ils en réglementent l'usage par la délivrance des droits d'accès à la ressource¹⁷. Alors qu'en l'absence des quotas naguère, les entreprises pouvaient librement disposer de l'espace commun¹⁸, au grand dam de la collectivité.

Miroir de la ressource aquatique. La régulation de l'appropriation est un point que la gestion de l'air partage avec celle de l'eau. Cette ressource-ci n'est pas l'ingrédient du réchauffement climatique, mais sera sûrement sa première victime. Aussi représente-t-elle un aspect majeur des mesures d'adaptation aux nouveaux risques climatiques (inondations, crues, sécheresses). L'élévation globale des températures dicte de partager cette ressource vitale pour les besoins domestiques, mais également agricoles, écologiques... Une gestion « administrée » du patrimoine aquatique est déjà de droit positif au travers de la police de l'eau (C. env., art. L. 214-1 et s.). Quel que soit l'accès physique dont bénéficient les personnes (riveraineté d'un cours d'eau), elles ne peuvent user de la ressource (prélèvement, stockage, rejet de substances) qu'au moyen d'une déclaration ou d'une autorisation publique. L'appropriation de l'eau par l'utilisateur qui la consomme résulte d'une concession par l'Etat.

Accession aux ressources fossiles. Moteur de l'ère industrielle, l'exploitation des ressources fossiles (charbon, pétrole, gaz) est responsable de la majeure partie des émissions de CO₂¹⁹. Le principe est que les richesses du tréfonds sont appropriées avec le sol (C. civ., art. 552)²⁰. Sauf que la plupart des substances géologiques relève du régime minier (C. min., art. L. 111-1), lequel soustrait ces matériaux à l'assiette de la propriété du maître du sol. Ces gisements reviennent de plein droit à l'Etat, qui peut les faire exploiter par un système de concession (C. min., art. L. 131-1). Le dispositif, initialement créé pour favoriser la mise en valeur de ces ressources, peut rendre aujourd'hui le service inverse : interdire ou limiter l'usage de tels biens²¹ en raison de ses effets délétères sur le climat. C'est d'ailleurs le sens de la récente loi n° 2017-1839 du 30 décembre 2017 qui a décidé d'arrêter la recherche et l'exploitation des hydrocarbures et du charbon, en mettant fin aux concessions sur ces substances (C. min., art. L. 111-6 et L. 111-9).

Le contrôle public de l'appropriation privée des matières premières constitue l'un des angles d'attaque du droit climatique. Le processus participe de l'émergence d'un certain nombre de « communs » qui abandonnent le modèle propriétaire classique au profit de modes de gouvernance plus sophistiqués²². On retrouve d'autres manifestations de cette tendance dans le reformatage de l'exercice du droit de propriété au nom de l'intérêt climatique.

B. Formatage de l'exercice de la propriété

développement des titres environnementaux : la nature dans le commerce, in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, (dir.) B. Grimonprez, Dalloz, 2018, p. 130.

¹⁶ T. Revet, art. préc. : « l'autorisation d'émettre, c'est le droit de déterminer la composition de l'atmosphère, ce qui suppose que la puissance publique, fût-elle « mondiale », se reconnaisse un droit sur cette composition ».

¹⁷ Il en va de l'air comme de toutes les choses consommables, c'est l'usage qui entraîne l'appropriation !

¹⁸ A noter que la loi exclut expressément de la police des déchets « les effluents gazeux émis dans l'atmosphère » (C. env., art. L. 541-4-1).

¹⁹ En France, la PPE prévoit de réduire la consommation d'énergies fossiles de 22,6 % (D. n° 2016-1442, 27 oct. 2016, art. 2 : JO, 28 oct.)

²⁰ L'article 552, alinéa 3, du code civil permet au propriétaire de faire, au-dessous, toutes les constructions et fouilles qu'il juge à propos et de « tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir ».

²¹ C'est le cas, mutatis mutandis, de la législation sur les vestiges archéologiques immobiliers qui fait de ces biens une superficie attribuée à l'Etat (C. patr., art. L. 541-1).

²² J. Rochfeld, M. Cornu et F. Orsi, *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017.

Ni tout à fait la même, ni tout à fait une autre. Nonobstant les critiques assassines, la propriété privée demeure l'un des piliers des démocraties libérales. Le droit climatique devra faire avec. S'il est hors de question d'abolir le système propriétaire, l'institution connaîtra cependant des transformations profondes qui la rendent étrangère au portrait peint par le Code Napoléon. Cette transfiguration des caractères de la propriété, en particulier immobilière, est un processus engagé : elle se vérifie dans la relativité de plus en plus forte de ce droit au contact de son environnement, surtout naturel²³. Si bien que les normes climatiques ne vont faire qu'accentuer un phénomène bien connu : la socialisation de la propriété. Elle implique que seules seront, à l'avenir, protégées ses expressions compatibles avec la nécessaire transition de l'économie.

Du bon usage. L'ère climatique balayera-t-elle l'image de la propriété comme réunion de la somme de toutes les utilités de la chose ? C'est plus que probable. L'impératif d'inventaire puis de réduction des émissions de gaz à effet de serre devrait entamer, dans une proportion inédite, les attributs des propriétaires. Les atteintes tiendront surtout au type d'usage des biens à travers des réglementations sectorielles relatives aux différentes activités sources de rejets polluants (activités industrielles, énergétiques, agricoles, immobilières)²⁴. Mais l'amputation de certaines utilités des immeubles découlera aussi de leur appartenance à un zonage particulier, où les servitudes d'utilité publique ne manqueront pas de se parer de l'habit climatique. Au-delà des outils traditionnels, comme les plans de prévention des risques naturels prévisibles²⁵, c'est toute une planification en lien avec le climat qui se tisse²⁶, avec des impacts diffus mais réels sur la propriété foncière.

Jouir avec entrave. Le droit de jouir de la chose (*fructus*), c'est-à-dire d'en percevoir les fruits, est lui doublement menacé. La contrainte vient, d'une part, de l'utilité commune de certains accessoires générés par les biens, interdisant au propriétaire foncier de s'en réserver la maîtrise²⁷. C'est assurément le cas de la biodiversité produite par les terres (flore, faune) et de tous les services écosystémiques y afférents, au motif qu'ils jouent un rôle majeur dans le captage du carbone et l'adaptation au changement²⁸. Autant d'infrastructures (arbres, prairies) sur lesquels le propriétaire n'aura plus réellement d'emprise, sinon l'obligation de les conserver. D'autre part, il est des fruits industriels non seulement inutiles, mais aussi néfastes pour le propriétaire ou l'environnement : ce sont ceux que l'on identifie aux déchets, c'est-à-dire aux résidus de l'activité dont l'exploitant cherche à se débarrasser (C. env., art. L. 541-1-1). Or ces substances peuvent vite devenir encombrantes s'il n'est plus admis que le propriétaire s'en débarrasse librement et n'importe comment. La charge de réduire, d'éliminer ou de recycler les fruits involontaires, pour éviter leur dispersion dans la nature, représente une entrave substantielle à la jouissance.

²³ B. Grimonprez, La fonction environnementale de la propriété, RTD civ. 2015/3, p. 539.

²⁴ En France, les limitations d'émissions de GES frappent, pour l'heure, les structures relevant du régime d'autorisation ICPE. Ce domaine d'application se verra, sans nul doute, étendu à toutes les activités sources d'émissions diffuses.

²⁵ Qui imposent des contraintes fortes sur l'usage des terrains exposés à des risques comme les inondations, les submersions marines, les mouvements de terrain, les tempêtes... (C. env., art. L. 562-1).

²⁶ Schémas régionaux du climat, de l'air et de l'énergie (SRCAE) ; schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) ; plans climat-air-énergie territoriaux (PCAET). V. N. Gérardin, « La planification, un instrument renouvelé face aux changements climatiques », in *Quel(s) droit(s) face au changement climatique ?*, op. cit., p. 283.

²⁷ B. Grimonprez, Les accessoires naturels des fonds ruraux, RD rur. nov. 2018, Etude 19.

²⁸ V. la proposition de règlement européen du 20 juillet 2016 relatif à la prise en compte des émissions et des absorptions de gaz à effet de serre résultant de l'utilisation des terres, du changement d'affectation des terres et de la foresterie dans le cadre d'action pour le climat et l'énergie à l'horizon 2030.

Droit à la paresse ? La liberté du propriétaire de ne pas exploiter son bien pourra-t-elle perdurer ? Dès lors que l'on bascule dans une économie de la sobriété – plus ou moins heureuse -, qu'il faille produire plus (de nourriture, d'énergie, de services) pour un plus grand nombre, avec moins de ressources, la tentation sera forte d'optimiser le potentiel des biens disponibles²⁹. Le gaspillage gît aussi dans l'inexploitation injustifiée (fautive ?) de certains biens, compensée par la surexploitation d'autres. A cet égard, on songe au dispositif, encore très rarement utilisé, de la mise en valeur (forcée) des terres incultes pouvant contraindre un propriétaire à les donner en jouissance (C. rur., art. L. 125-5). La gestion forestière, si essentielle au stockage du carbone, appelle sûrement des mesures comparables³⁰. Tous les secteurs de l'économie marqués par la pénurie (logements vacants, moyens de transport...) sont concernés. Demain la propriété pourrait se voir escortée d'une obligation de tirer profit de son bien³¹.

Droit de disposer. L'essence de la propriété – par rapport aux autres droits réels - réside dans la faculté de perdre la maîtrise de la chose, en la détruisant, en l'abandonnant ou en la transférant à autrui. On a dit quelles restrictions risquaient de frapper le pouvoir de consommer (par exemple des infrastructures naturelles piégeant le carbone) et même de se défaire de la chose. Dans ce cauchemar pour les civilistes, il est une seule nouvelle rassurante : la valeur d'échange des biens ne semble pas dégradée par le droit climatique. Nous ne prétendons pas qu'elle reste toujours indemne, des règles pouvant venir réguler certains marchés (immobiliers par ex.) en proie à la spéculation, mais il ne semble pas que ce soit là un levier pour décarboner l'économie. Mieux, la facilitation du commerce juridique des « droits de propriété » est au programme des instruments économiques de lutte contre les émissions de GES.

« Bilan carbone ». Le changement climatique, et le modèle productif nouveau qu'il implique, auront d'inévitables conséquences sur le droit de propriété. Il s'agit non seulement de priver le propriétaire de certaines utilités de son patrimoine (pouvant être offertes à des tiers, privés ou publics), mais aussi de transformer ses prérogatives en les assortissant de devoirs particuliers. Cette mutation théorique, que le droit écologique amplifie, évoque une réflexion : avant d'être un droit absolu d'une personne sur une chose, la propriété représente ontologiquement un rapport social. Il entre dans sa nature de fluctuer au gré des qualités de la chose et des besoins de la collectivité. Ce sont ces éléments qui, en creux, structurent le rapport des personnes au monde des choses. « Faute d'abolir la propriété, écrit Mme Chaigneau, l'enjeu consiste à penser le moyen de l'agencer dans un nœud d'obligations juridiques pour l'articuler avec des intérêts des tiers. Cette nouvelle articulation peut contribuer à renouveler le droit de propriété en requalifiant des situations à la lumière d'un intérêt commun auquel le propriétaire serait non pas opposant, mais partie prenante tout en conservant son droit et son intérêt propre »³². Ainsi régénérée, la propriété redevient capable d'apporter sa pierre à la lutte contre le changement climatique. Stimulante, l'idée mérite d'être éprouvée.

II. La propriété vecteur du droit climatique

Mobilisation générale. Comment la propriété peut-elle être un instrument, autre que passif, du droit climatique émergent ? Par quelle alchimie, l'institution pourrait-elle passer de frein à accélérateur de la transition écologique ? Il faut regarder de plus près pour dissiper la contradiction et s'apercevoir que

²⁹ V. C. Albiges, L'obligation d'exploiter un bien, RTD civ. 2014, p. 795.

³⁰ Quoique pouvant prendre des formes diverses et variées (incitations fiscales, amendes, baux forcés).

³¹ Ce qu'avait déjà aperçu Ripert : « la tendance du législateur à diriger l'économie se traduit par l'obligation imposée aux propriétaires d'utiliser leurs biens selon les instructions qui leur seront données » (G. Ripert, Les forces créatrices du droit, LGDJ, 1955, n° 84).

³² A. Chaigneau, Des droits individuels sur des biens d'intérêt collectif, à la recherche du commun, RIDE 2014/3, p. 335.

c'est une certaine conception, voire fonction, de la propriété que les dispositifs de type climatique privilégient.

Depuis le protocole de Kyoto, la propriété privée justifie le marché des droits d'usage de l'atmosphère et contribue, simultanément, à le réguler (A). Prospectivement, un bond en avant consisterait à mettre le droit de propriété au centre de la compensation carbone (B).

A. La propriété pour réguler

Flexible droit du marché. Le système de plafonnement et d'échange de droits d'émission est l'un des instruments de marché emblématiques des mesures dites d'atténuation. Le dispositif est composé d'un contingentement administratif des rejets de polluants dans l'atmosphère, couplé à une logique financière (*cap and trade*). L'ensemble doit permettre l'internalisation des externalités à l'échelle planétaire³³, autrement dit de donner un prix au carbone. La démonstration est à relier au théorème de Coase selon lequel l'instauration de droits de propriété négociables sur l'usage du bien environnemental est le moyen le plus efficace de parvenir à une allocation optimale de la ressource³⁴.

Des « mécanismes de flexibilité » ont été créés pour réduire les coûts de la maîtrise des émissions polluantes. Peu importe en effet la localisation géographique des rejets puisqu'ils se dispersent dans l'atmosphère. L'effort financier de la réduction des émissions en revanche s'avère très différent selon le lieu et le type d'activité. L'idée s'impose : quel que soit l'endroit où elles ont lieu, les actions abaissant la quantité d'émissions doivent pouvoir être rémunérées afin de minimiser le coût de réalisation de telles obligations juridiques. Il faut aussi permettre aux investisseurs dans des projets sobres en carbone de revendre les « crédits » excédentaires et d'en tirer un bénéfice financier.

Fluctuat nec mergitur. Nourri de cette philosophie, le protocole de Kyoto a inventé trois instruments économiques : le marché international des droits d'émission du carbone, le mécanisme pour un développement propre (MDP) et la mise en oeuvre Conjointe (MOC). De multiples marchés régionaux se sont développés sur ces bases. Les résultats ont été plus que décevants. D'où la polémique croissante sur la pertinence des outils. S'il traduit ce malaise, l'Accord de Paris ne les renie pas pour autant³⁵ : en son article 6 § 2 et 3, il reconduit le premier instrument, sous la forme nouvelle de « démarches concertées », « lesquelles permettent l'interconnexion des marchés carbone existants sous forme de « transfert de résultats d'atténuation », c'est-à-dire d'échange direct de crédits carbone par des mécanismes bi- et multilatéraux »³⁶. A l'article 6 § 4, est prévu un second instrument, nommé Mécanisme pour le développement durable (MDD)³⁷. Celui-ci reprend le principe des mécanismes de compensation carbone (MDP et MOC), avec un surcroît de souplesse : l'objet demeure l'investissement dans des projets de réduction d'émissions de GES sur le territoire d'États « hôtes » en contrepartie de l'attribution, par une autorité de certification, de crédits carbone pouvant être monnayés.

³³ Ainsi le but de l'instrument est-il de corriger le marché en faisant que les agents économiques internalisent les effets externes (pollutions) par une prise en compte dans leur calcul économique.

³⁴ C. De Perthuis, S. Shaw, S. Lecourt, Quel(s) type(s) d'instrument(s) employer pour lutter contre le changement climatique ?, art. préc.

³⁵ M. Lemoine-Schonne, La flexibilité de l'Accord de Paris sur les changements climatiques, RJE 2016/1, p. 204. Du même auteur : Quelle perspective pour les instruments de marché sur le climat après l'accord de Paris, RJE 2017 n° spécial, p. 143.

³⁶ M. Lemoine-Schonne, art. préc.

³⁷ Il prend la suite du Mécanisme pour un développement propre et de la Mise en oeuvre conjointe. V. M. Lemoine-Schonne, Le « mécanisme pour le développement durable » de l'Accord de Paris : un MDP 2.0 ?, in Quel(s) droit(s) pour les changements climatiques ?, Éd. Mare et Martin, 2018, p. 337.

Les reproches ont beau pleuvoir, ces outils devraient continuer à jouer un rôle primordial dans la lutte contre le réchauffement climatique. L'important est moins qu'ils atténuent le dérèglement des lois de la nature que le coût des contraintes pesant de plus en plus fortement sur l'économie. Quoi de plus logique alors d'en retrouver des dérivés là où des comportements particuliers s'imposent pour amorcer la transition écologique : ils s'appellent certificats d'économie d'énergie³⁸, ou encore certificats d'économie de produits phytopharmaceutiques (CEPP)³⁹.

Modèles propriétaires. Au plan théorique, on se demande quand même si la propriété, telle qu'on la connaît, est vraiment la matrice de ce droit de la régulation. Tout un courant économique, et en partie juridique, le prétend qui glorifie « les droits de propriété » (*property rights*) comme l'instrument miracle de l'écologie enfin devenue de marché⁴⁰. Le postulat est que la rationalité individuelle des agents les conduirait à « la meilleure utilisation possible des biens, voire à considérer l'opportunité de leur aliénation quand un tiers est prêt à payer un prix supérieur à la valeur de l'utilité qu'il estime en avoir »⁴¹.

Les juristes de droit civil adhèrent plus ou moins à ce discours, très clairement marqué par une conception anglo-saxonne et économique de la propriété. En pays de common law prévaut, il faut dire, une conception immatérielle de la propriété (*ownership*) : son objet revient à la possession d'un droit de jouissance. Or, c'est bien la propriété des droits⁴² qui peut déplaire au juriste de tradition romaniste⁴³. Et on peut le comprendre, puisqu'à la maîtrise absolue, unitaire et indivisible d'une chose (le *dominium*) serait substituée la simple titularité d'une prérogative juridique reconnue capable de circuler entre les personnes.

Risquons de le dire, l'océan qui sépare les deux modèles ne nous semble plus si immense. Le droit civil est loin d'être resté étranger à la propriété incorporelle, qu'il s'agisse des œuvres de l'esprit, des clientèles, des droits sociaux ou encore des créances⁴⁴. A tort ou à raison, l'idée que la propriété s'applique à l'ensemble des valeurs – donc y compris les droits patrimoniaux – colonise à grands pas le système continental⁴⁵.

Notre propriété immobilière n'est pas non plus épargnée par le syndrome de la dématérialisation. Les limitations qu'elle enregistre structurellement⁴⁶ tendent à l'attirer vers son homologue anglo-saxonne. La maîtrise du propriétaire porte désormais moins sur la matérialité de la chose que sur ses utilités, et encore pas toutes, le législateur organisant leur répartition au profit des différents ayants droit (privés

³⁸ C. énergie, art. L. 221-1 et s.

³⁹ C. rur., art. L. 254-10-2.

⁴⁰ M. Falque et H. Massenet, *Droits de propriété et environnement*, Dalloz-Sirey, 1997 ; M. Falque et H. Lamotte, *Changement climatique et pollution de l'air - Droits de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2010.

⁴¹ A. Chaigneau, art. préc.

⁴² Droits dont l'objet est en l'occurrence, tantôt un quota administratif (droit d'émission), tantôt une créance à faire valoir (crédit carbone octroyé en vertu d'un projet de réduction d'émission). V. Comm. UE, règl. (UE) n° 389/2013, 2 mai 2013 : évoquant expressément le titre de propriété des quotas.

⁴³ W. Dross, *La propriété à l'épreuve de la préservation et du partage des ressources naturelles*, in *Le droit des biens au service de la transition écologique*, (dir.) B. Grimonprez, Dalloz, 2018, p. 41.

⁴⁴ V. Mazeaud, *Droit réel, propriété et créance dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, RTD civ. 2014, p. 29.

⁴⁵ P. Berlioz, *La notion de bien*, L.G.D.J., 2007, n° 480 et s. Mouvement qu'on peut relier également à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui privilégie une approche très économique de la notion de biens protégés par l'article 1^{er} du protocole n°1 de la Convention.

⁴⁶ V. les limitations du droit de propriété comme révélatrices de ses contenants : M. Rollain, *Les limitations au droit de propriété en matière immobilière*, thèse Nice, 2015, p. 495.

et publics) sur l'espace⁴⁷. D'où aujourd'hui l'impossibilité de tracer les limites physiques réelles de la propriété foncière⁴⁸. Plus intellectuelle et plus relative (à telle ou telle prérogative), la propriété retourne à un état de raffinement qui rappelle la vieille saisine de l'ancien droit⁴⁹. Sous ce jour nouveau, des similitudes troublantes apparaissent avec ce que les anglo-saxons nomment le « bundle of rights », c'est-à-dire l'agrégat de droits et d'obligations⁵⁰. Selon cette approche maintenant courante outre-Atlantique, la propriété correspondrait à une somme de droits socialement construite dont la distribution et la composition varieraient au gré des intérêts individuels et collectifs en jeu⁵¹.

Sans parler de correspondance, on perçoit au moins une forme de cohérence, sinon de convergence théorique entre les réductions infligées au droit de propriété et son instrumentalisation au service de la cause climatique. Le modèle propriétaire auquel il est fait référence est clairement de nature immatérielle, trouvant davantage son essence dans le rapport d'échange (à autrui) que dans le rapport d'usage (à l'objet). Le droit du climat s'appuie ainsi sur une tendance, traversant aussi le droit civil, qui dilue la notion de propriété dans celle de patrimonialité : l'appartenance au patrimoine décide de ce qui est « appropriable ». Mais quittons ce débat « stratosphérique » pour miser sur une autre force de la propriété : la responsabilité.

B. La propriété pour responsabiliser

Propriété comme charge. Parce qu'il faut aussi transformer l'avenir, on veut suggérer un autre usage climatique du droit de propriété. Il porterait cette fois sur les gaz à effet de serre eux mêmes, avec un but : rendre les producteurs responsables de leur élimination.

Objectif : nul. Pour atteindre l'objectif de limitation de la hausse des températures, un principe se dessine dans le lointain : la neutralité carbone. Esquissée lors de l'Accord de Paris, l'idée a été saisie par l'Union européenne (dont la France)⁵² : parvenir à des émissions nettes nulles d'ici 2050 sur le vieux continent. Réduire les émissions ne suffit donc pas, il faut en sus déployer des dispositifs de compensation visant à séquestrer l'équivalent des tonnes de carbone relâchées dans l'air. La mise en œuvre pratique du mécanisme suscite d'importantes discussions : à quelle échelle mesurer la compensation ? Doit-elle être obligatoire ou volontaire ? S'opère-t-elle en nature ou en argent ? Comment vérifier la réelle additionnalité de la mesure compensatoire ?

Un genre de compensation « par l'offre »⁵³ se rencontre déjà, sous la forme d'unités de réduction, aussi appelées « crédits carbone ». Il s'agit d'un mécanisme de financement par lequel une personne substitue, partiellement ou totalement, à une réduction de ses propres émissions l'achat auprès d'un

⁴⁷ « A chaque utilité, un bien ; à chaque bien, un régime, tel pourrait être le nouvel aphorisme de ce droit en transition » : H. Bosse-Platière, Rapport de synthèse du 114ème Congrès des notaires de France – Demain, le territoire, à paraître.

⁴⁸ Des biens aussi intimes pour le fonds de terre que l'eau, la biodiversité ou les services écologiques échappant à l'appropriation : v. B. Grimonprez, Les accessoires naturels des fonds ruraux, art. préc.

⁴⁹ A.-M. Patault, Introduction historique au droit des biens, PUF, 1989, p. 249 : qui fait le rapprochement entre la propriété des droits et les propriétés simultanées de l'ancien régime.

⁵⁰ En ce sens : Y. Emerich, Regard civiliste sur le droit des biens de la common law : pour une conception transsystème de la propriété, Rev. Gén. Droit, Vol. 38, 2008/2, p. 339-377 ; F. Girard, La propriété inclusive au service des biens environnementaux Repenser la propriété à partir du bundle of rights, Cahiers Droit, Sciences & Technologies, 6/2016, p. 185.

⁵¹ F. Orsi, Dictionnaire biens communs, PUF, 2017, p. 547 ; adde, Réhabiliter la propriété comme bundle of rights : des origines à Elinor Ostrom, et au-delà ?, RIDE 2014/3, p. 371.

⁵² V. n° spécial Annales des Mines - Responsabilité et environnement, 2018/1 : « ZEN 2050 : vers une Europe à Zéro Émission Nette en 2050 ? ».

⁵³ B. Grimonprez, La compensation écologique d'après la loi biodiversité, Dr. et patr. nov. 2016, p. 22.

tiers d'une quantité équivalente d'unités. Dans les faits, des entreprises ou institutions qui cherchent à atténuer leur bilan carbone financent des projets de réduction des émissions (généralement dans les pays du sud de l'annexe 1), comme la plantation de forêts ou le développement d'énergies renouvelables. Une fois certifiés ou labellisés, les projets donnent naissance à des « crédits carbone », soit dans le cadre des mécanismes de projet prévus par le protocole de Kyoto (MOC, MDP) (compensation réglementée)⁵⁴, soit en vertu de démarches purement privées (compensation volontaire)⁵⁵. Sans médire, on soulignera la logique purement financière du mécanisme, gage de son attractivité, mais pas forcément de son efficacité. Est de plus en plus mise en doute la stratégie de maintenir un niveau élevé d'émissions de GES dans les pays développés, sous couvert de financement de projets minimisant l'empreinte carbone à l'autre bout du monde.

Propriété des émissions carbonées. Raisonner sur la propriété des GES permettrait de transfigurer la compensation carbone. On veut dire que tout agent économique serait responsable de la quantité des polluants qu'il émet dans l'air ; d'où son obligation de les compenser intégralement. La philosophie du système est donc beaucoup plus stricte et contraignante.

Notre collègue William Dross a, le premier, proposé de faire de la propriété la clé de voûte de la compensation carbone⁵⁶. Dans sa démonstration, les GES sont qualifiés de fruits industriels appartenant à la personne qui les a générés par son activité. Et l'auteur de poursuivre que le propriétaire ne serait pas libre d'abandonner ses biens dans l'espace public. Il deviendrait ainsi possible de le contraindre en justice à les récupérer via une action dite « en réattribution »⁵⁷. Pratiquement, le propriétaire condamné serait tenu de stocker l'équivalent des quantités de gaz lui étant attribuées afin de parvenir à une somme d'émissions nulle. D'une mécanique implacable, le système séduit par son efficacité théorique. On devine aussi les réactions qu'il ne manquera pas de susciter sur le plan pratique. Dès lors qu'il repose sur une logique contentieuse, il peut paraître lourd et complexe, en comparaison de règles de police prises plus en amont lors de la phase d'autorisation des activités. La réticence pourrait aussi venir qu'une telle action s'étendrait *mutatis mutandis* à tous les types de rejets par chacun dans le milieu ambiant (nitrates, particules fines...). Enfin, devrait être éclaircie l'articulation des règles de droit privé avec les législations publiques spéciales relatives aux déchets ou aux permis d'émissions des GES (lesquels visent précisément à autoriser la dispersion d'une certaine quantité de CO2 dans l'atmosphère).

Un régime moins absolutiste, et plus baroque, consisterait à forger un dispositif compensatoire autonome – inspiré de la compensation des atteintes à la biodiversité (C. env., art. L. 163-1) – qui ferait place, pour sa mise en œuvre, au droit de propriété. Un tel système existe déjà dans notre droit en matière de déchets⁵⁸ et pour les sols pollués⁵⁹. Il érige le propriétaire de l'immeuble dégradé en garant de l'obligation de remise en état quand les débiteurs de premier rang – l'exploitant par exemple – ne peuvent pas être atteints. La même logique permettrait de considérer que c'est la propriété des GES qui rend son émetteur redevable envers la collectivité de la compensation. L'économie d'un procès en réattribution pourrait être faite en imposant l'obligation en amont, via notamment le dispositif de

⁵⁴ Les « crédits carbone » via les mécanismes de flexibilité du Protocole de Kyoto sont des unités négociables sur le marché (bourses carbone) : v. S. Pérez Correa *et al.*, « Le régime des crédits carbone générés par les projets de boisement ou de reboisement dans le cadre du mécanisme pour un développement propre : un défi pour les juristes et les développeurs de projet », *RJE* 2011/3, p. 345.

⁵⁵ La compensation volontaire concerne tous les acteurs souhaitant spontanément offrir une contrepartie à leurs émissions de GES par une réduction de même nature.

⁵⁶ W. Dross, De la revendication à la réattribution, art. préc., D. 2017, p. 2553.

⁵⁷ W. Dross, De la revendication à la réattribution, art. préc.

⁵⁸ CE, 1^{er} mars 2013, n° 348912, Hussong ; Cass., 3^e civ., 11 juillet 2012, n° 11-10.478.

⁵⁹ C. env., art. L. 556-3, II, 2°.

l'autorisation environnementale à laquelle doivent déjà se plier les entreprises polluantes (C. env., art. L. 181-1)⁶⁰. Ceci décrété, il resterait encore à résoudre la question des modalités d'application des mesures compensatoires.

Propriété du puit de carbone. La compensation carbone interviendra, la plupart du temps, au moyen d'actions de stockage géologique⁶¹ ou sein de la biomasse (arbres, haies, prairies). Le débiteur de l'obligation aura la possibilité de faire lui-même l'acquisition des infrastructures nécessaires à l'opération. Mais deux autres solutions sont envisageables.

Il s'agit, d'abord, de la compensation par l'offre, à travers l'achat de crédits carbone officiellement émis sur le marché. L'usage de ce procédé dépendra complètement des conditions dans lesquelles les projets de réduction seront habilités et comptabilisés.

Le choix devrait, ensuite, se porter sur la « compensation à la demande », selon laquelle le débiteur sollicite un tiers pour l'exécution de son obligation. Ce dernier peut être un opérateur spécialisé ou bien la personne qui maîtrise directement (en propriété ou en jouissance) les infrastructures servant au stockage (arbres à planter sur le fonds). Dans ce schéma, le prestataire accomplit le captage du carbone pour le compte de son propriétaire en échange d'un paiement pour service environnemental rendu⁶². De nouvelles interrogations ne manqueront pas alors d'éclorre. Le carbone appartiendra-t-il toujours à son producteur originaire ou bien à son détenteur en tant qu'accessoire incorporé aux immeubles servant à le piéger ? Quid s'il est prématurément relâché dans l'atmosphère (fuites, abattage des végétaux, retournement des parcelles) et participe ainsi au réchauffement climatique ? Quelle part de responsabilité de chacun, notamment vis-à-vis de la collectivité ? A n'en pas douter, les conventions conclues entre les différentes parties prenantes devront prévoir et répartir l'ensemble des risques inhérents à ces nouvelles pratiques.

Reciviliser le monde. Après cet exercice de réflexion – et surtout de divination ! –, connaître le sort que le droit climatique réserve à la propriété s'avère difficile. En dehors des mécanismes de marché, le droit privé des biens est très peu sollicité pour participer à la « cause ». Tout semble se dérouler en dehors de son magistère, conformément à une tendance maintenant bien ancrée en droit de l'environnement. Le législateur mondialisé se détourne de la propriété, n'y voyant semble-t-il qu'un monument historique des traditions nationales. Quant au législateur étatique, il ne songe même pas à toucher à ce totem, autour duquel se déchaînent les passions. Les mots restent immuables, mais les choses substantiellement changent : la propriété porte de moins en moins sur l'environnement pris matériellement et de plus en plus sur ses utilités traduites en termes de droits (d'accès, d'usage, de prélèvement...). Là se trouve, à notre sens, la clé de l'énigme consistant à faire du vieux moteur du capitalisme le véhicule neuf de la transition vers le monde d'après.

⁶⁰ Les « incidences notables » sur l'air et le climat des projets font déjà partie des critères des études d'impact (C. env., art. R. 122-5). Elles n'entrent toutefois pas pleinement dans le champ de la compensation écologique : B. Lormeteau, Regards sur les émissions de gaz à effet de serre dans le mécanisme de compensation écologique, RJE 2017/4, p. 671.

⁶¹ C. env., art. L. 229-32 et s.

⁶² L'obligation contractuelle de capter puis de conserver le carbone pourra être de nature personnelle – engageant la personne propriétaire ou locataire du terrain d'assise –, ou bien réelle conformément à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement dès lors qu'elle peut avoir « pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ».