

Les services écologiques ou le renouveau de la catégorie civiliste de fruits?

Sarah Vanuxem

Volume 62, Number 3, March 2017

Environment, Peoples, Power, and the Law: Reconceiving Relationships, (Re)building Bridges
Environnement, peuples, pouvoir et droit : déconstruire et reconstruire les perspectives

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1042773ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1042773ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

McGill Law Journal / Revue de droit de McGill

ISSN

0024-9041 (print)

1920-6356 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Vanuxem, S. (2017). Les services écologiques ou le renouveau de la catégorie civiliste de fruits? *McGill Law Journal / Revue de droit de McGill*, 62(3), 739–776.
<https://doi.org/10.7202/1042773ar>

Article abstract

What, in law—and more precisely, in the private law of property—is an “ecological service”? What legal classification should be given to “ecological services,” particularly within the civilian system? The author proposes that these benefits of nature should be understood as fruits in the French civilian sense, which is to say, things which are regularly produced by other things without altering their substance. More precisely, this argument holds that the triptych of natural, industrial, and civil fruits could be understood to mirror ecosystem services, environmental services, and payments for ecological services. In other words, this article examines the degree to which ecosystem services—advantages procured by one ecosystem for other ecosystems or for human societies—create new natural fruits; environmental services—advantages that humans bring to ecosystems—, new industrial fruits; and the payments made for these services, new civil fruits.

LES SERVICES ÉCOLOGIQUES OU LE RENOUVEAU DE LA CATÉGORIE CIVILISTE DE FRUITS?

*Sarah Vanuxem**

Qu'est-ce qu'un « service écologique » en droit et, plus précisément, en droit privé des biens? Quelle qualification juridique et, en particulier civiliste, conférer aux « services écologiques »? Nous formons ici l'hypothèse que ces bienfaits de la nature constituent des fruits au sens du droit civil français, c'est-à-dire des choses régulièrement produites par d'autres choses sans altération de la substance de celles-ci. Plus précisément, nous soutenons que le triptyque des fruits naturels, industriels et civils pourrait correspondre à celui des services écosystémiques, des services environnementaux et des paiements pour services écologiques. Autrement dit, nous examinons dans quelle mesure les services écosystémiques — ces avantages procurés par un écosystème à d'autres écosystèmes ou aux sociétés humaines — forment de nouveaux fruits naturels, les services environnementaux — ces avantages qu'apportent les Hommes aux écosystèmes — de nouveaux fruits industriels, et les paiements rendus pour ces services, de nouveaux fruits civils.

What, in law—and more precisely, in the private law of property—is an “ecological service”? What legal classification should be given to “ecological services,” particularly within the civilian system? The author proposes that these benefits of nature should be understood as fruits in the French civilian sense, which is to say, things which are regularly produced by other things without altering their substance. More precisely, this argument holds that the triptych of natural, industrial, and civil fruits could be understood to mirror ecosystem services, environmental services, and payments for ecological services. In other words, this article examines the degree to which ecosystem services—advantages procured by one ecosystem for other ecosystems or for human societies—create new natural fruits; environmental services—advantages that humans bring to ecosystems—, new industrial fruits; and the payments made for these services, new civil fruits.

* L'auteure tient à adresser ses plus vifs remerciements à la *Revue de droit McGill*, en particulier, à Laura Cárdenas et aux rédactrices et rédacteurs de la *Revue* pour leur minutieux et fort utile travail de lecture, à ses évaluateurs et ses évaluatrices pour leurs judicieux conseils et leurs fines observations, à Gaële Gidrol-Mistral et Carole Hermont qui, chacune à leur façon, l'invitèrent à traiter cette question, enfin à Benjamin Taïeb, pour sa lecture.

Introduction	741
I. Les services écosystémiques, néo-fruits naturels	745
<i>A. Des fruits continuels, au soutien des choses frugifères</i>	746
<i>B. Des fruits toujours pendants, au bénéfice de tous</i>	748
<i>C. Des fruits intellectuellement dissociés et choses d'usage commun</i>	751
II. Les services environnementaux, néo-fruits industriels	753
<i>A. La division des fruits naturels et industriels revisitée</i>	753
<i>B. Les services environnementaux, des fruits industriels de la Terre-mère</i>	756
<i>C. La protection des fruits produits ou des services rendus par l'environnement</i>	758
III. Les paiements pour services écologiques, néo-fruits civils	760
<i>A. Les PSE, des fruits en représentation des fruits naturels ou industriels</i>	760
<i>B. Les PSE, des fruits en compensation de l'industrie ou des privations consenties</i>	764
<i>C. Les PSE, des fruits indus : les arrérages de nouvelles rentes?</i>	767
Conclusion : le champ des possibles	770
<i>A. Rejeter l'hypothèse frugifère et considérer les services écologiques telle une dimension commune des choses</i>	770
<i>B. Concéder l'apparition simultanée des services écologiques et des PSE, mais accepter l'évolution du droit de propriété</i>	773
<i>C. Refuser les PSE et préserver la valeur d'usage des choses productrices de services écologiques</i>	774

Introduction

Qui se met en quête des moyens juridiques de préserver l'environnement a tôt fait de rencontrer la notion de « services écologiques »¹ ou ses multiples avatars : les « services écosystémiques », les « services environnementaux », les services associés à la biodiversité, « rendus par la biodiversité », ou bien encore « rendus par la forêt » ou « par les écosystèmes »². Au niveau international, la conférence des parties à la *Convention sur la diversité biologique* s'est, ainsi, fixée pour objectif, le 18 octobre 2010 à Nagoya, de valoriser, conserver et restaurer la biodiversité *afin que perdurent les services rendus par les écosystèmes* : l'article 14 du nouveau plan stratégique pour la diversité biologique 2011-2020 et des objectifs d'Aichi prévoit que « [d]’ici à 2020, les écosystèmes qui fournissent des services essentiels, en particulier l’eau et contribuent à la santé, aux moyens de subsistance et au bien-être, sont restaurés et sauvegardés »³. Au niveau européen, l’Union européenne a adopté une nouvelle stratégie pour la biodiversité en 2011. À cette occasion, elle s’est promis « [d]’enrayer la perte de biodiversité et la dégradation des services écosystémiques dans l’[Union Européenne] d’ici à 2020 », et d’assurer « leur rétablissement, dans la mesure du possible »⁴. À l’échelon français — qui sera notre pays de référence — la Stratégie nationale pour la biodiversité 2011–2020 s’est donnée pour but de « [p]réserver les écosystèmes et leur fonctionnement », essentiels pour la production de « services utiles à l’homme »⁵.

Avec la récente adoption de la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, la protection ju-

¹ Voir par ex Mélodie Fèvre, *Les services écologiques et le droit : une approche juridique des systèmes complexes*, thèse de doctorat en droit, Université Côte d’Azur, 2016 à la p 13 [non publiée].

² Voir par ex Alexandra Langlais, « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d’équité environnementale pour les agriculteurs? Réflexions juridiques », (2013) 413 *Droit rural*, étude 7 au para 18; Marie Hrabanski et Elodie Valette, « Organisations environnementales et services écosystémiques : stratégies de diffusion du concept et opportunités politiques », en ligne : (2012) 12:3 *Vertigo* au para 24 <www.vertigo.revues.org>; Fèvre, *supra* note 1 aux pp 520, 610.

³ Secrétariat de la Convention sur la diversité biologique, « Plan stratégique pour la diversité biologique 2011–2020 et les Objectifs d’Aichi », en ligne : <<https://www.cbd.int/doc/strategic-plan/2011-2020/Aichi-Targets-FR.pdf>>.

⁴ CE, Commission, *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : la biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel, stratégie de l’UE à l’horizon 2020*, Bruxelles, 2011 à la p 2.

⁵ France, Ministère de l’Écologie, du Développement durable et de l’Énergie, *Stratégie nationale pour la biodiversité 2011–2020*, MEDDE, La Défense, 2012 à la p 23. Pour plus d’exemples, voir Fèvre, *supra* note 1 aux pp 13–15.

ridique des services fournis par la biodiversité, les milieux et les ressources naturelles se trouve encore renforcée⁶. Dans ces conditions, les juristes spécialisés en droit de l'environnement ne sauraient manquer d'étudier les « services écologiques » — une expression que nous emploierons de manière générique pour renvoyer, tout à la fois, aux « services écosystémiques » et aux « services environnementaux ». Les travaux sont, d'ailleurs, relativement nombreux qui traitent des contrats de service écologique et s'interrogent sur l'exécution des prestations écologiques, ainsi que sur leur contrepartie : les dénommés paiements pour service écologique (PSE)⁷. En revanche, la question de la qualification des services écologiques ne semble pas avoir retenu l'attention de beaucoup d'auteurs⁸. Tout se passe, alors, comme si l'étude du régime juridique des services écologiques avait été réalisée avant celle de leur nature juridique⁹ ou que l'on s'était davantage intéressé à l'exécution des contrats de service écologique qu'à leurs conditions de formation, sans prendre le temps de cerner précisément leur objet. Revenant en amont, nous nous poserons donc la question suivante : qu'est-ce qu'un « service écologique » en droit et, plus précisément, en droit privé des biens? Quelle qualification juridique et, en

⁶ Voir *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, JO, 9 août 2016, 0184, art 2 [*Loi n° 2016-1087*] (complétant respectivement les dispositions I et II de l'article L110-1 du *Code de l'environnement* [C environ] par les phrases ainsi rédigées : « Ce patrimoine [les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité] génère des *services écosystémiques* et des valeurs d'usage » [nos italiques]; « [c]e principe [d'action préventive et de correction par priorité à la source, des atteintes à l'environnement] implique d'éviter les atteintes à la *biodiversité et aux services qu'elle fournit*; à défaut, d'en réduire la portée; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites » [nos italiques]). Voir aussi art L110-1(III)(2) C environ (« [l]a préservation de la biodiversité, des milieux, des ressources ainsi que la *sauvegarde des services qu'ils fournissent* et des usages qui s'y rattachent » [nos italiques]).

⁷ Pour une liste d'exemples, voir Fèvre, *supra* note 1 à la p 13, nn 1–7. Voir aussi Isabelle Doussan et Gilles Martin, « Les PSE à la lumière de la théorie générale des contrats » dans Alexandra Langlais, dir, *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux : quels questionnements juridiques?*, Presses Universitaires de Rennes [à paraître en 2017].

⁸ Voir toutefois Fèvre, *supra* note 1 aux pp 68–70. Après avoir consacré un paragraphe à « la question de la qualification juridique des services écologiques par le droit privé des biens » et évoqué les qualifications de « biens » (avancée par Gilles Martin), de « dimension collective conférée à l'utilité d'un bien approprié » (Philippe Billet) et « [d']utilités communes, créatrices d'obligations minimums limitantes pour le droit de propriété » (Thierry Revet), Mélodie Fèvre annonce « se positionner davantage en amont » et renoncer à « l'analyse des services par les outils du droit des biens » (*ibid* aux pp 69–70).

⁹ Nous remercions Carole Hermont pour avoir attiré notre attention sur ce point et pour nous avoir invitée à travailler sur ce sujet dans le cadre du séminaire de l'atelier IDEX Services écosystémiques, Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'Environnement, à l'Université Toulouse Capitole, le 26 mai 2016.

particulier civiliste, conférer aux « services écologiques » et à ses deux espèces que sont les « services écosystémiques » et les « services environnementaux »?

Une possibilité serait de partir de la notion de service en droit. Dans cette perspective, l'on s'interrogerait sur la spécificité des services de type « écologiques ». Nous n'explorerons pas, toutefois, cette voie car nous craignons qu'elle ne nous mène bien vite au droit des contrats, *via* le louage d'ouvrage ou de chose, et nous dispense de la recherche d'une qualification juridique, lesdits services étant d'emblée rangés dans la catégorie de... services. Plutôt, donc, que de s'arrêter au mot ou signifiant « services », l'on se propose de revenir au sens couramment donné à ces services spéciaux : quand les services écosystémiques désignent les avantages procurés par un écosystème à d'autres écosystèmes ou aux sociétés humaines, les services environnementaux signifient les avantages qu'apportent les humains aux écosystèmes. Ces définitions étant originellement libellées en anglais, il est loisible de traduire le mot *benefits* par celui d'« avantages » ou par ceux de « bénéfiques », de « bienfaits », d'« utilités » et, bien sûr, de « services ». Ainsi Georges Serpantié, Philippe Méral et Cécile Bidaud retracent l'histoire de la notion de services écosystémiques en la rapportant à l'« idée écologique » de « bienfaits de la nature »¹⁰. La question liminaire posée devient, alors, la suivante : à quoi correspondent, en droit, ces avantages, bénéfiques, utilités ou « bienfaits de la nature »?

Notre hypothèse est que ces bienfaits constituent des « fruits » au sens civiliste du terme, c'est-à-dire des choses régulièrement produites par d'autres choses sans altération de la substance de celles-ci. En faveur de cette qualification de fruits, nous relèverons trois indices : premièrement, le sens commun du mot « fruit » plaide en faveur d'une affinité avec les services écologiques. Selon le *Dictionnaire historique de la langue française*, un fruit signifie, d'abord, un « résultat avantageux que produit [quelque chose] », un « bénéfice tiré (de [quelque chose]) » et, par extension, « l'effet, bon ou mauvais » — le bienfait ou méfait — de quelque chose comme — pourquoi pas? — d'un écosystème¹¹. Deuxièmement, certains des services écosystémiques comptent parmi les exemples les plus courants de fruits. Ainsi les récoltes des terres ou produits agricoles sont qualifiés de « services d'approvisionnement » par les auteurs de

¹⁰ Voir Georges Serpantié, Philippe Méral et Cécile Bidaud, « Des bienfaits de la nature aux services écosystémiques : éléments pour l'histoire et l'interprétation d'une idée écologique », en ligne : (2012) 12:3 Vertigo <www.vertigo.revues.org>.

¹¹ Alain Rey, dir, *Dictionnaire historique de la langue française*, Paris, Dictionnaires Le Robert, 1992, *sub verbo* « fruit » [*Dictionnaire historique de la langue française*].

l'Évaluation des écosystèmes pour le millénaire¹² (EM) et de « fruits » par les juristes civilistes¹³. Troisièmement, une rapide revue de la littérature juridique sur les services écologiques atteste qu'un rapprochement a pu être opéré entre cette dernière expression et la notion civiliste de fruit, quoiqu'aucune étude de fond n'ait, semble-t-il, été entreprise¹⁴.

Sur le plan théorique, l'identification des services écologiques aux fruits pourrait avoir quelque vertu. Pour le dire simplement, elle pourrait nous permettre de prendre du recul : on sait que la notion de service écologique et, en particulier, celle de PSE sont au cœur de controverses. Présentés telle une manifestation de l'inexorable avancée du modèle occidental moderne, les PSE font l'objet de critiques acerbes¹⁵. Ces paiements illustreraient la manière dont le capitalisme récupère des innovations dites alternatives, en l'occurrence l'« idée écologique »¹⁶ de service écologique. Ils

¹² Évaluation des écosystèmes pour le millénaire, Déclaration du Conseil d'administration, « Vivre au-dessus de nos moyens : actifs naturels et bien-être humain » (mars 2005) à la p 17, en ligne : <millenniumassessment.org/fr/index.html> [*Rapport de l'EM*].

¹³ Voir par ex Jean-Baptiste Seube, *Droit des biens*, 5^e éd, 2010, Paris, Lexis Nexis, 2010 au para 41; Christian Atias, *Droit civil : les biens*, 10^e éd, Paris, Lexis Nexis, 2009 au para 39 (l'auteur donne l'exemple des « fruits des arbres »); Jean Carbonnier, *Droit civil*, t 3, 19^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2000 au para 60 (l'auteur donne l'exemple du « foin », des « fruits des arbres », du « blé », des « légumes », de la « récolte » d'un « champ »); François Terré et Philippe Simler, *Droit civil : les biens*, 9^e éd, Paris, Dalloz, 2014 au para 15 (les auteurs donnent l'exemple des « récoltes »).

¹⁴ Voir Mission économie de la biodiversité, Humanité et biodiversité et Fondation Nicolas Hulot pour la nature et l'homme, *Droits réels au profit de la biodiversité : comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux?*, Paris, 2014 aux pp 10–11, en ligne : <www.mission-economie-biodiversite.com/actualites/nouvelle-publication-droits-reels-au-profit-de-la-biodiversite-comment-le-droit-peut-il-contribuer-a-la-mise-en-oeuvre-des-paiements-pour-services-environnementaux>. Se référant à l'article 583 du code civil, les auteurs notent :

Ces avantages consistent classiquement à exploiter des “fruits naturels” (ceux qui sont le “produit spontané de la terre”), et des “fruits industriels”, obtenus par culture. Cette désignation ne va pas sans interpeller à l'heure où émerge la notion des services écosystémiques : ces derniers, après tout, ne constituent-ils pas les “fruits naturels” du foncier sous-jacent? [emphases omises] (à la p 10).

À propos du carbone comme nouveau fruit des arbres, voir Sergio Pérez Correa, Julien Demenois et Matthieu Wemaere, « 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 » (2011) 36:3 RJE 345 aux pp 359–64.

¹⁵ Voir par ex Virginie Maris, *Nature à vendre : les limites des services écosystémiques. Conférences-débats organisées par le groupe Sciences en questions à l'Inra en 2013 : le 15 février à Dijon, le 18 février à Nancy, le 25 mars à Avignon*, Versailles, Quæ, 2014.

¹⁶ Serpantié, Méral et Bidaud, *supra* note 10.

participeraient d'un vaste processus de marchandisation du monde, lequel mouvement jetterait le discrédit sur eux. Dans la mesure, toutefois, où la notion de fruits date de l'époque romaine et précède l'apparition de notre ère capitaliste, l'identification des services écologiques aux fruits pourrait autoriser à les considérer indépendamment des débats d'ordre politique. Qualifiés de *fructus*, les services écologiques pourraient, en d'autres termes, nous apparaître sous un jour nouveau, à distance des actuelles querelles doctrinales.

Mais il se pourrait, aussi, que l'approche par la notion romaine de fruits, loin de renouveler les termes du débat, reconduise, voire radicalise le procès fait aux PSE et, au-delà, à la notion de service écologique. Nous pourrions, en effet, découvrir que ces critiques n'intéressent pas seulement la période contemporaine, mais portent jusqu'à l'époque romaine¹⁷, et que ce qui se trouve, en définitive, mis en cause sur le terrain du droit, avec les bouleversements écologiques, c'est notre tradition juridique elle-même : la tradition romano-germanique, encore dénommée « tradition civiliste ». De fait, la notion romaine de fruits pose la question de la place et du rôle respectifs de la nature et des humains en droit en ce qu'elle connaît une division entre les fruits spontanés de la nature — les « fruits naturels » — et les fruits issus du travail des Hommes — les « fruits industriels ». La notion de fruits pose aussi la question du statut de la nature en regard de la cité dès lors qu'elle distingue les fruits organiques, « naturels » et « industriels » — des fruits obtenus à l'occasion de la chose, généralement par l'effet d'un contrat — les « fruits civils ».

Or si les services écologiques sont — comme nous en faisons l'hypothèse — des fruits au sens juridique du terme, ce triptyque des fruits naturels, industriels et civils pourrait se trouver réitéré ou dupliqué avec les notions de services écosystémiques, de services environnementaux et de PSE. En d'autres termes, les services écosystémiques pourraient former de nouveaux fruits naturels (partie I), les services environnementaux de nouveaux fruits industriels (partie II) et les PSE de nouveaux fruits civils (partie III).

I. Les services écosystémiques, néo-fruits naturels

Si les services écosystémiques se présentent tels des modèles de fruits naturels (partie I-A), nous ne saurions ignorer leurs spécificités (partie I-

¹⁷ À noter qu'une forme de capitalisme antique pourrait avoir existé (voir Barry Gills et Robert Denemark, « L'hypothèse de la continuité historique du système monde » dans Philippe Beaujard, Laurent Berger et Philippe Norel, dir, *Histoire globale, mondialisations et capitalisme*, Paris, La Découverte, 2009, 203). Je remercie les évaluateurs du présent texte d'avoir attiré mon attention sur ce point.

B) : intellectuellement dissociés de leur chose-mère, les services écosystémiques pourraient former des fruits d'usage commun (partie I-C).

A. *Des fruits continuels, au soutien des choses frugifères*

Le *Lexique des termes juridiques* définit les fruits tels des « [b]iens produits périodiquement et régulièrement par les choses sans altération de leur substance »¹⁸. Le doyen Jean Carbonnier les définit tels des biens accessoires qui sortent « périodiquement d'un bien principal [...] sans que la substance de celui-ci s'en trouve diminuée »¹⁹. Selon, Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, « [l]es fruits sont des biens produits par un autre bien sans diminuer ni altérer sa substance »²⁰. Dans cette perspective, le caractère périodique de la génération des fruits n'est pas déterminant; ce qui importe est que la chose-mère ne soit pas atteinte dans sa substance, sans quoi ses procréations ne seraient pas des fruits, mais des produits. À l'inverse, Joseph Caillot, auteur d'une thèse sur l'acquisition des fruits en droit romain, regarde la périodicité de la production tel le caractère essentiel des fruits et le fait que le renouvellement des produits « laisse la chose intacte », soit la « persistance de la production » ou « possibilité d'une perception indéfinie », comme le second caractère des fruits²¹.

En toute hypothèse, quelque conception l'on adopte des fruits, les services écosystémiques répondent à leur définition. D'une part, les services produits par un écosystème, loin d'attenter à ce dernier, participent de cycles vertueux susceptibles de bénéficier à d'autres écosystèmes qui, à leur tour, pourront produire des services profitant au premier. « Comme on le sait[, observent des auteurs,] les écosystèmes jouent un rôle essentiel dans le maintien de tous les [services écosystémiques], lesquels sont, à leur tour, "systémiques" »²². D'autre part, si certains des services écosystémiques sont rendus périodiquement, par intervalles (telles les récoltes

¹⁸ Serge Guinchard et Thierry Debard, dir, *Lexique des termes juridiques*, 24^e éd, Paris, Dalloz, 2016, *sub verbo* « fruits » [*Lexique des termes juridiques*].

¹⁹ Carbonnier, *supra* note 13 au para 60.

²⁰ Frédéric Zenati-Castaing et Thierry Revet, *Les biens*, 3^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2008 au para 123. Le droit civil québécois connaît également cette notion de fruits : l'art 910 al 1 CcQ prévoit que les fruits « sont ce que le bien produit sans que sa substance soit entamée ».

²¹ Joseph Caillot, *De l'acquisition des fruits par le possesseur en droit romain : la coutume de Nivernais étudiée dans ses différences avec le droit commun coutumier*, Paris, Charles Noblet, 1887 à la p 7.

²² Sophie Lavallée et Jérôme Dupras, « Regards sur les systèmes de paiements pour services écosystémiques en milieu agricole au Québec », en ligne : (2016) 7:1 Développement durable & territoires au para 7 <developpementdurable.revues.org/>.

des terres), d'autres sont produits avec plus de régularité encore (par exemple, la séquestration de carbone par les arbres opère de manière presque continue). À telle enseigne que l'on parle de *flux* de services, de *processus* des écosystèmes, ou de *fonctions* assurées par des ressources naturelles, autant de termes qui évoquent la persévérance ou constance de ces avantages, bénéfiques ou bienfaits apportés par les écosystèmes.

Des fruits au sens juridique du terme, les services écosystémiques pourraient, plus précisément, former des fruits naturels²³. Les fruits naturels désignent, en effet, des « accroissements périodiques d'une chose produits par le jeu naturel de ses forces organiques »²⁴. Ce sont des fruits que « la terre produit spontanément, sans le secours de l'homme »²⁵, que « la chose produit spontanément et sans travail de l'homme »²⁶. Or les services écosystémiques signifient les avantages que les écosystèmes offrent par eux-mêmes, pour d'autres écosystèmes ou pour les êtres humains. S'ils répondent aux besoins de ces derniers ou « correspondent aux bénéfices que les hommes retirent des écosystèmes », les services écosystémiques n'en sont pas moins produits par les écosystèmes eux-mêmes²⁷.

Il faut, néanmoins, reconnaître que la qualification de fruits naturels des services écosystémiques peut surprendre. Depuis le rapport de 2005 de l'EM, on distingue quatre espèces de services écosystémiques : les « services de prélèvement », les « services de régulation », les « services culturels », et les « services d'auto-entretien »²⁸. Or seuls les exemples donnés de services de prélèvement (l'eau, le bois de construction et la

²³ Voir art 583 al 1 C civ (« [l]es fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels »); *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, « Usufruit » par Annie Chamboulaud-Trapiers au n° 158; *Juris-classeur civil*, art 582, fasc 10 par Virginie Mercier au para 10; art 910 al 2 CcQ (cet article, s'il ne reprend pas l'expression de « fruits naturels », dispose que sont « classés parmi les fruits ce qui est produit spontanément par le bien [...]. Le croît des animaux, de même que ce qu'ils produisent, sont également classés parmi les fruits »).

²⁴ Voir Caillot, *supra* note 21 à la p 1.

²⁵ APA Baume, *Cours élémentaire de droit usuel*, 3^e éd, Paris, Jules Delalain, 1847 au para 238.

²⁶ *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, « Accession » par Frédérique Cohet au n° 42.

²⁷ Claire Etrillard, « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », en ligne : (2016) 7:1 Développement durable & territoires au para 7 <www.developpementdurable.revues.org> [Etrillard, « Nouveaux instruments »].

²⁸ *Rapport de l'EM*, *supra* note 12 à la p 7.

fibres²⁹) renvoient aux spécimens de fruits naturels couramment cités par les juristes, comme l'herbe des champs ou le fourrage des prairies, les fruits des arbres non cultivés ou les champignons³⁰. Représentant « les produits de récolte »³¹, les *services d'approvisionnement* peuvent être aisément rapprochés des fruits naturels ou « productions de la terre »³². En revanche, les « services de régulation qui affectent le climat, les inondations, la maladie, les déchets, et la qualité de l'eau », les « services culturels qui procurent des bénéfices récréatifs, esthétiques, et spirituels » et les « services d'auto-entretien tels que la formation des sols, la photosynthèse, et le cycle nutritif »³³ paraissent plus difficiles à ranger dans la catégorie des fruits naturels. Considérer la photosynthèse ou le cycle nutritif comme des fruits naturels, voilà qui déroge aux représentations habituelles.

Faut-il admettre qu'avec l'apparition des services écosystémiques de nouveaux fruits ont fait leur entrée dans le monde du droit? L'on pourra hésiter à franchir le pas. Car les services écosystémiques, s'ils répondent à la définition des fruits naturels, présentent, à l'évidence, certaines spécificités.

B. Des fruits toujours pendants, au bénéfice de tous

Pour qualifier les services écosystémiques de fruits, il est une condition que nous avons omise et qui pourrait ne pas toujours être remplie : la séparation physique, organique des avantages ou bienfaits de l'écosystème dont ils proviennent. Dans leurs thèses respectives sur l'acquisition des fruits en droit romain, Joseph-Frédéric-Alfred Mettetal, Edmond-Louis-Marie Barbedor et Joseph Caillot précisent chacun que les fruits doivent être détachés de la chose qui les a produits pour être qualifiés de fruits³⁴. Avant leur sortie de la chose-mère, « renfermés dans le sein de la chose,

²⁹ Voir *Millennium Ecosystem Assessment, Ecosystems and Human Well-Being: a Framework for Assessment*, Washington, Island Press, 2003 à la p 57.

³⁰ Voir Cohet, *supra* note 26 au n° 42.

³¹ Serpantié, Méral et Bidaud, *supra* note 10 au para 1.

³² Edmond-Louis-Marie Barbedor, *De l'acquisition des fruits en droit romain et en droit français*, Rennes, Oberthur et Fils, 1876 aux pp 5–7.

³³ Etrillard, « Nouveaux instruments », *supra* note 27 au para 7 citant Évaluation des écosystèmes pour le millénaire, « Rapport de synthèse de l'Évaluation des écosystèmes pour le millénaire : version provisoire finale destinée à la revue pour impression » (2005) à la p 9, en ligne : <millenniumassessment.org/fr/index.html>.

³⁴ Voir Joseph-Frédéric-Alfred Mettetal, *De l'acquisition des fruits en droit romain et en droit français*, Paris, Imprimeur de l'Empereur, 1863 aux pp 9–10; Barbedor, *supra* note 32 aux pp 8–10; Caillot, *supra* note 21 à la p 11.

[les fruits] en font une partie intégrante et homogène » et ne s'en distinguent pas³⁵.

Citant le Digeste, Barbedor écrit ainsi qu'il faut « distinguer les fruits encore attachés à la chose qui les a produits, *fructus pendentes ou stantes* » de « ceux qui en sont séparés, *fructus separi*. Dans le premier cas, les fruits n'ont pas d'existence propre : *fructus pendentes pars fundi videntur* [...]; mais une fois séparés, ils acquièrent une existence propre; ce ne sont plus des accessoires, suivant le sort du principal [...]. Ils deviennent [...] un principal; ils naissent à la vie juridique » [référence omise]³⁶. Barbedor ajoute : « [t]ant que les fruits ne sont pas séparés de la chose qui les a produits, ils n'ont pas une existence distincte : Je n'ai pas un arbre et des fruits, un champ et des moissons, une vache et son veau; mais j'ai un arbre chargé de fruits, un champ couvert de récoltes et une vache pleine »³⁷.

Mais que dire, alors, des services écosystémiques autres que d'approvisionnement, c'est-à-dire de ceux qui ne consistent pas en des « productions de la terre » : ne sont-ils pas nécessairement liés à l'écosystème qui les produit? Qu'ils réalisent la photosynthèse ou séquestrent du dioxyde de carbone, les arbres n'apparaissent pas séparables des services rendus. Et l'on peut même se demander si le rattachement physique à l'écosystème qui les génère ne constitue pas une condition de possibilité des services culturels, d'auto-entretien et de régulation. À l'examen, la majorité des services écosystémiques formeraient des fruits toujours pendants, des parts intégrantes ou composantes indissociables de la chose-matrice ou Terre-mère.

Il faut, par ailleurs, observer que les services écosystémiques, s'ils sont des fruits, ne soulèvent pas — sauf les services d'approvisionnement — les mêmes problèmes que d'ordinaire : il est classique de s'interroger sur la propriété des fruits « à l'instant où ils conquièrent leur indépendance »³⁸. Qui du propriétaire ou du possesseur de la chose frugifère en acquiert les fruits? À quelles conditions et dans quelle mesure l'un ou l'autre peuvent-ils percevoir les fruits et les consommer? Les réponses divergent : pour les uns, le droit du propriétaire demeure le principe, celui du possesseur, l'exception³⁹. Ces auteurs se demandent, ensuite, si l'acquisition des fruits par le propriétaire résulte directement de l'exercice de son droit de propriété sur la chose frugifère ou s'il faut voir, dans cette

³⁵ Mettetal, *supra* note 34 à la p 12.

³⁶ Barbedor, *supra* note 32 à la p 8.

³⁷ Barbedor, *supra* note 32 à la p 10. Voir aussi Caillot, *supra* note 21 aux pp 11–12.

³⁸ Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 122.

³⁹ Voir Caillot, *supra* note 21 à la p 12.

acquisition, une application de la théorie de l'accession⁴⁰. Pour les autres, ce n'est pas la propriété, mais la possession, qui donne accès aux fruits. Ainsi Zenati-Castaing et Revet admettent un principe « nulle part formulé de manière générale selon lequel le fait de la possession permet d'acquérir les fruits de la chose possédée »⁴¹. De même, Philippe Malaurie et Laurent Aynès considèrent que « le droit aux fruits n'est pas tant lié à la propriété qu'à la possession de bonne foi »⁴².

Or, force est de constater que la notion de services écosystémiques se prête mal à ce type de questionnement. Car ces avantages ou bienfaits ne profitent pas seulement au propriétaire, ni même au possesseur de la chose frugifère, par exemple une forêt, mais bénéficient à tous. C'est l'une des caractéristiques des services écosystémiques que d'être à l'usage de tous, ce pourquoi on peut lire qu'ils constituent des biens publics, des biens ou patrimoines communs ou des choses insusceptibles d'appropriation.⁴³ Respirant l'air, nous bénéficions tous de la séquestration de CO₂ que réalisent les bois et les océans; buvant l'eau, nous profitons tous de la purification d'H₂O qui procède, par exemple, des sols.

Dès lors, nous pourrions abandonner l'hypothèse frugifère au motif que les services écosystémiques ne se dissocient guère physiquement des choses qui les génèrent⁴⁴. Cependant, le monde juridique ne recouvre pas nécessairement la réalité physique. Aussi le droit pourrait-il opérer une césure entre les choses de la Nature et ses émanations, quand bien même il n'existerait pas entre elles de coupure génétique.

⁴⁰ Voir Mettetal, *supra* note 34 aux pp 10, 14.

⁴¹ Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 504.

⁴² Philippe Malaurie et Laurent Aynès, *Les biens*, 6^e éd, Issy-les-Moulineaux, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2015 au para 440. *Contra* Cohet, *supra* note 26 au n° 440.

⁴³ Voir par ex Gilles J Martin, « Les “biens-environnement”, biens communs ou biens marchands? » dans Isabelle Doussan, Gilles J Martin et Pascale Steichen, dir, *Les nouveaux marchés de l'environnement*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2010, 61; François-Guy Trébulle, « Les titres environnementaux » dans Erik Le Dolley, dir, *Les concepts émergents en droit des affaires*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2010, 411; Daniel Compagnon, « La conservation de la biodiversité, improbable bien public mondial » dans François Constantin, dir, *Les biens publics mondiaux: un mythe légitimateur pour l'action collective?*, Paris, L'Harmattan, 2002, 163 (dans le sens de la qualification de « patrimoine commun »); Marie-Pierre Camproux-Duffrène, « Un statut juridique protecteur de la diversité biologique : regard de civiliste » (2008) 33:1 RJE 33 (dans le sens de la qualification de choses insusceptibles d'appropriation).

⁴⁴ Pour ceux qui préféreraient abandonner l'hypothèse frugifère, voir ci-dessous la sous-partie A de notre conclusion.

C. Des fruits intellectuellement dissociés et choses d'usage commun

S'ils peuvent choisir de reconnaître et redoubler l'apparente « nature des choses », les juristes peuvent aussi substituer une fiction à ce qui leur semble être la réalité⁴⁵. En l'occurrence, le droit pourrait instituer les services écosystémiques quand bien même l'existence biologiquement distincte de ces derniers ne serait pas démontrée. Quoique les services écosystémiques se distinguent mal des écosystèmes qui les génèrent, le juriste pourrait postuler leur détachement et les constituer en objets de droit. Il se pourrait, d'ailleurs, que nous assistions à une telle opération lorsque le législateur fait mention des « services écologiques », des « services associés à la biodiversité » ou des services « rendus par la forêt ou par les écosystèmes ». S'agissant des fruits naturels, la distance prise au regard de la réalité biologique ne devrait pas surprendre : autorisé à « modeler la nature pour l'adapter » à ses besoins, un propriétaire pourrait attribuer la qualité de fruits aux arbres de haute de futaie que l'on tient généralement, et à l'inverse des taillis, pour des produits⁴⁶. De manière analogue, le juge pourrait choisir de reconnaître leur autonomie aux services écosystémiques et les qualifier de fruits plutôt que de les regarder telles des parties indissociables des écosystèmes.

Artificiellement détachés de leurs écosystèmes générateurs, les services écosystémiques présenteraient toutefois cette spécificité de constituer des fruits d'usage commun : que l'on ouvre le *Lexique des termes juridiques*, le manuel du Doyen Carbonnier ou le traité de Zenati-Castaing et Revet, chaque fois les fruits sont présentés comme une espèce de biens⁴⁷, c'est-à-dire, dans leur vision, telles des choses dévolues à l'usage exclusif de leur propriétaire. Or c'est à tous, et non seulement à leurs éventuels propriétaires, que les écosystèmes rendent des services ou offrent leurs fruits. Pour qualifier de fruits les services écosystémiques, il faudrait donc admettre que les fruits ne naissent pas nécessairement sous le régime des biens, et que les choses frugifères peuvent également engendrer des choses communes. La qualité de biens n'étant pas tenue pour une qualité essentielle des fruits — au contraire, par exemple, de leur périodicité —, nous ne devrions guère avoir de difficulté à proclamer l'advenue, avec les services écosystémiques, de *fructus res communes*. Il se pourrait, en effet, que les fruits soient rangés dans la catégorie des biens du fait d'une simple habitude de langage ou d'une propension à déprécier

⁴⁵ Voir Yan Thomas, *Les opérations du droit*, Paris, École des hautes études en sciences sociales, 2011 aux pp 133–69.

⁴⁶ Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 125.

⁴⁷ Voir *Lexique des termes juridiques*, *supra* note 18, *sub verbo* « fruits »; Carbonnier, *supra* note 13 au para 60; Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 126.

les choses communes, jusqu'à peu présentées comme une notion pré-juridique ou surannée⁴⁸.

« Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous », dispose l'article 714 du *Code civil* français confirmant la réalité juridique des choses communes; « [d]es lois de police règlent la manière d'en jouir », ajoute l'alinéa 2. Dans la mesure, d'une part, où les services écosystémiques profitent à tous, et non seulement à l'éventuel propriétaire ou possesseur de la chose frugifère, et où, d'autre part, le législateur prend des mesures pour préserver les services que génèrent les écosystèmes, les services écosystémiques forment des *res communes*; les conditions posées aux alinéas 1 et 2 de l'article 714 s'avèrent réunies.

Avec l'apparition de ces nouveaux *fructus res communes*, le traditionnel rapport entre les choses frugifères et les fruits pourrait se trouver inversé : « L'idée générale est que les fruits ont physiquement moins de consistance, économiquement moins de valeur que le capital », si bien que l'aliénation des fruits (par exemple, la vente de récoltes) constitue un acte d'administration, et l'aliénation d'un fonds (ou des produits) un acte de disposition⁴⁹. Or, les services écosystémiques pourraient avoir plus d'importance, sur un plan écologique voire économique, que la chose-mère. Par exemple, le service de séquestration de CO₂ pourrait avoir davantage de valeur, en certaines circonstances, que les arbres eux-mêmes. Et cette inversion du rapport entre une chose et ses fruits pourrait justifier l'imposition de servitudes sur la chose frugifère, telle une forêt, au profit des services rendus par icelle. Serait ainsi instaurée une servitude pré-diale grevant la forêt, le fonds servant, au profit de ses fruits naturels, le fonds dominant⁵⁰.

Quoi qu'il en soit, et à supposer que l'on accepte de qualifier les services écosystémiques de fruits naturels, les services environnementaux feraient figure de fruits industriels.

⁴⁸ Voir Frédéric Zenati, *Les biens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1988 au para 19.

⁴⁹ Carbonnier, *supra* note 13 au para 60.

⁵⁰ Une telle servitude pourrait être rapprochée de l'« obligation réelle environnementale », créée par la *Loi n° 2016-1087*, quoique cette dernière obligation ne soit pas présentée telle une servitude pré-diale, affectée à un fonds dominant (*supra* note 6, art 72). Voir Gilles-J Martin, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement » (2008) (numéro spécial) RJE 123; Gilles J Martin, « La servitude contractuelle environnementale : l'histoire d'une résistance » dans Sarah Vanuxem et Caroline Guibet-Lafaye, dir, *Repenser la propriété : un essai de politique écologique*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2015, 89; GJ Martin, « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale » (2016) 249 *Dr environnement* 16.

II. Les services environnementaux, néo-fruits industriels

Renouvelant la division des fruits naturels et industriels, la distinction des services écosystémiques et environnementaux invite à penser le rapport des humains à la « nature » autrement qu'en termes d'opposition (partie II-A) : des fruits industriels de la nature personnifiée, les services environnementaux peuvent être envisagés sous l'angle des droits fondamentaux (partie II-B) et considérés tels des objets à protéger, à l'image — en droit français — des œuvres de l'esprit ou des attributs de la personnalité (partie II-C).

A. La division des fruits naturels et industriels revisitée

Selon le *Lexique des termes juridiques*, les fruits industriels sont « des produits obtenus par le travail de l'homme »⁵¹. Ils sont, d'après Barbedor, ce que « la chose ne produirait pas seule »⁵². En particulier, les fruits industriels de la terre désignent « ce que la terre produit par le travail de l'homme », telles les récoltes des terres cultivées⁵³. De leur côté, les ser-

⁵¹ *Lexique des termes juridiques*, *supra* note 18, *sub verbo* « fruits ». Voir aussi Mercier, *supra* note 23 au para 10 :

[L]es fruits industriels sont ceux qui sont produits à l'aide du travail de l'homme, tels que les récoltes des champs, des prairies artificielles, des jardins ou des vignes, les coupes de bois taillis ou de futaies aménagées, la pêche d'un étang. Le propriétaire acquiert ces fruits même s'ils ne sont pas nés de son propre travail, ainsi même s'il fait cultiver sa terre par d'autres personnes à son service (C. civ., art. 583).

Voir encore Chamboulaud-Trapiers, *supra* note 23 au n° 160 :

[Les fruits industriels] sont ceux que la chose donne à l'aide du travail et de l'industrie de l'homme : récoltes des plantes cultivées, élevage, etc. Seul le critère d'une participation industrielle et laborieuse de l'homme à la production distingue les fruits naturels et les fruits industriels, sans que s'y attache un grand intérêt juridique. Aussi les regroupe-t-on souvent sous l'appellation « fruits en nature » [références omises].

Observons que l'article 910 al 2 du code civil québécois classe aussi parmi les fruits « ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un fonds », soit les fruits industriels. Simplement l'expression de « fruits industriels » n'est pas davantage employée que celle de « fruits naturels », et une place à part est faite aux produits et au croît des animaux. En effet, le code civil français et le code civil québécois disposent respectivement : « [L]es fruits naturels sont ceux qui sont le produit spontané de la terre. Le produit et le croît des animaux sont aussi des fruits naturels. Les fruits industriels d'un fonds sont ceux qu'on obtient par la culture » (art 583 C civ); « [s]ont classés parmi les fruits ce qui est produit spontanément par le bien de même que par ce qui est produit par la culture ou l'exploitation d'un fonds. Le croît des animaux, de même que ce qu'ils produisent, sont également classés parmi les fruits » (art 910 al 2 CcQ).

⁵² Barbedor, *supra* note 32 à la p 7.

⁵³ Baume, *supra* note 25 au para 238.

vices environnementaux sont les « services que les hommes se rendent entre eux afin de maintenir ou d'améliorer les écosystèmes », note Claire Etrillard⁵⁴. L'expression « pourrait être considérée comme ayant pour objet de décrire les efforts de conservation d'un utilisateur des terres. Autrement dit, cette expression impliquerait une intervention humaine », observe Marie Bonnin⁵⁵. Dans la mesure où ce sont des bienfaits apportés par l'industrie des Hommes aux écosystèmes et, partant, des produits de la Terre obtenus par le travail humain, les services environnementaux peuvent être qualifiés de fruits industriels de la terre, à l'instar des moissons ou des raisins⁵⁶.

Tandis que les services écosystémiques constituent des néo-fruits naturels, les services environnementaux forment des néo-fruits industriels. Seulement, la division des fruits naturels et industriels a fait l'objet de critiques récurrentes. Ainsi, Mettetal différencie les fruits naturels, « que la chose produit d'elle-même et sans culture », des fruits industriels, « que l'on obtient par la culture », mais il n'y voit guère d'intérêt pratique, et s'interroge : si « le produit et le croît des animaux semblent être des fruits naturels, car la nature seule les fait naître[,...] les soins, la nourriture, le logement des animaux ne peuvent-ils pas faire ranger ces produits parmi les fruits industriels? »⁵⁷. En réalité, conclut l'auteur, « la nature ne donne presque rien sans travail; elle ne produit le plus souvent que de compte à demi avec l'homme, et il n'y a guère que des fruits industriels »⁵⁸. De même, Barbedor écrit que la limite séparant l'une ou l'autre classe de ces fruits « est difficile pour ne pas dire quelque fois impossible à saisir » : « [l]es arbres des forêts et l'herbe des champs, qui sont sans contredit des fruits naturels, ne sont-ils pas les premiers plus forts et la seconde plus abondante quand la main de l'homme est venue préparer et entretenir le terrain qui les a vu croître et qui les a nourris? »⁵⁹. Caillot sépare pareillement les fruits naturels, « produits spontanés de la terre ou des arbres », des fruits industriels, « dont la production nécessite un travail de l'homme »⁶⁰, mais pour concéder sitôt après que « les fruits sont toujours, par quelque côté, industriels [...]; par leur récolte même le possesseur col-

⁵⁴ Etrillard, « Nouveaux instruments », *supra* note 27 au para 7.

⁵⁵ Marie Bonnin, « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », en ligne : (2012) 12:3 VertigoO au para 22 <vertigo.revues.org>.

⁵⁶ Voir Baume, *supra* note 25 au para 238.

⁵⁷ Mettetal, *supra* note 34 à la p 9.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Barbedor, *supra* note 32 aux pp 7–8.

⁶⁰ Caillot, *supra* note 21 aux pp 11–12.

labore à leur production »⁶¹. Or, les mêmes observations peuvent être faites au sujet des « services écosystémiques » et des « services environnementaux » : nombreux sont les auteurs qui remarquent que les expressions sont souvent assimilées l'une à l'autre « sans qu'il soit aisé de les distinguer »⁶². Alexandra Langlais mentionne, ainsi, que la distinction entre services écosystémiques et environnementaux « tend à s'imposer de plus en plus », quoique les deux notions ne puissent « en réalité être dissociées »⁶³. Car « toute action en faveur de la protection de l'environnement tend à améliorer l'état de l'environnement et donc sa capacité à fournir des services écosystémiques »⁶⁴. Comme les autres fruits naturels, les services écosystémiques pourraient donc s'analyser, en dernière instance, comme des fruits industriels, partiellement issus du travail humain et, plus précisément, tels des services environnementaux. Dès lors, on s'aperçoit que les mêmes difficultés surgissent pour distinguer les fruits naturels des fruits industriels, d'une part, les services écosystémiques des services environnementaux, d'autre part. *In fine*, tout se passe comme si l'étude des services écologiques prolongeait celle de *fructus* romaine, et venait ratifier la division des fruits naturels et industriels en même temps qu'elle en soulignait l'insuffisance, pointée de longue date.

À première vue, la notion juridique de fruits reconduit la distinction entre Nature et Culture et la fait remonter, au-delà de l'époque moderne, jusqu'au droit romain : quand les fruits naturels apparaissent du côté de la Nature, les fruits industriels se présentent du côté des Hommes et de leur activité culturelle. Seulement, la division romaine entre fruits naturels et industriels (ou culturels) peut être pensée autrement qu'en termes d'opposition : selon toute apparence, il existe entre les fruits de la Nature et ceux de l'industrie humaine une relation moins d'opposition que d'interaction; entre les productions naturelles et humaines, l'interférence

⁶¹ *Ibid* à la p 35.

⁶² Cécile Barnaud, Martine Antona et Jacques Marzin, « Vers une mise en débat des incertitudes associées à la notion de service écosystémique », en ligne : (2011) 11:1 Vertigo au para 11 <vertigo.revues.org>. Voir aussi Géraldine Froger et al, « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », en ligne : (2012) 12:3 Vertigo au para 1 <vertigo.revues.org>; Jean-François Le Coq et al, « La mise en politique des services environnementaux : la genèse du Programme de paiements pour services environnementaux au Costa Rica », en ligne : (2012) 12:3 Vertigo <vertigo.revues.org>; Alexandra Langlais, « L'obligation d'évaluation environnementale interpellée par un dispositif de suppression de mesures agroenvironnementales » (2011) 36:5 RJE 125 à la p 134 et s.

⁶³ Alexandra Langlais, « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental? » dans Mathilde Hautereau-Boutonnet, dir, *Le contrat et l'environnement : étude de droit interne, international et européen*, Aix-Marseille, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2014, 185 à la p 186.

⁶⁴ *Ibid*.

peut être dite féconde et, littéralement, fructueuse. Aussi, la notion de *fructus* et, aujourd'hui, celle de services écologiques nous inviteraient-elles à concevoir le rapport Nature-Culture de manière processuelle, dialectique, les fruits procédant, non de la seule Nature ou d'une seule culture, mais d'une nature cultivée, tel un jardin. Mais si les fruits et, en particulier, les services écologiques sont autant le produit de la Nature frugifère que des humains industriels, ne faut-il pas reconnaître à la Nature le statut de personne coproductrice de fruits industriels ou coauteure de services environnementaux?

B. Les services environnementaux, des fruits industriels de la Terre-mère

Admettant que les services écosystémiques peuvent être ramenés à des services environnementaux, non seulement parce que les services écosystémiques purs sont, comme les autres fruits naturels, difficiles à identifier, mais parce qu'ils peuvent être compris tels des fruits issus du travail de la Nature, nous supposons que la Nature peut être comprise comme une personne dotée d'une force de travail appliquée, notamment, à la production de services environnementaux. Sans doute, l'idée de reconnaître la personnalité à la Nature industrielle n'apparaît pas sérieuse à la grande majorité des juristes français. Mais force est de constater que la Nature bénéficie du statut de sujet de droit en Équateur et en Bolivie. Les droits équatorien et bolivien reconnaissent, en effet, explicitement la personnalité de la Nature ou *Madre Tierra*, encore dénommée *Pacha Mama*, en référence à la vieille déesse-terre traditionnelle des Amérindiens. De même que la Constitution équatorienne du 28 septembre 2008 reconnaît, à l'article 10 alinéa 2, la qualité de sujet de droit à la Nature⁶⁵, la loi bolivienne du 21 décembre 2010 proclame, à son article 1^{er}, les droits de la Terre-mère⁶⁶. En droit équatorien comme en droit bolivien, la Nature

⁶⁵ Voir *Constitución de la República del Ecuador*, Registro oficial n° 449, 2008, art 10 [*Constitution équatorienne*] (énumérant la nature parmi les sujets de droit); Edgar Fernandez Fernandez, « Les controverses autour de l'intérêt à agir pour l'accès au juge constitutionnel : de la défense du droit à l'environnement (Costa Rica) à la défense des droits de la nature (Équateur) », en ligne : (2015) (hors série) VertigoO au para 32 <vertigo.revues.org>.

⁶⁶ *Ley n° 071: ley de derechos de la Madre Tierra*, Gaceta Oficial de Bolivia, 21 décembre 2010, art 1 [*Ley n° 071*]. De plus, l'article 33 de la Constitution bolivienne relatif au « droit des gens à un environnement sain, protégé et équilibré », prévoit que « l'exercice de ce droit est de permettre aux individus et communautés des générations présentes et futures, ainsi que les autres êtres vivants, de se développer normalement et de façon permanente » (Victor David, « La lente consécration de la nature, sujet de droit : le monde est-il enfin Stone? » (2012) 37:3 RJE 469 aux pp 481–82 citant et traduisant *Nueva constitución política del Estado*, 2008, art 33). Voir aussi Françoise Morin, « Les droits de la Terre-Mère et le bien vivre, ou les apports des peuples autochtones face à la détérioration de la planète » (2013) 42:2 R du MAUSS 321 aux pp 329, 335.

constitue une personne collective, plus exactement un « sujet collectif d'intérêt général » [notre traduction], qui englobe la faune et la flore, mais aussi les minéraux, l'eau, l'air, de grands ensembles comme les paysages, ainsi que chacune des entités animées ou inanimées qui la composent individuellement⁶⁷.

Or, parmi les droits fondamentaux reconnus à la *Pacha Mama*, il est fait mention des services écologiques et, plus exactement, de leurs conditions de production : l'article 71 de la Constitution équatorienne dispose que « la Nature ou *Pacha Mama*, où se reproduit et se réalise la vie, a droit au respect absolu de son existence et *au maintien et à la régénération de ses cycles vitaux, de sa structure, de ses fonctions et de ses processus évolutifs* » [notre traduction, nos italiques]⁶⁸. De manière analogue, l'article 7 de la loi bolivienne de décembre 2010 sur les droits de la Terre-Mère prévoit que la *Madre Tierra* a droit à la vie, à la diversité, à l'eau, à l'air pur, à l'équilibre, à la restauration et à une existence sans pollution⁶⁹. Le droit à la vie est, alors, défini comme « le droit au maintien de l'intégrité de ses systèmes de vie et des processus naturels qui l'alimentent, ainsi que des capacités et conditions de sa régénération » [notre traduction], et le droit à l'équilibre tel « le droit au maintien ou à la restauration des interrelations, de l'interdépendance, de la complémentarité et de la fonctionnalité des éléments de la Terre-mère, de façon équilibrée afin d'assurer *la continuité de ses cycles et la reproduction de ses processus vitaux* » [notre traduction, nos italiques]⁷⁰. Ainsi, les droits équatorien et bolivien classent au rang des droits fondamentaux de la *Madre Tierra* la préservation de ses forces productives de services écologiques. C'est dire que ces derniers ne sont pas, au moins immédiatement, abordés sous l'angle des PSE, c'est-à-dire dans la perspective des droits des biens et des contrats, mais à travers l'exposé des libertés ou droits fondamentaux de la personne de la Nature. Reste que les services écologiques ne se présentent pas indépendamment des fonctions de la *Pacha Mama*, de sorte que ses fruits, toujours pendants, continuent de faire partie de la Terre-mère et ne constituent pas, à strictement parler, des choses autonomes.

Ces considérations pourront, certes, paraître fort éloignées des traditions juridiques occidentales et, en particulier, de la tradition civiliste française. Pourtant, nous pourrions assister, en France, à un processus similaire de personnification de la Nature ou de l'environnement.

⁶⁷ *Ley n° 071, supra* note 66, art 5.

⁶⁸ *Constitution équatorienne, supra* note 65, art 71.

⁶⁹ Voir *Ley n° 071, supra* note 66, art 7.

⁷⁰ *Ibid*, art 7(1), 7(5).

C. La protection des fruits produits ou des services rendus par l'environnement

Inspirés par René Demogue, notamment, des auteurs contemporains défendent une conception techniciste du sujet de droit, défini tel un point d'imputation de droits et d'obligations. Dans cette vision, les animaux constitueraient d'ores et déjà des personnes au sens des personnes morales, dès lors que d'autres personnes (physiques ou morales, par exemple des associations) peuvent les représenter et agir en leurs noms. Cette conception du sujet de droit comme d'une construction ou d'un artifice — que l'on peut faire remonter au *Léviathan* de Thomas Hobbes⁷¹, et au-delà : jusqu'aux origines romaines de notre droit⁷² —, a depuis lors été reprise à propos de la Nature ou biodiversité⁷³. Surtout, la reconnaissance du « préjudice écologique pur » peut s'analyser comme un élément de personnification de la nature : longtemps, l'article 1240⁷⁴ (ancien article 1382) du *Code civil* français a fait obstacle à la réparation des préjudices écologiques ne lésant aucun intérêt patrimonial ou extrapatrimonial, c'est-à-dire ne portant atteinte à aucun bien, ni à aucune personne physique ou morale, précisément parce que la personnalité juridique était refusée à la nature ou l'environnement. À partir du moment où les juges admettent la réparation du préjudice porté au seul environnement, ce dernier peut être analysé telle une personne, nouvellement apparue sous le ciel du droit, et au nom de laquelle d'autres personnes sont autorisées à parler. Avec la récente loi

⁷¹ Voir Thomas Hobbes, *Léviathan : traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit par François Tricaud, Dalloz, 1999 à la p 161 et s. Selon Hobbes, une « personne » signifie « celui dont les paroles ou les actions sont considérées, soit comme lui appartenant, soit comme représentant les paroles ou actions d'un autre, ou de quelque autre réalité à laquelle on les attribue par une attribution vraie ou fictive » [italiques omises] (*ibid* à la p 161). « Quand on les considère comme lui appartenant, on parle d'une personne naturelle, quand on les considère comme représentant les paroles et actions d'un autre, on parle d'une personne fictive ou artificielle » [italiques omises], précise le philosophe (*ibid* à la p 161). Celui-ci ajoute : « Il est peu de choses qui ne puissent être représentées d'une manière fictive. Des choses inanimées, une église, un hôpital, un pont peuvent être personnifiés par un recteur, un directeur, un contrôleur. [...] De même, les enfants, les faibles d'esprit et les fous qui n'ont pas l'usage de la raison, peuvent être personnifiés par des tuteurs ou des curateurs » [références omises] (*ibid* aux pp 164–65).

⁷² Voir Yan Thomas, « Le sujet concret et sa personne : essai d'histoire juridique rétrospective » dans Olivier Cayla et Yan Thomas, *Du droit de ne pas naître : à propos de l'affaire Perruche*, Paris, Gallimard, 2002, 89; Yan Thomas, « Res, chose et patrimoine (Note sur le rapport sujet-objet en droit romain) » dans *Archives de philosophie du droit : la loi*, t 30, Paris, Sirey, 1989, 413.

⁷³ Voir Marie-Angèle Hermitte, « La nature, sujet de droit? » (2011) 66:1 *Annales : Histoire, Sciences Sociales* 173.

⁷⁴ « Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » [nos italiques] (art 1240 C civ).

du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, la reconnaissance de la personnalité juridique de l'environnement paraît plus encore avancée : sans doute, le nouvel article 1246 du code civil masque-t-il la personne de l'environnement, qui dispose que « toute personne responsable d'un préjudice écologique est tenue de le réparer », mais l'on ne saurait ignorer les rédactions antérieures de cette disposition, initialement calquées sur l'article 1240 du code civil et substituant à « autrui » le terme « environnement »⁷⁵. Toujours est-il que le mécanisme à l'œuvre en droits français, équatorien et bolivien est analogue : il s'agit de permettre à d'autres personnes morales ou physiques d'agir et de parler au nom de la *Madre Tierra* ou de l'environnement⁷⁶. En ce sens, la Nature apparaît implicitement personnifiée en droit français.

Or, parmi les dommages causés à l'environnement et ouvrant droit à réparation, l'on trouve les atteintes portées aux forces productives de services écologiques. En effet, l'article 1247 du *Code civil* français dispose qu'« est réparable, dans les conditions prévues au présent titre, le préjudice écologique consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement » [nos italiques]. Rappelant les dispositions équatoriennes et boliviennes, ce nouvel article pourrait, dans une certaine mesure, aller plus loin dans la protection des droits de la Nature. Il per-

⁷⁵ Voir France, Sénat, *Proposition de loi visant à inscrire la notion de préjudice écologique dans le code civil*, par Bruno Retailleau et al, rapport n° 546 (23 mai 2012) à la p 5. Au livre III du *Code civil*, après le livre IV bis, la proposition de loi suggère d'insérer deux articles : l'article 1386-19 (« [t]oute personne qui cause par sa faute un dommage à l'environnement est tenue de le réparer ») et l'article 1386-20 (« [l]a réparation du dommage à l'environnement s'effectue prioritairement en nature »).

⁷⁶ Ainsi, le nouvel article 1248 du *Code civil* français dispose que

[l]'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'État, l'Agence française pour la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations, agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance, qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement (*Loi n° 2016-1087, supra* note 6, art 4).

La constitution équatorienne, d'autre part, garantit les droits fondamentaux de la Nature en permettant

à toute personne physique ou morale, collectivité ou groupe humain, sans qu'il soit porté atteinte à son intérêt direct, d'exercer les actions en justice et de saisir toute instance administrative pour obtenir des mesures y compris préventives afin de faire cesser des menaces sur l'environnement et en laissant la charge de la preuve du dommage réel ou potentiel à l'auteur des atteintes [notre traduction, nos italiques] (*Constitution équatorienne, supra* note 65, art 397(1)).

met de sanctionner les atteintes aux fonctions des écosystèmes, soit les conditions de production de services écologiques, mais également ces services eux-mêmes : les *bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement*, c'est-à-dire les bienfaits de la Nature, ces fruits à l'usage de tous et nouvelles choses communes. En d'autres termes, ce n'est pas seulement la force de travail de la Nature qui se trouve protégée en tant que moyen de production de services écologiques : les services écologiques produits par l'industrie de la Nature font en tant que tels l'objet de mesures de protection, comme le montrent d'autres dispositions. Par exemple, l'article L. 110-1(II)(2) du *Code de l'environnement* français prévoit, désormais, que « le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement [...] implique d'éviter les atteintes à *la biodiversité et aux services qu'elle produit* [...] » [nos italiques]. Tout se passe alors comme si les fruits du travail de la biodiversité et, en particulier, ses services rendus demeuraient dans le prolongement de la personne de l'environnement : étroitement liés à celle-ci, les services écologiques bénéficieraient de mesures de protection, à l'image des œuvres de l'esprit ou des attributs de la personnalité.

Pour autant, ces mesures de protection pourraient ne pas faire obstacle à la location de la force de travail de l'environnement et à l'exploitation, même commerciale, des services écologiques fournis. En effet, les paiements pour services écologiques pourraient représenter le prix ou le salaire de la force engagée et former des fruits civils.

III. Les paiements pour services écologiques, néo-fruits civils

Des fruits civils par excellence (partie III-A), les paiements pour services écologiques viennent en compensation de l'industrie ou des privations consenties (partie III-B). La frontière entre le versement d'impenses et le paiement d'arrérages de rentes s'avère, toutefois, ténue, de sorte que les PSE ne devraient être admis qu'après un examen scrupuleux de la situation et des risques de spéculation (partie III-C). Cette précaution paraît d'autant mieux justifiée que la spécificité originelle des fruits civils invite à ne pas considérer les PSE comme une suite nécessaire et inéluctable de la reconnaissance des services écologiques.

A. Les PSE, des fruits en représentation des fruits naturels ou industriels

D'après le *Lexique des termes juridiques*, les fruits civils sont ceux « qui sont obtenus grâce à un contrat dont le capital est l'objet, tels les

loyers et autres revenus en argent procurés par une chose »⁷⁷. Ce « sont ceux qui ne naissent pas du corps même de la chose, mais que l'on retire à l'occasion de la chose, par l'effet d'un contrat dont la chose est l'objet », écrit Charles Demolombe⁷⁸. Ce sont ceux qui « naissent plutôt à cause de la chose que de la chose elle-même », confirme Barbedor, lequel définit un fruit civil telle « une prestation faite à celui qui a un droit sur la chose, et comme indemnité de l'exercice qu'il en fournit à d'autres »⁷⁹. De son côté, un paiement pour service écologique (PSE) ou, plus exactement, un contrat de service écologique est généralement défini telle une transaction par laquelle un service écologique déterminé est acheté par un client à un fournisseur de service écologique, si, et seulement si, le fournisseur dudit service assure sa production continue⁸⁰. D'un point de vue juridique, les PSE se présentent, alors, comme des fruits civils obtenus grâce à des contrats portant sur des choses productrices de services écologiques. En d'autres termes, les PSE apparaissent telles des indemnités, ou fruits civils, perçues par les fournisseurs de services écologiques à la condition que la pérennité de ces derniers soit garantie.

Observons que les PSE ne sont pas seulement des fruits retirés « à l'occasion » ou « à cause de la chose », « par l'effet d'un contrat dont la chose forme l'objet », tels les loyers d'un appartement donné à bail d'habitation. Les PSE dépendent, encore, de la production régulière par la chose, objet du contrat, de fruits naturels ou industriels : les dénommés services écosystémiques ou environnementaux. Autrement dit, les PSE

⁷⁷ *Lexique des termes juridiques*, supra note 18, sub verbo « fruits ». Voir aussi Chamboulaud-Trapiers, supra note 23 (« [les fruits civils] s'opposent nettement aux deux variétés précédentes. Ce sont les revenus en argent que la chose produit périodiquement : loyers des maisons, prix des baux à ferme, intérêts des capitaux exigibles, arrérages des rentes, intérêts des obligations, dividendes des actions » au n° 161); Mercier, supra note 23 au n° 10 :

les fruits civils consistent dans les revenus en argent, produits de façon périodique et dus par les tiers auxquels le propriétaire a concédé la jouissance de la chose, tels que les loyers des biens loués, les intérêts ou arrérages des sommes prêtées (C civ, art 584). La distinction des deux premières catégories l'une par rapport à l'autre (fruits naturels et fruits industriels) ne présente en réalité que peu d'intérêt pratique, car les règles applicables sont les mêmes dans les deux cas. En revanche, la distinction entre ces deux catégories, qu'on a l'habitude de désigner globalement de fruits naturels d'une part, et les fruits civils d'autre part, est importante du point de vue du régime juridique des fruits et plus particulièrement de leur acquisition par l'usufruitier.

⁷⁸ C Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, t 9, Paris, Auguste Durand, 1854 au para 581.

⁷⁹ Barbedor, supra note 32 à la p 7.

⁸⁰ C'est la fameuse définition proposée par Sven Wunder et partout reprise, serait-ce pour la critiquer (voir Sven Wunder, « Payments for Environmental Services: Some Nuts and Bolts » (2005) Center for International Forestry Research, Occasional Paper No 42, à la p 3, en ligne : <www.cifor.org/publications/pdf_files/OccPapers/OP-42.pdf>).

sont des fruits civils qui reposent sur la production continue de fruits non civils. Or, certains juristes distinguent précisément entre deux espèces ou catégories de fruits civils : les fruits civils représentant des fruits naturels ou industriels, d'une part, les fruits civils indépendants de la production de fruits naturels ou industriels, d'autre part. Ainsi, Caillot observe que « certains biens ne produisent rien par eux-mêmes », mais que leur propriétaire en retire « des profits périodiques » : celui-ci « acquiert des créances comme prix de leur usage, sous forme de loyers pour ses maisons, d'intérêts pour ses capitaux »⁸¹. Ce sont là des fruits civils « qui ne correspondent à aucun produit naturel » ; « le profit que donne la chose est le prix de l'utilité que procure son usage et non point l'équivalent de produits naturels »⁸², souligne l'auteur. En d'autres hypothèses, le propriétaire « abandonne à une autre personne, moyennant une somme d'argent, le droit de recueillir les fruits naturels d'une chose susceptible d'en donner, telle qu'une propriété rurale »⁸³. Le prix du bail à ferme, fruit civil, apparaît, alors, « comme la simple représentation de la récolte, fruit naturel »⁸⁴. À suivre Caillot, la qualification de fruits civils serait appropriée en ce dernier cas, mais impropre dans le premier : « [l]e nom de fruits appliqué à ces avantages dont la chose est seulement l'occasion est une extension évidente du sens originare et exact de ce mot »⁸⁵. Dépendant de la production ininterrompue de services écologiques, soit de fruits naturels ou industriels, les PSE seraient, donc, des fruits civils à strictement parler, au sens premier et authentique du terme.

Il n'en demeure pas moins que les PSE viennent *en représentation* de fruits naturels ou industriels, de sorte qu'ils se présentent tels des fruits artificiels, à la différence des fruits naturels ou industriels, lesquels paraissent réels : rangeant les fruits industriels dans la catégorie des fruits naturels dont ils se différencient mal, nombre de juristes distinguent entre les fruits naturels, qui existeraient avant le droit, et les fruits civils, qui n'existeraient que par le droit. Ainsi, Mettetal écrivait :

Les fruits se divisent [...] en deux classes : les uns, résultant d'un germe de production et de reproduction, produits immédiats de la chose, prennent le nom de *fruits naturels*; les autres, que l'on retire à l'occasion de la chose et en général par l'effet d'un contrat dont la chose est l'objet, sont connus sous le nom de *fruits civils*.⁸⁶

⁸¹ Caillot, *supra* note 21 aux pp 1–2.

⁸² *Ibid.*

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ *Ibid* à la p 2.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ Mettetal, *supra* note 34 à la p 5.

Toutefois, les fruits civils sont, en réalité des « revenus [qui] reposent purement et simplement sur des actes juridiques et n'ont rien de commun avec les lois de la nature organique. Ce ne sont pas des fruits dans le sens rigoureux du mot; ce ne sont que des fruits fictifs légaux, des *fruits civils* en un mot » [italiques dans l'original]⁸⁷.

Il est, bien entendu, permis de penser que les fruits naturels ne résultent pas moins d'une convention que les fruits civils et que les juristes ont simplement choisi de tenir pour naturels les fruits organiques, pour artificiels, les fruits nés de contrats, de sorte que les premiers se trouvent comme naturalisés et que les seconds semblent seuls institués. Toujours est-il que les fruits de la Nature se trouvent séparés de ceux de la Cité, et que les néo-fruits naturels (y compris les néo-fruits industriels) se voient pareillement distingués des néo-fruits civils; tandis que les services écologiques seraient produits par le jeu des forces organiques, les paiements pour services écologiques seraient issus de transactions. Cette autonomie des fruits naturels (et industriels) au regard des fruits civils mérite d'être soulignée : en droit romain, les règles générales relatives à l'acquisition des fruits naturels ne concernaient pas l'acquisition des fruits civils, pour laquelle il existait une « théorie tout à fait spéciale et distincte »⁸⁸. Aujourd'hui encore, les règles relatives à la perception des fruits civils ne sont pas identiques à celles qui régissent les fruits naturels⁸⁹. Il apparaît,

⁸⁷ *Ibid* à la p 6. En ce sens, notons que le droit civil québécois ne reconnaît pas la qualité de fruits à ce que le *Code civil* français nomme « fruits civils ». Le *Code civil du Québec* distingue, en effet, les « fruits » des « revenus », ces derniers étant « ce qui provient de l'utilisation d'un capital » (art 910, al 1 CcQ). L'article 910, alinéa 3 précise que sont

classées parmi les revenus les sommes d'argent que le bien rapporte, tels les loyers, les intérêts, les dividendes, sauf s'ils représentent la distribution d'un capital d'une personne morale; le sont aussi les sommes reçues en raison de la résiliation ou du renouvellement d'un bail ou d'un paiement par anticipation, ou les sommes attribuées ou perçues dans des circonstances analogues.

Ainsi, ce que le droit civil français appelle « fruits civils », le droit civil québécois dénomme « revenus ». Il nous semble que nous avons là une confirmation de la différence de nature existant entre les fruits naturels et industriels, d'une part, et les fruits civils, d'autre part.

⁸⁸ Alfred-Marie-Victor Chrétien, *De la Lettre de change en droit international privé : de l'acquisition du droit de propriété sur les fruits naturels dans la législation romaine*, Nancy, Crépin-Leblond, 1881 à la p 12.

⁸⁹ Voir Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 128 (« [I]es Romains [...] ignorent les fruits civils (les intérêts ne sont pas des fruits) » [référence omise]); B Efimof, « L'énigme des fruits en droit romain » (1899) 23 *Nouvelle revue historique de droit français et étranger* 170 aux pp 186–87 :

Jusqu'à présent, nous avons parlé des fruits naturels, c'est-à-dire, des produits organiques de la chose. Mais il s'agit aussi dans le procès, d'autres gains tirés par le possesseur : du loyer, du fret (*pensio, vectura*), etc. On rapproche ce gain, lorsqu'il est périodique, du fruit naturel. En ce cas les roma-

alors, manifeste que la reconnaissance et la protection dont bénéficient les services écologiques n'implique pas l'admission des paiements pour services écologiques, et que l'entrée des services écologiques dans le monde du droit aurait théoriquement pu se faire sans que nous instituions, dans le même temps, leurs succédanés ou équivalents, le plus souvent, monétaires. Aussi, les critiques juridiques adressées aux PSE devraient-elles être soigneusement distinguées de celles portant sur les seuls services écologiques.

Cette précision faite, il nous reste à déterminer la nature des prestations que les PSE, ces néo-fruits civils, ont vocation à rémunérer.

B. Les PSE, des fruits en compensation de l'industrie ou des privations consenties

Nous pouvons, tout d'abord, envisager l'octroi de PSE aux titulaires de droits sur des choses productrices de services écologiques, en contrepartie de restrictions, voire d'interdictions d'usage. Prenons, par exemple, une forêt devenue le site d'un projet-pilote du programme international REDD (Réduire les Emissions de gaz à effet de serre en luttant contre la Déforestation et la Dégradation des forêts)⁹⁰. En compensation du service rendu de déforestation évitée ou de séquestration du carbone, le propriétaire forestier ou les titulaires de droits sur ladite forêt devraient percevoir des revenus ou des crédits-carbone librement cessibles sur le marché — pour l'heure, volontaire — du carbone. Dans cette hypothèse, les revenus ou crédits-carbone répondent à la définition des fruits civils : ils sont « une prestation faite à celui qui a un droit sur la chose, et comme indemnité de l'exercice qu'il en fournit à d'autres »⁹¹. Ils sont, en effet, une prestation faite aux propriétaires de droits forestiers comme indemnité de la jouissance d'un air purifié *via* la forêt et fourni à tous. Des équivalents de ce néo-fruit des arbres que constitue le dioxyde de carbone, les revenus issus des contrats de séquestration de CO₂ dédommagent les propriétaires de droits forestiers de restrictions de jouissance. Par exemple, ces personnes peuvent être contraintes de privilégier certaines essences d'arbres, dotées d'un fort potentiel en termes de séquestration du carbone. Dans cette perspective, les PSE s'analysent en une indemnisation de la servitude ou

nistes l'appellent, par analogie, fruit civil (*fructus civilis*). Les Romains le nommaient simplement *fructus*, comme produit par l'ayant *ius fruendi*. [...] Mais la nature juridique de ces deux espèces de fruits est toute différente. Les modes d'acquisition n'ont rien de commun : les fruits naturels s'acquièrent par un mode originaire — *separatio*, les fruits civils — par un mode dérivatif, *traditio* [références omises].

⁹⁰ Voir notamment les travaux d'Alain Karsenty, spécialiste de la REDD.

⁹¹ Barbedor, *supra* note 32 à la p 7.

du droit réel grevant la forêt, consenti ou imposé aux titulaires de droits forestiers.

Compensant la limitation des prérogatives du ou des propriétaires de droits sur la chose frugifère, les PSE peuvent encore compenser l'industrie humaine. Ainsi, au Maroc, un mécanisme de Compensations pour Mise en Défens (CMD) permet d'indemniser la limitation des droits d'usage sur les forêts, en même temps que de rémunérer les efforts consentis par leurs ayants-droit : réunis en coopératives ou en associations pour assurer le respect et, le cas échéant, la surveillance des plants forestiers, les usagers des forêts sont rémunérés pour le service écologique rendu et, en particulier, pour le service de surpâturage évité⁹². De même, dans l'Union européenne, les revenus versés dans le cadre des Mesures Agro-environnementales (MAE) (ré)compensent, tout à la fois, les restrictions d'usage consentis par les agriculteurs et l'adoption de pratiques vertueuses pour l'environnement⁹³. Dans ces exemples, les PSE indemnisent

⁹² Voir *Décret n° 2-99-626 du 16 rabii I 1420 (30 juin 1999) modifiant et complétant le décret n° 2-85-892 du 18 rabii II 1406 (31 décembre 1985) fixant les conditions et modalités d'exécution des dépenses du compte d'affectation spéciale n° 3.1.20.02 intitulé « Fonds national forestier »*, Bulletin officiel, 1^{er} juillet 1999, 465; *Arrêté du ministre délégué auprès du ministre de l'agriculture, du développement rural et des eaux et forêts, chargé des eaux et forêts n° 1855-01 du 6 moharrem 1423 (21 mars 2002) fixant les limites, conditions et modalités de demande et d'octroi de la compensation pour mises en défens du domaine forestier à exploiter ou à régénérer*, Bulletin officiel, 2 mai 2002, 456; *Arrêté du Premier ministre n° 3-33-04 du 13 jourmada I 1425 (1^{er} juillet 2004) complétant l'arrêté du ministre délégué auprès du ministre de l'agriculture, du développement rural et des eaux et forêts, chargé des eaux et forêts n° 1855-01 du 6 moharrem 1423 (21 mars 2002) fixant les limites, conditions et modalités de demande et d'octroi de la compensation pour mises en défens du domaine forestier à exploiter ou à régénérer*, Bulletin officiel, 16 septembre 2004, 1972. Nous nous permettons de renvoyer à nos articles sur ce sujet : Sarah Vanuxem, « Les contrats de services écologiques ou "la refédéralisation du lien contractuel" ? L'exemple du projet-pilote REDD+ et des "compensations pour mises en défens" dans la forêt marocaine de Maâmora » dans Hautereau-Boutonnet, *supra* note 63, 235; Sarah Vanuxem, « Le droit de l'environnement comme palliatif aux déséquilibres économiques ? L'exemple du programme REDD » dans Laurence Boy, dir, *Les déséquilibres économiques et le droit économique*, Bruxelles, Larcier, 2015, 65; Sarah Vanuxem, « Des paiements pour services environnementaux en faveur des populations locales ? Regards de l'administration forestière sur le mécanisme de compensations pour mise en défens marocain », en ligne : (2016) 16:1 VertigoO <<https://vertigo.revues.org>>; Said Lahssini et Sarah Vanuxem, « Les Paiements pour services écologiques ou la reconquête de la Mâamora par ses habitants ? Enquête sur une forêt emblématique du littoral méditerranéen marocain », en ligne : (2016) 7:1 Développement durable & territoires <<https://developpementdurable.revues.org>>.

⁹³ Les Mesures Agro-Environnementales et Climatiques (MAEC) peuvent être assimilées en un dispositif de PSE, qui vise à « encourager les agriculteurs à protéger et à valoriser l'environnement en les rémunérant pour la prestation de services environnementaux » (Claire Etrillard, « Contrats et écosystèmes agricoles : des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux » (2015) 237 *Dr environnement* 296 à la n 11 et texte correspondant citant Agriculture et développement rural, « Me-

les restrictions dans l'exercice des droits des usagers autant qu'elles rémunèrent l'emploi de la force de travail de ces derniers. Dans cette vision, les revenus obtenus par les fournisseurs de services écologiques sont, en partie, issus d'un louage d'industrie; ils sont la contrepartie des fruits industriels produits par la force de travail des éleveurs ou agriculteurs⁹⁴. Sans doute, les fruits des choses reviennent-ils, en principe, à leurs possesseurs : les fruits « leur sont dus *pro cultura et cura* », c'est-à-dire « autant pour les débours de leur gestion que pour la rémunération de leurs peines et soins »⁹⁵. Seulement, les services écologiques ne sauraient être réservés à leurs seuls contributeurs : des *res communes*, à l'usage de tous, ces fruits communs ne sauraient profiter à quelques-uns. Aussi, les producteurs de services ne reçoivent-ils qu'un équivalent monétaire de leur industrie : des fruits civils, les dénommés PSE.

Plusieurs raisons peuvent être avancées pour justifier que les services écologiques ne reviennent pas, comme tels, à leurs fournisseurs : d'abord, la difficulté matérielle de réserver, par exemple, l'air pur à l'usage de telle ou telle personne qui aurait contribué à son assainissement; ensuite, la volonté politique de maintenir les services écologiques dans la sphère des choses communes, soit dans le domaine de l'inappropriable; enfin, le fait que la part de l'industrie humaine demeure *a priori* faible au regard de celle des forces « naturelles ». Selon toute vraisemblance, les services éco-

sures agro-environnementales», *Commission européenne*, en ligne : <ec.europa.eu/agriculture/envir/measure/index_fr.htm>. Ce sont des contrats dans lesquels des agriculteurs-fournisseurs de services « s'engagent à adopter des pratiques plus vertueuses [pour l'environnement] en échange de paiements compensatoires » (*ibid* à la n 6 et texte correspondant). On note que « [d]ans le cadre de ces mesures, l'exploitant s'oblige à des pratiques environnementales précises [...] allant au-delà de la réglementation préexistante, et l'administration s'oblige à verser un financement public couvrant des coûts supplémentaires générés par ces pratiques, des pertes de revenus, ainsi que des coûts de transaction » (*ibid* à la n 24 et texte correspondant).

⁹⁴ Voir Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 129 :

La force de travail doit être saisie, en droit, dans son état statique de source potentielle de richesses. Dans sa capacité de travail, la personne humaine est un capital au sens du droit des fruits. La circonstance qu'elle est inaliénable ne saurait en rien l'exclure de la classe des biens, aussi vrai que cette catégorie comprend toutes les entités appropriées, qui ne se limitent pas aux biens aliénables, ou patrimoniaux. Le domaine des fruits s'en trouve singulièrement enrichi. Tous les revenus du travail sont des fruits de la force de travail [références omises].

Pour des développements, voir Thierry Revet, *La force de travail : étude juridique*, Paris, Litec, 1992; Samuel Becquet, *Le bien industriel*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2005. Observons que la question de la spécification des services écologiques ne devrait pas se poser dans la mesure où ces fruits, d'usage commun, demeurent à l'usage de tous.

⁹⁵ Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 126. Voir aussi *ibid* au para 128.

logiques, s'ils sont le fruit du travail des humains, représentent encore et, peut-être, surtout le fruit du travail de la Nature ou des écosystèmes. Aussi, l'environnement pourrait-il percevoir des fruits civils contre son apport en industrie. Une auteure précise, certes, que les PSE doivent permettre de rémunérer « l'usage particulier d'une ressource, l'adoption de pratiques spécifiques ou le renoncement à certaines pratiques ou à certains modes de gestion, *et non pas les services écosystémiques eux-mêmes* » [nos italiques]⁹⁶. Mais comment expliquer cette restriction? Pourquoi les salaires de l'environnement ne seraient-ils versés sur le compte, par exemple, d'une fondation, et payés par ceux qui endommagent les forces productives de services écologiques, voire par nous tous qui profitons de ces services? Il y aurait là une application du principe pollueur-payeur et de l'une de ses déclinaisons : le principe utilisateur-payeur, incitant au développement de la fiscalité environnementale.

À première vue, les PSE sont légitimes, qui indemnisent des privations de jouissance et remboursent les impenses des forces humaines ou telluriques⁹⁷. Mais en l'absence de changements d'usages des bénéficiaires, le bien-fondé des versements pourrait être contesté.

C. *Les PSE, des fruits indus : les arrérages de nouvelles rentes?*

Du point de vue économique, les PSE ne se justifient que s'ils remplissent leur objectif de base : « la fourniture d'un service (par exemple la réduction ou l'évitement de la déforestation). C'est-à-dire que l'additionnalité, mais aussi la permanence et la maîtrise des fuites, constitue le principal critère de mesure de l'efficacité », expliquent des économistes⁹⁸. Sven Wunder, l'auteure de la définition couramment donnée des PSE, insiste, elle aussi, sur le caractère additionnel des services écologiques. Pour être efficaces, les PSE doivent récompenser l'adoption de nouveaux comportements par leurs bénéficiaires : « Les paiements pour les PSE doivent être mis en œuvre stratégiquement, de manière à ce que

⁹⁶ Etrillard, « Nouveaux instruments », *supra* note 27 au para 7.

⁹⁷ Les impenses signifiaient, en 1580, les « dépenses faites par un possesseur pour la conservation ou l'amélioration d'un bien dont il a la jouissance » [références omises] (*Centre national de ressources textuelles et lexicales, sub verbo* « impenses », en ligne : <www.cnrtl.fr/definition/impenses>). Voir aussi Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 204 (la notion d'impenses « est large puisqu'elle inclut toutes les dépenses engagées dans l'intérêt de la chose. Toutefois, elle est étrangère aux frais d'entretien et d'administration exposés par le possesseur, lesquels étant liés à la jouissance, sont une charge des fruits et sont compensés par l'attribution même des fruits au possesseur »); Yan Thomas, « L'usage et les fruits de l'esclave : opérations juridiques romaines sur le travail » (1999) 7 Enquête 203 (sur les notions d'impenses et de fruits).

⁹⁸ Alain Karsenty et al, « La problématique des "droits sur le carbone" dans REDD+ », en ligne : (2012) VertigoO au para 22 <vertigo.revues.org>.

l'additionnalité puisse être clairement démontrée »⁹⁹. Cela signifie que ni la Nature et les êtres qui la composent, ni « les populations locales qui vivent déjà en relative harmonie avec la nature »¹⁰⁰, et fournissent des services écologiques, ne sauraient être ayants-droit à des PSE. « Récompenser, au nom de l'équité, tous ceux qui fournissent un service environnemental serait s'engager sur une voie dangereuse »¹⁰¹. En effet, « [l]a systématisation d'un droit à bénéficier de PSE pourrait inciter quiconque possède un actif environnemental à formuler un chantage »¹⁰² consistant à menacer de détruire, endommager ou polluer des « ressources naturelles » en l'absence de contrepartie¹⁰³. « Il est capital de ne pas pousser le principe "victime-payeur" sous-jacent aux PSE à des extrémités aussi absurdes », souligne l'auteure¹⁰⁴.

À supposer qu'il soit légitime de distinguer, ainsi, entre les « bons » et les « mauvais » prétendants aux PSE, entre ceux qui consentent à l'adoption de nouvelles pratiques et ceux qui possèdent déjà des us vertueux, la discrimination pourrait être délicate à opérer. En pratique, nous pourrions avoir quelque difficulté à distinguer les paiements effectués contre des prestations réellement couteuses pour leurs fournisseurs des versements réalisés sans que leurs bénéficiaires n'aient rien changé à leurs habitudes. De fait, « les gouvernements ou différentes institutions laissent de côté ce critère d'efficacité mesurable. Par exemple en Europe les mesures agro-environnementales versent des primes à des agriculteurs-éleveurs dans des zones marginales sans calcul du coût d'opportunité ou de la somme réellement nécessaire pour que leurs activi-

⁹⁹ *Ibid* au para 20, citant et traduisant Sven Wunder, « The Efficiency of Payments for Environmental Services in Tropical Conservation » (2007) 21:1 Conservation Biology 48 à la p 57 [Wunder, « Efficiency »].

¹⁰⁰ Karsenty et al, *supra* note 98 au para 20 citant et traduisant Wunder, « Efficiency », *supra* note 99 à la p 57.

¹⁰¹ Karsenty et al, *supra* note 98 au para 20.

¹⁰² *Ibid*.

¹⁰³ À titre d'exemple, le président de l'Équateur, Rafael Correa, a pu demander à l'ONU le versement d'une compensation de 3,6 milliards de dollars américains à l'Équateur pour la non-exploitation du pétrole enfoui dans une importante réserve écologique du Parc national de Yasuni. Devant le refus de la communauté internationale de céder à ce qui a pu être qualifié de « chantage », le président Correa a demandé au Congrès d'autoriser l'exploitation du pétrole dans ledit parc. Où l'on voit que la reconnaissance de la personnalité juridique de la Terre-mère et l'interdiction d'extraire des ressources non renouvelables dans les zones protégées ne sauraient suffire à la préservation de ce que nous nommons la nature ou l'environnement (voir Morin, *supra* note 66 à la p 336; « L'Équateur se résout à exploiter le pétrole du parc Yasuni », *Le Monde* (16 août 2013), en ligne : <www.lemonde.fr>).

¹⁰⁴ Karsenty et al, *supra* note 98 au para 20 citant et traduisant Wunder, « Efficiency », *supra* note 99 à la p 57.

tés franchissent le seuil de la rentabilité »¹⁰⁵. Et il se peut que des agriculteurs acceptent la conclusion de contrats Natura 2000¹⁰⁶ uniquement parce que le versement de primes agro-environnementales ne se trouve pas conditionné au changement de leurs pratiques culturales, lesquelles satisfont déjà aux exigences légales.

Lorsqu'ils rémunèrent des services écologiques non-additionnels, les PSE procèdent de ce que les économistes nomment un « effet d'aubaine ». En termes juridiques, nous pourrions requalifier ces fruits civils en dividendes et, plus précisément, en arrérages de nouvelles rentes : désignant un « fruit » ou un « bénéfice » jusqu'au début du dix-septième siècle¹⁰⁷, le mot rente signifie, aujourd'hui, « un revenu donné périodiquement en retour, [non d'un travail, mais] d'un capital aliéné, d'un fonds affermé »¹⁰⁸. Pour être exacte, une rente est « une redevance qu'une personne, appelée le débirentier, s'engage à verser périodiquement à une autre personne, le crédirentier, soit gratuitement, soit en échange d'un capital mobilier ou immobilier »¹⁰⁹. Portant le nom d'arrérage, cette dividende est « en général versée annuellement et constituée par une somme d'argent ou, plus rarement, par une certaine quantité de denrées ou autres choses fongibles »¹¹⁰. Dans l'hypothèse où le fournisseur de services écologiques ou le propriétaire de droits sur la chose frugifère percevrait des subsides sans rien changer à ses manières d'agir, la forêt, la zone humide ou le pâturage concerné serait comme affecté à la production de dividendes. Dans cette vision, la force de travail et le territoire fournisseurs de services écologiques se trouveraient comme « placés » sur un compte à intérêts.

Il serait alors à craindre que les agriculteurs, pêcheurs ou forestiers soient portés à spéculer sur leurs propres fonds, et se mettent en quête de

¹⁰⁵ *Ibid* au para 22.

¹⁰⁶ Pour une définition des contrats Natura 2000, voir « Contrat Natura 2000 », *Service Public*, en ligne : <<https://www.service-public.fr/professionnels-entreprises/vosdroits/F24574>> :

Le réseau Natura 2000 est un ensemble de sites naturels européens, marins et terrestres, constitués d'habitats et/ou d'espèces animales et végétales à protéger. Les actions envisagées pour entretenir et préserver ces sites classés doivent faire l'objet de passation de contrats dits contrats Natura 2000, financés par l'État et soumis à des obligations spécifiques, notamment la conformité au document d'objectifs.

¹⁰⁷ Voir *Centre national de ressources textuelles et lexicales*, *sub verbo* « rente », en ligne : <www.cnrtl.fr/definition/rente>.

¹⁰⁸ *Dictionnaire historique de la langue française*, *supra* note 11, *sub verbo* « rente ».

¹⁰⁹ *Encyclopédie juridique Dalloz : répertoire de droit civil*, « Rentes » par Yannick Dagorne-Labbe au n° 1.

¹¹⁰ *Ibid*.

plus-values, c'est-à-dire d'accroissements de la valeur d'échange des biens sans transformation intrinsèque et modification de la valeur d'usage de ceux-ci. Par exemple, il se peut que des éleveurs réalisent des montages juridiques, et les surimposent sur leur modèle pastoral local, aux seules fins de percevoir des primes agro-environnementales, et au risque de fragiliser juridiquement leur estive collective. À terme, la formation de nouvelles « rentes de conservation » pourrait déstabiliser les systèmes de production de « services d'approvisionnement », soit leur capacité à fournir des fruits, au sens premier et non seulement juridique du terme. Autrement dit, la généralisation des PSE — ces fruits civils — pourrait receler quelque danger pour les services écologiques eux-mêmes, ces fruits naturels ou industriels.

Conclusion : le champ des possibles

Pour conclure, nous voudrions esquisser quelques voies de recherche selon que le lecteur refusera l'hypothèse frugifère et l'assimilation des services écologiques à des fruits naturels ou industriels (A), admettra, à l'inverse, cette hypothèse et regardera les PSE comme un pendant ou corollaire de la reconnaissance des services écologiques (B), ou acceptera de qualifier les services écologiques de fruits, à l'exception, toutefois, des PSE (C).

A. Rejeter l'hypothèse frugifère et considérer les services écologiques telle une dimension commune des choses

Parce que les services écologiques profitent à tous, quel que soit le propriétaire éventuel de la chose-mère, et qu'ils représentent, dans leur ensemble, des fruits indissociables des écosystèmes qui les génèrent, le lecteur pourra refuser de qualifier les services écosystémiques de fruits¹¹¹. Le cas échéant, il nous reviendrait de qualifier ces choses donnant des fruits inséparables d'elles-mêmes : les services écologiques, et profitant à tous.

Dans un premier temps, nous pourrions rattacher la purification des ressources aquifères à l'eau, la séquestration du dioxyde de carbone à l'air, et conclure que ces services écosystémiques de « régulation » et de « soutien » participent des « choses communes » que constituent l'eau et l'air. Seulement, les processus de purification de l'eau et de séquestration de carbone ne dépendent pas seulement de ces *res communes*. Ils sont encore liés à d'autres ressources naturelles, tels des fonds de terre, des forêts ou des lacs, qui font l'objet de droits (publics ou privés) de propriété. Avec les

¹¹¹ Voir ci-dessus, partie I-B.

services écosystémiques, nous entrerions, alors, dans cette manière d'impasse à laquelle conduisent les théories modernes de la propriété : archoutés sur une conception absolutiste et exclusiviste de la propriété¹¹², les partisans de ces doctrines ne conçoivent pas que les choses ne se laissent pas exclusivement utiliser par leur propriétaire et qu'elles demeurent, dans une certaine mesure, à l'usage de tous. Dans la vision occidentale moderne, le propriétaire a la jouissance exclusive de sa chose; il rassemble entre ses mains toutes les utilités de cette dernière. Or un propriétaire forestier ne saurait repousser autrui des utilités écosystémiques apportées par la forêt. Il ne saurait s'opposer à ce que tous profitent des multiples bienfaits apportés par son bien, en termes notamment, de protection des eaux, de l'air ou des paysages. Qualifiées de « patrimoines communs » dans le code de l'environnement¹¹³, certaines de ces ressources ne sauraient, d'ailleurs, être soustraites à l'usage de tous.

Pour aller au-delà de l'antinomie des choses communes (ou des patrimoines communs?) et des biens (ou choses appropriées), nous pourrions emprunter la voie tracée par Marie-Alice Chardeaux dans sa thèse sur les choses communes. Pour répondre à « cette situation singulière d'une chose appropriée dont l'essentiel des utilités est ouvert à tous »,¹¹⁴ l'auteure forge la catégorie de « quasi-choses communes »¹¹⁵. Aussi pourrions-nous qualifier de « quasi-choses communes » ou, plus justement sans doute, de « choses quasi-communes », les choses frugifères — fonds de terre, zones humides ou forêts — susceptibles de faire l'objet de droits publics ou privés de propriété, mais demeurant toujours, dans une certaine mesure, à l'usage de tous. Dans cette optique, les services écosystémiques représenteraient autant de parts, composantes ou dimensions d'usage commun de « choses quasi-communes ». Nous sommes, cependant, réservée sur l'utilisation de ce nouveau concept, non que l'on pense, comme Zenati-Castaing et Revet, que le problème soulevé par Chardeaux renvoie aux limites que prévoit déjà l'article 544 du *Code civil* français au droit de

¹¹² Observons que la définition québécoise de la propriété ne véhicule pas, *a priori*, une même vision absolutiste de la propriété : quand l'article 544 du *Code civil* français dispose que « [l]a propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements », l'article 947 du *Code civil du Québec* prévoit que « [l]a propriété est le droit d'user, de jouir et de disposer librement et complètement d'un bien, sous réserve des limites et des conditions d'exercice fixées par la loi. Elle est susceptible de modalités et de démembrements ». La disposition québécoise n'est pas emphatique et elle insiste sur les éventuelles restrictions du droit de propriété.

¹¹³ Voir arts L110-1, 210-1 C environ.

¹¹⁴ Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 20.

¹¹⁵ Marie-Alice Chardeaux, *Les choses communes*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2006 à la p 412. Voir aussi Zenati-Castaing et Revet, *supra* note 20 au para 20.

propriété, mais parce que la situation d'une chose ouverte, par certains aspects, à l'usage de tous ne nous semble pas singulière. Selon nous, il ne s'agit pas d'une caractéristique propre à certaines choses spécifiques, mais de la réalité juridique du plus grand nombre d'entre elles. De ce point de vue, les services écosystémiques dévoileraient une dimension commune, et jusqu'alors cachée, des choses que nous dirions naturelles, telles les prairies, bois, cours d'eau, que celles-ci fassent ou non l'objet de droits (publics ou privés) de propriété. D'après nous, il n'est pas plus juste d'affirmer que la propriété s'incorpore aux choses (théorie classique de la propriété) que de prétendre que les choses se trouvent comme absorbées par la propriété (théorie renouvelée de la propriété). Loin de se confondre ou dissoudre dans la personne de leur propriétaire, les choses l'excèdent¹¹⁶. Avec d'autres objets, tels que les paysages ou les œuvres de l'esprit, les services écosystémiques attesteraient que la conception des choses comme des milieux habités pourrait être plus adéquate que celle des choses comme des corps dominés. Ces bienfaits de la Nature seraient la part d'usage commun de choses que nous pourrions aisément nous représenter comme la Terre, notre demeure ou écoumène, et qu'habiteraient les détenteurs de droits ou places en elles, les propriétaires, avec la communauté des autres personnes dépourvues de titres.

Au plan pratique, la jurisprudence relative à l'image des biens pourrait être transposée aux services écosystémiques. De même que « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur l'image de celle-ci »¹¹⁷, les juges pourraient énoncer : « le propriétaire d'une chose ne dispose pas d'un droit exclusif sur les services écosystémiques produits par celle-ci ». Serait ainsi reconnu un principe de libre utilisation des services écosystémiques, et admis que ceux-ci demeurent à l'usage de tous, quand bien même ils sont générés par des biens, c'est-à-dire par des choses faisant l'objet de droits de propriété. La limite posée au principe de libre utilisation de l'image des biens par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation française, le 7 mai 2004, pourrait également s'appliquer :

¹¹⁶ À la conception moderne des choses comme d'objets opposés aux personnes ou sujets, nous proposons de substituer une vision des choses comme de milieux habités par des personnes-habitants. Plus précisément, nous invitons à concevoir les choses (que l'on dit appropriées) tels des demeures, habitats ou lieux d'accueil qu'habiterait la communauté des personnes. Dans cette vision, les biens, alors identifiés aux droits, figurent autant de places dans les choses qu'occupent certaines personnes privilégiées : les dénommés propriétaires. Quant à la propriété, elle représente une faculté des personnes, non de disposer isolément des choses comme de vulgaires objets, mais de cohabiter au sein des choses conçues comme des milieux (voir Sarah Vanuxem, *Les choses saisies par la propriété*, Paris, IRJS, 2012 [Vanuxem, *Les choses*]; Sarah Vanuxem, « Les choses saisies par la propriété : de la chose-objet aux choses-milieux » (2010) 64:1 RIEJ 123).

¹¹⁷ Cass Ass Plén, 7 mai 2004, (2004) Bull civ V 21 à la p 22, n° 10.

sauf le « trouble anormal »¹¹⁸ causé au propriétaire du bien-source de services écosystémiques, tous peuvent librement user de ces derniers. Notons que la transposition de la jurisprudence relative à l'image des biens aux services écosystémiques paraît d'autant plus crédible que l'image produite par une chose peut être rangée au rang des services écosystémiques. En effet, les services culturels renvoient aux bénéfiques récréatifs, esthétiques, et spirituels¹¹⁹ apportés par les écosystèmes et, partant, au bénéfice d'une vue offerte, par exemple, sur les montagnes. Aussi, un juge français pourrait-il reprendre les motifs de l'arrêt du 7 mai 2004 pour dénier au propriétaire d'une forêt, d'un lac ou de prairies l'exclusivité de son droit sur le bénéfice, notamment, esthétique de ces choses « naturelles ».

B. Concéder l'apparition simultanée des services écologiques et des PSE, mais accepter l'évolution du droit de propriété

À supposer qu'il admette que les fruits peuvent être intellectuellement dissociés de la chose-mère et qu'il souscrive à l'hypothèse frugifère, le lecteur pourrait refuser de considérer l'apparition des services écologiques indépendamment des PSE. À juste titre, il pourrait nous faire observer que la reconnaissance des services écosystémiques est aussi l'occasion de la création de nouveaux biens ou droits : les quotas d'émission de gaz à effet de serre, les quotas de pêche d'anguilles, et les divers autres droits de ponctionner des ressources naturelles dans telle ou telle proportion. Au final, nous dira-t-on, les services écosystémiques ne font que signaler la sortie de l'atmosphère ou de l'eau de la catégorie des choses communes et le jet des ressources naturelles « à la corbeille ». Réalisant une manière de privatisation, par exemple, de l'eau ou de l'atmosphère, ces nouveaux droits ou biens témoignent de l'extension de l'empire de la propriété occidentale moderne¹²⁰.

Nous n'entendons pas minorer l'importance de ces nouveaux droits ou biens; il ne s'agit certes pas d'un épiphénomène qui accompagnerait, comme incidemment, la reconnaissance des services économiques. Seulement, nous entendons tenir ensemble les deux mouvements : celui de la création de nouveaux droits ou biens comme celui de l'apparition de nouvelles choses d'usage commun. Nous pensons qu'à mesure qu'elle avance et gagne du terrain, la propriété occidentale moderne se transforme : la

¹¹⁸ Cass Ass Plén, 7 mai 2004, (2004) Bull civ V 21 à la p 22, n° 10.

¹¹⁹ Voir *Rapport de l'EM*, *supra* note 12 à la p 17.

¹²⁰ Voir Thierry Revet, « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre (ou l'atmosphère à la corbeille?) » [2005] D 2632 à la p 2635. Voir aussi Thierry Revet, « Préface » dans Eric de Mari et Dominique Taurisson-Mouret, dir, *L'empire de la propriété : l'impact environnemental de la norme en milieu contraint III*, Paris, Victoires, 2016, 5.

propriété n'est plus — si elle l'a jamais été — ce droit univoquement repoussoir d'autrui, qui absorberait jusqu'à la chose sur laquelle il porte. En réalité, les choses échappent à l'appropriation, seuls les biens ou droits sont appropriés. Les choses sont tels des milieux qui accueilleraient en leur sein la communauté des personnes, mais consentiraient des places (des biens ou droits) à certaines personnes privilégiées : les dénommés propriétaires¹²¹.

Dans cette perspective, l'eau ou l'atmosphère sont des choses frugifères générant des fruits d'usage commun : les services écosystémiques. Mais elles sont aussi des choses offrant des droits, biens, ou places en elles, ce pourquoi les personnes peuvent être autorisées à effectuer des prélèvements dans les « ressources naturelles » ou à rejeter en elles certaines substances dans telle ou telle proportion. À l'examen, le régime juridique de l'eau ou de l'atmosphère s'apparente davantage au modèle de la « réservation de jouissance », conceptualisé par Mikhaïl Xifaras à partir du mécanisme médiéval de la saisine, que du modèle de la « maîtrise souveraine », lequel correspond à la conception exclusiviste occidentale moderne¹²². Loin d'être réunies dans les mains d'un seul propriétaire, les utilités des choses des écosystèmes sont réparties entre les mains de plusieurs; loin d'appartenir à un État de nature révolu, l'usage commun des choses perdure.

Dans cette vision, les PSE représentent la contrepartie de l'exécution d'obligations écologiques contractées sur la base de droits (ou biens) relatifs à des choses productrices de services écologiques. Ils peuvent, par exemple, récompenser la prestation écologique que réalise l'agriculteur en plantant des haies dans le champ loué, ou le propriétaire forestier en substituant des feuillus aux conifères. Les PSE peuvent encore consister dans la rémunération du service de séquestration du carbone ou de surpâturage évité consenti par des éleveurs en contrepartie du non-exercice de leurs droits de parcours. Au final, les services écologiques pourraient dévoiler la richesse des choses dites naturelles, mais cette découverte se solderait — qu'on le veuille ou non — par la marchandisation, *via* les PSE, des rapports respectueux de ce que nous nommons l'environnement.

C. Refuser les PSE et préserver la valeur d'usage des choses productrices de services écologiques

Le lecteur pourrait, enfin, accepter de voir dans la tripartition des services écosystémiques, des services environnementaux, et des paiements

¹²¹ Voir Vanuxem, *Les choses*, *supra* note 116 aux pp 473–671.

¹²² Voir Mikhaïl Xifaras, *La propriété : étude de philosophie du droit*, Paris, Presses Universitaires de France, 2004.

pour services écologiques une réitération du triptyque civiliste des fruits naturels, industriels et civils. Prise au sérieux, la distinction opérée entre les fruits naturels et industriels, d'une part, et les fruits civils, d'autre part, pourrait conduire à l'admission des services écologiques, mais au rejet des PSE.

Dans cette hypothèse, nous pourrions redécouvrir les multiples dimensions des choses, sans que celles-ci fassent l'objet de nouveaux négoce. En effet, l'arbre ne représente pas seulement une chose corporelle, une *res extensa*, lorsque l'on s'interroge sur les services qu'il rend : renvoyant à l'air et au feu par le dioxyde de carbone qu'il capte ou libère, à l'eau et à la terre qu'il régule ou retient¹²³, l'arbre rend des services de séquestration de CO₂, de rétention de l'eau ou de prévention contre l'érosion. Avec la notion de services écologiques, sont rendues visibles les multiples utilités des choses que les doctrines modernes de la propriété tiennent pour indistinctement groupées entre les mains d'un seul propriétaire¹²⁴.

Par ailleurs, les prestations de services écologiques pourraient présenter quelque ressemblance avec le travail que réalisent les femmes dans la sphère privée, depuis les débuts de la révolution industrielle et le salariat généralisé des hommes¹²⁵. Comme les études sur les travaux des femmes au foyer, celles portant sur les services écologiques jetteraient la lumière sur des activités essentielles au maintien de l'économie capitaliste, mais demeurées longtemps ignorées. Si la reconnaissance des services écologiques peut entraîner – comme celle des travaux effectués à domicile – leur paiement, elle pourrait aussi conduire à rompre avec la logique marchande : plutôt que d'accroître la valeur d'échange des choses productrices de services écologiques *via* la rémunération d'iceux, l'on pourrait veiller à maintenir la valeur d'usage ou vernaculaire de ces choses frugifères¹²⁶. L'effort de protection pourrait, alors, passer par l'élaboration d'un régime

¹²³ De même que, chez Martin Heidegger, la chose authentique rassemble en un lieu le ciel, la Terre, les divins et les mortels — à l'inverse de la chose moderne qui, ravalée à la condition d'objet, ne renvoie plus à rien —, l'arbre se définirait, ainsi que la cruche ou le pont, par ses multiples usages (Martin Heidegger, « La chose » dans Martin Heidegger, *Essais et conférences*, traduit par André Préau, Gallimard, 1958, 194).

¹²⁴ Il est alors permis de penser que nous redécouvrons le système des propriétés simultanées de l'ancien droit, lequel autorise une multiplicité de propriétaires à jouir des diverses utilités de la terre (voir Anne-Marie Patault, *Introduction historique au droit des biens*, Paris, Presses Universitaires de France, 1989 aux pp 133–37).

¹²⁵ Sur cette datation, voir Ivan Illich, « Le genre vernaculaire » traduit par Maud Sissung dans Ivan Illich, *Œuvres complètes*, vol 2, Paris, Fayard, 2005, 249. Pour une présentation et un commentaire de ce texte, voir Olivier Rey, *Une question de taille*, Paris, Stock, 2014 aux pp 143–45. Voir aussi, sur cette question, Silvia Federici, *Caliban et la sorcière : femmes, corps et accumulation primitive*, Marseille, Senonevero, 2014.

¹²⁶ Voir Illich, *supra* note 125.

dédié à ces néo-fruits communs que forment, selon nous, les services écologiques.
