



DOCUMENT SOUMIS AUX DROITS D'AUTEUR : SOUS LICENCE CREATIVE COMMONS

CITEZ-NOUS DE LA FAÇON SUIVANTE :

X. Marchand, *L'assurabilité de la perte des unités de compensation foncière*, Dossier FDA n° 3, bjda.fr 2021

L'assurabilité de la perte des unités de compensation foncière

Xavier Marchand
 Avocat au Barreau de Paris
 Franklin

Environnement –Maître de l'ouvrage - Unités de compensation foncière –Perte – Assurabilité ?

Le projet de loi « portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets »¹, en cours d'examen à l'Assemblée Nationale et au Sénat, prévoit un ensemble de dispositions nouvelles visant à protéger les écosystèmes. Un principe de lutte contre l'artificialisation des sols sera introduit dans le code l'urbanisme qui limitera les possibilités de construire devraient être fortement réduites en dehors des zones déjà urbanisées et les soumettra au principe de la compensation environnementale consacré, depuis la loi du 8 août 2016², à l'article 110-1 du code de l'environnement qui impose qu'à défaut de pouvoir éviter les atteintes à la biodiversité, ou de les réduire, il convient de les compenser.

Le mécanisme de cette compensation est précisé à l'article L. 163-1 du code de l'environnement : il prévoit que l'objectif d'absence de perte nette de biodiversité est poursuivi par le maître d'ouvrage, soit par ses soins propres, soit par ceux d'un opérateur de compensation, soit encore en acquérant des unités de compensation auprès du gestionnaire d'un site naturel de compensation. Ce mécanisme de « compensation par l'offre »³, qui consiste pour un opérateur public ou privé à revendre à des tiers les droits d'artificialisation qu'il a accumulé en procédant lui-même à une opération de remise en état naturel d'un site autrefois souillé, constitue un outil nouveau dans le droit foncier français qui, s'il est sans doute promis à un grand avenir, pose de nombreuses questions concernant sa mise en œuvre pratique et, en

¹ Projet de loi « portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets » (TREX2100379L).

² Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

³ Inspiré du dispositif *mitigation banking* américain.

premier lieu, celle de la prise en charge des aléas pouvant peser sur la bonne exécution de ce mécanisme dans le temps.

I) L'intangibilité de la responsabilité administrative du maître d'ouvrage

Les mesures de compensation édictées par l'autorité administrative au vu de l'étude d'impact réalisées par le maître d'ouvrage, doivent être effectives pendant toute la durée des atteintes à la biodiversité⁴. Qu'il les assure lui-même ou qu'il en délègue la gestion à un tiers, le maître d'ouvrage reste seul responsable à l'égard de l'autorité administrative du respect des mesures prescrites ; lorsque celles-ci ne sont pas respectées, malgré mise en demeure, l'autorité administrative peut faire procéder d'office aux mesures prescrites aux frais du maître d'ouvrage.

Jusqu'à la loi de 2016, et depuis la loi du 10 juillet 1976 qui avait introduit ce principe de compensation⁵, la compensation « par la demande » était la seule voie ouverte aux maîtres d'ouvrage dont les projets portaient atteinte à la biodiversité. Les atteintes à la biodiversité établies par une étude d'impact étaient compensées par l'acquisition par le maître d'ouvrage de parcelles sur lesquelles celui-ci engageait ou faisait engager des mesures de remise en état naturel. Ces mesures pouvaient toutefois être également engagées sur le terrain de tiers, par le biais de convention de long terme leur déléguant le soin d'y satisfaire ou encore par la constitution d'obligation réelle environnementale⁶. Aussi, et dans le cas d'une violation des obligations contractuelles mises à leur charge, le maître d'ouvrage mis en demeure par l'administration, ou condamné à l'indemniser des frais exposés par elle, pouvait exercer selon les voies classiques de la responsabilité contractuelle une action récursoire.

La possibilité désormais ouverte au maître d'ouvrage « d'acquérir » des unités de compensation aurait en principe dû s'accompagner d'une décharge de toute responsabilité du maître d'ouvrage. Ces unités ne peuvent en effet être acquises qu'auprès d'un gestionnaire de site naturel de compensation agréé par arrêté du ministre de l'Environnement qui n'est autorisé à les céder qu'après qu'il a été constaté que les mesures ont effectivement mises en œuvre. La cession qui vient concrétiser l'acquisition par le maître d'ouvrage un « droit à artificialiser » devrait en principe emporter le transfert au gestionnaire de la responsabilité de maintenir le site naturel dans l'état prévu à l'agrément ; il ne s'agirait là que de la transposition du mécanisme, par ailleurs présent dans le code de l'environnement, de transfert au dernier exploitant des obligations de remise en état d'un site.

Ce n'est toutefois pas le choix fait par le législateur qui, par volonté délibérée ou par oubli, n'a pas fait de sorte différent à la responsabilité du maître d'ouvrage selon le mode de compensation choisi ; celui-ci reste donc administrativement, et pénalement responsable, du maintien dans le temps des mesures de compensation, alors même qu'il n'a parfois plus aucun moyen concret d'en assurer la réalisation, voire d'en contrôler l'exécution. En effet, et contrairement au contrat de prestation de service ou aux obligations réelles environnementales, la cession de l'unité de compensation réalise l'objet même du contrat et par suite éteint en principe les obligations respectives des parties.

⁴ En théorie, celles-ci devraient s'étaler aussi longtemps que l'ouvrage reste édifié ; en pratique, les arrêtés limitent les mesures à une durée de 5 à 45 ans.

⁵ Loi n° 16-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature

⁶ Article L. 132-3 du code de l'environnement

II) Les difficultés de la mise en œuvre de la garantie du vendeur d'unité de compensation

La loi du 8 août 2016 est restée parfaitement muette sur la nature et le régime de « l'acquisition d'unités de compensation ». A défaut d'un régime propre au droit de l'environnement, et en l'absence de soumission par la loi du contrat aux règles propres aux contrats de droit public, il faut considérer que cette opération économique relève du code civil et plus particulièrement des articles 1582 et suivants. Ces articles enseignent que le vendeur est délivré de toute obligation lors de la délivrance de la chose vendue à l'acheteur. Il doit cependant au vendeur la garantie en cas d'éviction et la garantie des vices cachés. Le maître d'ouvrage, mis en demeure par l'autorité administrative de se conformer à ses obligations de remise en état ou condamné à en supporter le coût, peut donc en théorie exercer à l'encontre du gestionnaire de site défaillant, son vendeur, l'une des actions en garantie prévues aux articles 1625 et suivants du code civil. L'exercice pratique de cette garantie est toutefois susceptible de se heurter à des obstacles importants.

Un premier obstacle est celui de la qualité à agir. Le maître d'ouvrage, une fois le projet exécuté, peut avoir transféré l'ensemble de ses droits à un nouveau propriétaire. En vertu de la règle *l'accessoire suit le principal*, la vente devrait en principe emporter transfert au nouveau propriétaire des obligations environnementales. La question n'est cependant pas tranchée par la loi, pas plus donc que la question du traitement de ce transfert dans le cadre d'une cession à plusieurs propriétaires, unis ou non au sein d'une copropriété ou d'un ASL⁷. La loi reste muette sur l'introduction de cette obligation dans la liste des charges communes et par suite sur la personne habile à exercer le recours contre le gestionnaire de site défaillant dans la mesure où les éventuels accords particuliers intervenus au moment de la cession de l'immeuble ne lui seront pas nécessairement opposables, faute d'une publicité foncière de l'acte organisant ce transfert particulier de droits et obligations.

Un deuxième obstacle naît de la nature de l'action à exercer et, par suite de son régime. La méconnaissance par le gestionnaire du site naturel de ses obligations peut entraîner un retrait d'agrément dont le maître d'ouvrage est informé⁸. Rien n'est dit des conséquences de ce retrait sur la validité des unités de compensation cédées mais la logique voudrait que celle-ci soit rétroactivement anéantie puisqu'elles n'existent que par l'agrément donné. Perdant le bénéfice de la compensation acquise, le maître d'ouvrage ou ses ayant-droits devraient pouvoir exercer l'action en garantie d'éviction. Si les conséquences étaient en revanche limitées à l'obligation d'assumer les coûts de maintien des mesures, en lieu et place du gestionnaire, l'action en garantie des vices cachés apparaîtrait s'imposer. La difficulté est qu'il est possible de renoncer, lors de la cession initiale des unités, à la seconde⁹ mais pas à la première¹⁰.

Un troisième obstacle naît des délais de prescription. L'action en garantie des vices cachés ou d'éviction est en effet enfermée dans le délai de prescription quinquennale extinctive de droit commun de l'article L. 110-4 du code de commerce¹¹. Or, et par hypothèse, les risques d'une

⁷ Association Syndicale Libre.

⁸ C. envir., art. D. 163-7.

⁹ C. civ., art. 1643.

¹⁰ C. civ., art. 1628.

¹¹ Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2019, n° 18-14.720

défaillance du gestionnaire de site augmentent au fur et à mesure de l'écoulement du temps ; le maître d'ouvrage se retrouve donc rapidement privé de tout recours, et ne peut trouver dans le mécanisme de la gestion d'affaire¹² un secours puisqu'il est personnellement et prioritairement tenu d'assumer la responsabilité des mesures de compensation.

Un quatrième obstacle naît de la difficulté d'apprécier le préjudice résultant d'une défaillance du gestionnaire de site. Certes, la prise en charge des frais par l'autorité administrative des frais de remise en état permet en principe de déterminer précisément le préjudice qui résulte pour celui qui doit finalement en assumer la charge finale. La possibilité demeure cependant pour l'autorité administrative d'imposer de nouvelles mesures, à due proportion des atteintes portées par le projet à la biodiversité qui se révéleraient ultérieurement, et les progrès techniques ; les coûts finalement mis à la charge du maître d'ouvrage peuvent donc inclure des mesures qui vont au-delà de celles qui sont entrées dans le champ contractuel au moment de la valorisation puis de la cession de l'unité de compensation. Les mesures de compensation doivent par ailleurs être mises en œuvre, par priorité, sur le site endommagé. L'autorité administrative peut donc, dans la mesure où les mesures de remise en état réalisées sur le site de compensation n'ont pas été jugées concluantes, préférer imposer des restrictions d'usage sur le site endommagé susceptibles d'entraîner pour les occupants des surcoûts qui seront davantage liés à l'activité poursuivie par les occupants qu'au bâtiment lui-même. L'existence d'un lien direct entre le préjudice ainsi subi et la défaillance du gestionnaire sera d'autant moins établie que l'occupant n'est pas nécessairement le maître d'ouvrage.

Le cinquième obstacle est celui de la solvabilité du gestionnaire. Les coûts de remise en état peuvent être particulièrement élevés ; l'exercice d'un recours effectif impose donc que le gestionnaire puisse y faire face. La loi reste évasive et renvoie à un simple arrêté¹³ fixant la composition du dossier d'agrément des conditions de contrôle de la solvabilité du gestionnaire, au seul moment de l'agrément. Le candidat doit justifier d'une capacité financière suffisante, sans aucune précision sur d'éventuels seuils de solvabilité, de détention de fonds propres ou de garantie assurantielle minimale ; ces dernières, à les supposer souscrite pour un montant en cohérence avec les responsabilités assumées, seront cependant rarement sollicitées en pratique.

III) Une intervention assurantielle limitée

En l'état du marché, deux polices d'assurance de responsabilité sont susceptibles d'être mobilisées en cas de défaillance du gestionnaire de site.

La police pour atteinte à l'environnement peut apparaître comme la police de responsabilité civile la plus susceptible de s'appliquer. Dans les faits, et sauf dans le cas d'un déversement accidentel d'un composé polluant à l'occasion d'une opération d'entretien, il existe toutefois peu de possibilité qu'un *événement* puisse affecter le site puisque celui-ci est réputé n'accueillir aucune installation polluante. Dans l'hypothèse d'un *événement* ponctuel et accidentel, les conséquences ne peuvent que rester limitées et d'une faible ampleur au regard de la superficie d'un site de plusieurs centaines d'hectares ; les cas d'un impact par ricochet sur le maître d'ouvrage restent donc limités. A supposer toutefois qu'un tel cas se produise, il n'est pas certain que la police couvre les frais exposés par un maître d'ouvrage qui n'a subi aucune pollution de son site, parfois distant du site impacté de plusieurs dizaines de kilomètres. Le

¹² C. civ., art. 1301 et suivants.

¹³ Arrêté du 10 avril 2017 fixant la composition du dossier d'agrément d'un site naturel de compensation prévu à l'article D. 163-3 du code de l'environnement.

mécanisme de responsabilité de plein droit du maître d'ouvrage édicté par l'article L. 163-1 du code de l'environnement, purement financier, est d'une nature différente des atteintes physiques à l'environnement qui sont couvertes par une telle police.

La police de responsabilité civile de droit commun pourra trouver à s'appliquer de manière plus large puisque son déclenchement est conditionné par l'action récursoire exercée par le maître d'ouvrage. Sa mise en œuvre est toutefois limitée par les obstacles mentionnés *supra*, mais surtout par la nature même du fait générateur du préjudice subi par le maître d'ouvrage. Outre que celui-ci ne fait *in fine* qu'assumer une responsabilité qui lui est propre, et ne tient finalement son droit à recours que des termes du contrat d'acquisition d'unités de compensation, son action contre le gestionnaire tient au fait que celui-ci a été défaillant dans l'exécution des missions qui lui ont été confiées par l'autorité administrative. Cette défaillance ne résulte pas, par hypothèse, d'une imprudence ou d'une faute ponctuelle, mais bien d'une volonté délibérée de ne pas assumer les obligations de maintien du site dans l'état qui avait motivé son agrément. S'il peut naturellement être imaginé des cas spécifiques dans lequel une épidémie, un événement climatique, un prédateur, est susceptible de porter atteinte à la biodiversité du site remis à l'état naturel, voire de ne plus offrir les conditions d'un gain net de biodiversité, il est douteux que ces cas entraînent des sanctions édictées par l'autorité administrative. Les cas les plus probables sont donc ceux d'une négligence coupable confinant à la faute dolosive, voire la faute volontaire, écartant l'application de l'assurance en vertu de l'article L. 113-1 du code des assurances.

Se voyant interdit de mobiliser utilement les polices de responsabilité du gestionnaire, le maître d'ouvrage peut naturellement avoir la tentation de se rapprocher de ses assureurs de dommages.

Le recours à l'assurance dommages-ouvrages pourrait sembler s'imposer au regard de la nature immobilière de l'obligation de compensation à laquelle le maître d'ouvrage est tenue et de l'atteinte certaine à destination que constituerait l'imposition *a posteriori* de mesures de compensation sur le site endommagé qui viendraient en affecter l'utilisation et, par suite, la destination. Les observations relatives au délai de garantie gardent ici leur pertinence : la garantie s'éteint après dix années alors que l'obligation peut s'étendre sur une période de quarante ans. Il n'est pas certain, par ailleurs, qu'il puisse être considéré que le dommage subi par le maître d'ouvrage du fait d'une défaillance du gestionnaire dans l'exécution de ses obligations puisse relever d'une telle garantie en l'absence de toute atteinte *physique* au bien. Une telle garantie ne relève certainement pas de la garantie légale et ne relèverait donc des garanties facultatives qu'autant que le cas a été spécifiquement prévu.

Le recours à l'assurance de dommages ne se heurtent pas à une limite temporelle ; encore faut-il toutefois que le périmètre garantie intègre des opérations qui auront sans doute quitté le patrimoine du maître d'ouvrage depuis longtemps ; la question du débiteur de l'obligation de la compensation dans le temps, évoqué *supra*, prend ici toute sa dimension. Les débats sur la portée de ces assurances en l'absence de dommages matérielles et la tendance actuellement constatées d'une réduction plus rigoureuse des polices pour exclure formellement et précisément toute notion de *dommage immatériel non consécutif* laissent en tout état de cause peu de possibilité pour un maître d'ouvrage de mobiliser utilement ces garanties.

IV) Les perspectives

Le mécanisme de la compensation par l'offre, qui s'inspire de l'exemple américain, est extrêmement récent et reste à ce jour à un stade très expérimental. Le cadre juridique n'en a été

qu'esquissé, sans que le législateur n'en ait tiré toutes les conséquences. La révolution environnementale annoncée est restée donc à faire et il ne semble pas qu'elle le sera à l'issue de la loi actuellement débattue au Parlement. Il est toutefois raisonnable de considérer que le lien très fort que cette dernière loi entend créer entre l'ouverture à la construction des unités foncières et la compensation environnementale qui doit en résulter, il incombera au législateur de s'emparer du sujet des risques associés à ce couple et des couvertures d'assurances qui doivent en résulter.

L'intérêt général poursuivi par l'objectif de préservation de la biodiversité commande qu'à l'instar de l'objectif de protection des propriétaires de biens immobiliers, de protection des victimes des accidents de la circulation, de protection des victimes des accidents médicaux, un système d'assurances obligatoires soit mis en place qui permettra de garantir dans le temps long l'exécution par chacun de ses obligations. La mise en place d'une garantie de responsabilité spécifique rendra nécessaire la définition précise de bonnes pratiques de gestion des sites de compensation qui permettra de caractériser les manquements et de distinguer ceux qui relèvent de la responsabilité des gestionnaires, et ceux qui relèvent du cours normal de la nature. La mise en place de la garantie de dommage obligera à reconsidérer l'objet même du bâtiment, dans une perspective d'utilisation peut être temporaire d'un espace et d'une évolution plus ou moins contrainte de sa destination dans le temps ; elle ne peut donc intervenir qu'en complément d'une réflexion plus accomplie sur l'économie circulaire et la réversibilité des ouvrages.

La faillite des systèmes d'assurance obligatoires, avec la nécessité éprouvée par l'Etat de la mise en place d'un fonds de garantie (FGAO), oblige toutefois à poser immédiatement la question du financement du système. Un système par capitalisation semble naturellement s'imposer qui commande cependant que les montants collectés au moment de la souscription couvrent des frais de remise en état futurs qui, à l'inverse des coûts de construction qui bénéficient d'un suivi statistique minutieux qui permet d'en évaluer l'importance, sans susceptibles de connaître une inflation très importante du seul fait que la nature des mesures de remise en état est susceptible d'évoluer dans le temps. Les premiers essais de gestion de site naturel de compensation ont montré que les coûts de gestion sont très importants et que le gestionnaire peine à les commercialiser à plus de 40 000 € l'unité, lorsque ces mêmes droits sont valorisés à 300 000 \$ aux Etats-Unis ; ces coûts intègrent naturellement la marge des opérateurs mais reflètent également l'envolée des coûts de remise en état.

La tentation, caressée par beaucoup, de réserver la qualité de gestionnaire de site de compensation aux seules personnes publiques (conservatoires d'espaces naturels) ou à certaines associations, si elle ouvre la possibilité d'un contrôle renforcé de l'Etat, oblige cependant la question la possibilité pour celui-ci d'assurer le financement initial de ces opérations, alors que l'Office National des Forêts, déjà en charge d'une partie de ces opérations, peine aujourd'hui à assurer le financement de ses frais de fonctionnement. L'état des finances publiques à la suite de la crise de la Covid-19 ne laisse guère d'espoir d'une politique ambitieuse dans ce domaine.

Une solution doit sans doute être trouvée dans une extension de ce système de compensation non seulement aux sites remis à l'état naturel mais également aux friches industrielles remises dans un état tel qu'elles peuvent accueillir, sans inconvénient pour la santé, des bâtiments tertiaires ou d'habitation. A la volonté du législateur de limiter l'artificialisation des sols peut répondre en miroir l'incitation faite aux promoteurs et aménageurs de faire remploi de zones fortement polluées. Ces opérations de dépollution sont aujourd'hui longues et coûteuses et peu susceptibles d'intéresser des investisseurs en recherche d'un retour sur investissement rapide.

Les entreprises d'assurances sont en revanche incitées à investir dans la transition écologique¹⁴, et à proposer à leurs clients, dans le cadre des produits d'assurance-vie qu'elles distribuent, à réserver jusqu'à 10% des placements dans des produits répondant à ces objectifs¹⁵. En combinant les possibilités ouvertes par l'article L. 512-21 du code de l'environnement d'un transfert complet à un *tiers intéressé* des obligations de remise d'un site dans un état « naturel » vers un tiers et la possibilité pour ce tiers de commercialiser les parties remises dans un état soit par la voie d'unité de compensation (pour les parties destinées à ne pas recevoir des constructions), soit par cession *in fine* du site, un équilibre financier pourrait s'établir plus aisément qui permettrait de réserver une partie des profits attendus à la constitution d'un système de garantie.

¹⁴ C. monét. et fin., art. L. 533-22-1.

¹⁵ C. assur., art. L. 131-1-2.