



Carole Hermon (dir.)

Services écosystémiques et protection des sols Analyses juridiques et éclairages agronomiques

Éditions Quæ

Chapitre 1 - L'intégration de la notion de service écosystémique en droit

Isabelle Doussan, Mélodie Fèvre et Guillaume Beaussonie

Éditeur : Éditions Quæ
Lieu d'édition : Éditions Quæ
Année d'édition : 2018
Date de mise en ligne : 17 mars 2021
Collection : Update Sciences & Technologie
ISBN électronique : 9782759231430



<http://books.openedition.org>

Référence électronique

DOUSSAN, Isabelle ; FÈVRE, Mélodie ; et BEAUSSONIE, Guillaume. *Chapitre 1 - L'intégration de la notion de service écosystémique en droit* In : *Services écosystémiques et protection des sols : Analyses juridiques et éclairages agronomiques* [en ligne]. Versailles : Éditions Quæ, 2018 (généré le 20 mars 2021). Disponible sur Internet : <<http://books.openedition.org/quæ/30740>>. ISBN : 9782759231430.

**L'INTÉGRATION DE LA NOTION DE SERVICE
ÉCOSYSTÉMIQUE EN DROIT**

Brève histoire de l'intégration de la notion de service écosystémique en droit

Isabelle DOUSSAN

Directrice de Recherche INRA

GREDEG UMR 7321 CNRS

Université Côte d'Azur, 06560, Valbonne, France

I. INTRODUCTION : DES ORIGINES SCIENTIFIQUES DES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES À LEUR INSTITUTIONNALISATION

Dès les années soixante-dix, notamment à l'occasion de la préparation de la Conférence de l'ONU qui s'est tenue à Stockholm en 1972, certains travaux d'écologues américains mettent en avant la notion de services écosystémiques. Mais c'est surtout à partir des années quatre-vingt que cette notion a été développée et a fait l'objet d'un nombre de publications croissant. La notion est dès ses origines marquée par un double contexte : d'une part, l'intégration dans les travaux en sciences de l'écologie des dimensions systémiques et dynamiques des processus écologiques et, d'autre part, la volonté de certains scientifiques d'alerter sur « la possible atteinte des limites des capacités de charge de la planète »¹ soumise au développement des activités humaines. Emerge alors l'idée que l'évaluation des « services rendus par la nature » peut renforcer la prise de conscience publique de l'importance du bon fonctionnement des écosystèmes pour la vie humaine. Dans cette veine, on trouve des travaux d'écologues proposant une analyse économique des fonctions

1. Mongruel R., Méral P., Doussan I., Levrel H., 2016, L'institutionnalisation de l'approche par les services écosystémiques : dimensions scientifiques, politiques et juridiques. In : *Valeurs de la biodiversité et services écosystémiques. Perspectives interdisciplinaires* (Roche P., Geijzendorffer I., Levrel H., Maris V., eds), collection Up date Sciences technologies, éditions Quae, Versailles, 191-216, p. 192

écologiques considérées comme essentielles pour le bien-être humain et des travaux d'économistes reposant sur la notion de « capital naturel » comme élément contribuant au développement des sociétés humaines. Un article en particulier fait date, celui de Costanza et al. publié en 1997 dans la revue *Nature*, où l'équipe de chercheurs propose une évaluation monétaire des services écosystémiques et du capital naturel à l'échelle mondiale².

Puis ce sont des rapports publiés par des ONG internationales qui reprennent ces travaux et l'approche de la nature *via* les services écosystémiques pénètre ainsi les sphères politiques. « Cette approche est mobilisée au service d'un objectif clairement affiché : dépasser la segmentation des problématiques sectorielles liées à l'existence de conventions internationales thématiques sur la diversité biologique, la désertification, le changement climatique, etc..., et proposer une vision globale et "écosystémique" des enjeux environnementaux »³.

Un événement déterminant pour l'institutionnalisation du concept de services écosystémiques est très certainement la publication en 2005 du *Millenium Ecosystem Assessment* (MEA), étude de très grande ampleur portée par l'ONU et soutenue par plusieurs grandes organisations internationales⁴. L'étude qui mobilise plus de mille chercheurs pendant plus de trois ans sera largement diffusée. Selon la présentation même du rapport de l'ONU, « le fait que cette évaluation s'attarde aux fonctions écosystémiques et à leur lien avec le bien-être humain et les besoins en développement est unique en son genre. En examinant l'environnement selon le cadre des fonctions écosystémiques, il est bien plus facile de déterminer comment les changements écosystémiques influent sur le bien-être humain et de présenter de l'information sous une forme que les décideurs peuvent comparer à d'autres renseignements sociaux et économiques ». Le MEA propose alors un cadre d'analyse et une typologie des services écosystémiques classés en quatre

2. Costanza R., d'Arge R., De Groot R., Farber S., Grasso M., Hannon B., Limburg K., Naeem S., O'neill R., Paruelo J., Raskin R-G., Sutton P., Van den Belt M., 1997, *The value of the world's ecosystem services and natural capital*, *Nature*, 387, 253-260.

3. Mongrue R., Méral P., Doussan I., Levrel H., 2016, L'institutionnalisation de l'approche par les services écosystémiques : dimensions scientifiques, politiques et juridiques, précité, p. 195.

4. <http://www.millenniumassessment.org/fr/>

grandes catégories⁵. Si par la suite cette typologie sera complétée, critiquée, modifiée par de nombreux travaux, ce rapport contribue incontestablement à asseoir l'approche par services écosystémiques et à alerter sur leur dégradation. « Au-delà d'un état des lieux de la biodiversité globale, cette expertise internationale a surtout permis d'articuler et de communiquer le concept de service écosystémique et de fournir une méthodologie applicable de façon générique pour quantifier les conséquences des changements de biodiversité sur les écosystèmes et sur différentes composantes du bien-être humain. Depuis, ce travail a stimulé une profusion de travaux de recherche sur les services écologiques, que ce soit des développements méthodologiques, des études de cas pour des systèmes ou services particuliers (par exemple la pollinisation), ou de nouvelles avancées sur les mécanismes impliqués dans les relations entre biodiversité et services écologiques, ainsi que sur les mécanismes d'évaluation socioéconomique de la biodiversité et des services écologiques »⁶. On observe ainsi que « la montée en puissance du concept de service écosystémique (...) est le résultat d'une co-construction entre science et politique à l'échelle internationale (...) l'institutionnalisation de cette approche n'a donc pas été un processus distinct de celui de sa construction scientifique »⁷.

Du fait même sans doute de cette construction simultanée, les services écosystémiques pénètrent le champ des politiques publiques et du droit sans être stabilisés scientifiquement, traduisant ainsi une approche renouvelée de l'environnement.

5. A savoir : 1°- les services d'approvisionnement (également appelés parfois « services de prélèvement »). Ce sont les produits que procurent les écosystèmes, tels que les ressources génétiques, la nourriture et la fibre, ainsi que l'eau douce. 2°- Les services de régulation. Ce sont les bienfaits qui découlent de la régulation des processus liés aux écosystèmes, tels que la régulation du climat, de l'eau et de certaines maladies humaines. 3°- Les services culturels. Ce sont les bienfaits non matériels que procurent les écosystèmes à travers l'enrichissement spirituel, le développement cognitif, la réflexion, les loisirs et l'expérience esthétique, tels que les systèmes de savoir, les relations sociales et les valeurs esthétiques. 4°- Les services de soutien. Ce sont les services nécessaires à la production de tous les autres services fournis par les écosystèmes. Ils comprennent la production de biomasse, la production d'oxygène atmosphérique, la formation et la rétention des sols, le cycle des éléments nutritifs, le cycle de l'eau et l'offre d'habitats.

6. Le Roux X., Barbault R., Baudry J., Burel F., Doussan I., Gamier E., Herzog F., Lavorel S., Lifran R., Roger-Estrade J., Sarthou J-P., Trommetter M.(eds), 2008. Agriculture et biodiversité. Valoriser les synergies. Expertise scientifique collective, INRA, France, 116 p.

7. Mongruel R., Méral P., Doussan I., Levrel H., 2016, L'institutionnalisation de l'approche par les services écosystémiques : dimensions scientifiques, politiques et juridiques, précité, p. 197.

II. L'ENTRÉE DES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES DANS LE CHAMP DU DROIT ET DES POLITIQUES PUBLIQUES

C'est à partir du MEA que les services écosystémiques investissent formellement le champ des politiques environnementales et du droit. Le concept ne figure pas, par exemple, dans la Convention sur la diversité biologique adoptée lors du Sommet de la Terre à Rio de Janeiro en 1992. Dans les textes de l'Union européenne, il est absent de la communication « Stratégie communautaire en faveur de la diversité biologique »⁸ de 1998 et à peine implicite dans la communication « Plan d'action en faveur de la diversité biologique dans le domaine de l'agriculture »⁹ de 2001. En revanche, il est au cœur de deux communications de 2006 et 2007. L'une, portant sur la biodiversité, est intitulée « Enrayer la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà. Préserver les services écosystémiques pour le bien-être humain »¹⁰, l'autre constitue l'examen à mi-parcours du sixième programme d'action communautaire pour l'environnement¹¹. Quant aux textes communautaires dont le respect s'impose aux Etats membres, on remarquera que dans la directive 2000/60, dite directive cadre sur l'eau¹², la notion de service des écosystèmes, en l'espèce aquatiques, n'apparaît pas. En revanche, la directive du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale¹³ y fait explicitement référence comme élément de définition du dommage environnemental, en employant le terme de « services écologiques ». Compte tenu de l'objectif du MEA qui est de mettre en avant les atteintes affectant les services écosystémiques, ce n'est d'ailleurs sans doute pas un hasard que son premier emploi en droit se fasse dans le cadre d'un régime de réparation des dommages à l'environnement.

On observe ensuite que des textes sectoriels s'appuient sur les services écosystémiques pour fonder des régimes de protection de certaines ressources. Notamment, en 2006, la proposition de directive sur les sols « définit un cadre pour la protection des sols

8. COM (1998)42, non publié.

9. COM (2001)162 final.

10. COM (2006)216 final.

11. COM (2007)225 final.

12. Directive 2000/60 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau.

13. Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux.

et la préservation de leur capacité à remplir (...) des fonctions écologiques, économiques, sociales et culturelles » (art. 1^{er})¹⁴. Les services figurent également au cœur de la directive-cadre Stratégie pour le milieu marin du 17 juin 2008¹⁵, puis du règlement du 22 octobre 2014 relatif à la prévention et à la gestion des espèces exotiques envahissantes¹⁶.

En droit français, les termes de « services écosystémiques » sont restés longtemps assez peu utilisés, même si ce type d'approche a fait incontestablement du chemin (*Cf. infra*, M. Fèvre « Les “services écosystémiques”, une notion fonctionnelle »). En 2008, la loi de transposition de la directive sur la responsabilité environnementale intègre les services écologiques, dans le cadre d'un régime de police administrative très spécifique. Inscrits à l'article L.161-1 I 4° du Code de l'environnement, les services écologiques sont définis comme les fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats protégés, au bénéfice d'une de ces ressources naturelles ou au bénéfice du public. Leur définition semble ainsi permettre de les assimiler aux services écosystémiques. Ce sont bien ces derniers en revanche qui sont explicitement visés, en 2014, par la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt¹⁷ à propos des « *systèmes de production agroécologiques, dont le mode de production biologique, qui combinent performance économique, sociale (...), environnementale et sanitaire. Ces systèmes (...) sont fondés sur les interactions biologiques et l'utilisation des services écosystémiques et des potentiels offerts par les ressources naturelles (...)* »¹⁸. Ce sont ces systèmes de production agricole que « *les politiques publiques visent à promouvoir et à pérenniser* »¹⁹.

14. La définition de ces fonctions renvoie d'ailleurs davantage à celles de « services » traduisant ainsi une certaine confusion sémantique dans le champ juridique, perceptible également en droit français. *Cf. supra* C. Hermon « La protection du sol en droit » et *infra* M. Fèvre « Les “services écosystémiques”, une notion fonctionnelle ».

15. Directive 2008/56/CE du Parlement Européen et du Conseil du 17 juin 2008 établissant un cadre d'action communautaire dans le domaine de la politique pour le milieu marin.

16. Règlement (UE) n° 1143/2014 du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2014, relatif à la prévention et à la gestion de l'introduction et de la propagation des espèces exotiques envahissantes. Article 4.3 c) : « Les espèces exotiques envahissantes [...] sont, sur la base des preuves scientifiques disponibles, susceptibles d'avoir des effets néfastes importants sur la biodiversité ou les services écosystémiques associés [...] ».

17. Loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014.

18. Art. L.1-II du Code rural et de la pêche maritime.

19. Art. L.1-II du Code rural et de la pêche maritime.

Mais c'est sans aucun doute la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages du 8 août 2016 qui fait une plus grande place aux services écosystémiques. Dès l'exposé des motifs du projet de loi, il est indiqué que la biodiversité « force économique pour la France (...) assure des services qui contribuent aux activités humaines, dit services écosystémiques ». Dans la loi elle-même, « la sauvegarde des services » fournis par « 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 » est déclarée « d'intérêt général »²⁰. Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, est également complété en ce qu'il implique désormais « d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit »²¹. Enfin, les services sont introduits par la loi de 2016 dans le Code civil français, dont l'article 1247 reconnaît le préjudice écologique et le définit comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement. », cette dernière expression visant incontestablement les services écosystémiques. On peut enfin ajouter le nouveau principe de complémentarité entre l'environnement et l'agriculture qui renvoie non plus aux services écosystémiques mais aux « services environnementaux » que peuvent fournir les activités agricoles, aquacoles et forestières en utilisant « les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité »²².

La loi du 8 août 2016 est encore trop récente pour en mesurer les effets, mais il semble que l'on peut avancer que l'intégration dans les textes juridiques des services écosystémiques est susceptible de renouveler l'appréhension juridique de l'environnement.

III. LES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES ET L'APPRÉHENSION JURIDIQUE DE L'ENVIRONNEMENT

Les éventuels effets du concept de services écosystémiques sur l'appréhension juridique de l'environnement sont à rechercher tant dans le terme de « service » que dans celui d'écosystème. C'est le premier qui a, semble-t-il, davantage retenu l'attention des auteurs.

20. L.110-1-II C. env.

21. L.110-1-II 2° C. env.

22. L.110-1-II 8° C. env.

Les critiques principales qui sont formulées à l'encontre des services écosystémiques dénoncent l'approche utilitariste et anthropocentrée de l'environnement qu'ils traduisent²³.

Pourtant, dans le champ du droit, on peut remarquer que les ressources naturelles ont été et sont encore appréhendées et protégées au regard de l'utilité qu'elles présentent pour l'homme. C'est le cas pour l'eau notamment, dont « *la gestion équilibrée doit permettre en priorité de satisfaire les exigences de la santé, de la salubrité publique, de la sécurité civile et de l'alimentation en eau potable de la population.* »²⁴ On peut également considérer que nombre d'espaces et espèces végétales et animales, la biodiversité « remarquable » ou « patrimoniale », sont protégés par le droit en raison des services culturels qu'ils offrent.

De ce point de vue, les services écosystémiques ne semblent pas de nature à modifier sensiblement l'approche juridique de l'environnement naturel. Ils pourraient même conforter la protection accordée par le droit, renforcer sa légitimité. Ils expriment en effet la dépendance forte des sociétés humaines aux écosystèmes et à leur bon fonctionnement, comme le reconnaît la Constitution française selon laquelle « l'avenir et l'existence même de l'humanité sont indissociables de son milieu naturel »²⁵. Cette dépendance est si forte que préserver les écosystèmes et leurs services, c'est préserver les sociétés humaines et leurs activités. Si « cette dépendance a longtemps été considérée comme un obstacle à surmonter, les progrès scientifiques et techniques se faisant les garants de la domination des hommes sur le monde naturel »²⁶, le concept de services écosystémiques tend à montrer qu'elle est en grande part indépassable, inhérente à la vie sur terre.

Mais on sait aussi que le droit rend compte également, souvent de manière implicite, d'une valeur intrinsèque de la nature, indépendamment de l'utilité qu'elle présente pour les humains. En ce sens, le droit de l'environnement traduit incontestablement un élargissement

23. Cf. par exemple, Maris V., 2014. *Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques*, ed. Quae, coll. Sciences en questions.

24. Art. L.211-1 II C. env.

25. Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

26. Maris V., *op. cit.*, p. 23.

des intérêts juridiquement protégés, les humains ne sont plus seuls dans le monde du droit. L'environnement y existe en effet comme un objet de protection en soi, un « centre d'intérêts »²⁷ qui ne sont pas seulement humains. On peut ici citer la Charte mondiale de la nature adoptée par l'assemblée générale des Nations-Unies le 28 octobre 1982, dont le préambule déclare que « toute forme de vie est unique et mérite d'être respectée, quelle que soit son utilité pour l'homme ». Dix ans plus tard, dans le préambule de la convention sur la diversité biologique, les Etats se proclament « conscients de la valeur intrinsèque de la diversité biologique ». En conséquence, si l'environnement est protégé en droit en raison de son utilité pour l'homme, il l'est également *per se*.

Le risque pourrait être alors que le succès et le caractère opérationnel du concept de services écosystémiques agissent comme des rouleaux compresseurs et en viennent à « écraser » dans le champ du droit les composantes de l'environnement considérées comme « inutiles ». Plus encore, on peut craindre un enfermement de la pensée environnementale dans un cadre conceptuel réducteur, à partir duquel il devient impossible d'interroger et éventuellement de repenser notre rapport au monde vivant. Le concept de services écosystémiques, mobilisé pour sensibiliser les sociétés humaines à la nécessité de préserver les écosystèmes, pourrait les rendre aveugles à une approche plus fine et complexe de l'environnement²⁸. Le risque est d'autant plus grand que si le droit peut rendre compte selon nous de la réalité nécessairement complexe des rapports entre humains et non humains²⁹, les catégories et qualifications juridiques

27. Farjat G., 2002, Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts. Prolégomènes pour une recherche, *RTDCiv.*, 221-236.

28. Norgaard R-B., 2010, Ecosystem services: From eye-opening metaphor to complexity blinder, *Ecological Economics*, 69, 1219-1227 : «*What started as a humble metaphor to help us think about our relation to nature has become integral to how we are addressing the future of humanity and the course of biological evolution. The metaphor of nature as a stock that provides a flow of services is insufficient for the difficulties we are in or the task ahead. Indeed, combined with the mistaken presumption that we can analyze a global problem within a partial equilibrium economic framework and reach a new economy project-by-project without major institutional change, the simplicity of the stock-flow framework blinds us to the complexity of the human predicament. The ecosystem services approach can be a part of a larger solution, but its dominance in our characterization of our situation and the solution is blinding us to the ecological, economic, and political complexities of the challenges we actually face*».

29. Coutellec L., Doussan I., 2012, Legal and ethical apprehensions regarding a relational object. The case of the genetically modified fish, *Journal of Agricultural and Environmental Ethics*, 25 (6), 861-875.

trouvent néanmoins souvent leur ancrage dans une vision duale et utilitariste du monde.

En outre, le concept de service écosystémique se coule sans remous dans une idéologie néolibérale qui pense la nature en termes de « capital », de « flux », « d'agents naturels » et en propose une approche dématérialisée qui se prête à la financiarisation. Pour certains auteurs, les services écosystémiques « constituent l'archétype de la marchandise fictive, dont la seule finalité est d'être échangée, comme si le concept n'avait été forgé que pour cela »³⁰. On remarquera à cet égard que le mécanisme de la compensation écologique participe du même courant, en particulier depuis les ajouts de la loi du 8 août 2016 qui institue des « unités de compensation » destinées à combler le « passif » créé par l'auteur d'un projet portant atteinte à l'environnement.

Mais le concept de services écosystémiques peut également être porteur d'une approche renouvelée du droit de l'environnement.

En effet, les services écosystémiques emportent aussi avec eux une approche systémique, dynamique de l'environnement. Si chronologiquement, l'intégration d'une approche systémique dans les textes juridiques est antérieure à l'apparition des termes même de services écosystémiques, ceux-ci pourraient constituer le moteur, ou le carburant, qui lui manquait³¹. Ainsi, les services écosystémiques peuvent contribuer à forcer, voire éclater, les frontières, les segmentations opérées par le droit. Par exemple, la protection d'espaces naturels tient compte aujourd'hui des fonctionnalités, des réseaux écologiques qui s'y nouent et ainsi de certains services écosystémiques rendus (épuration des eaux, régulation des parasites, services culturels par exemple), en matière de zones humides, de trames verte et bleue, ou encore du réseau Natura 2000³². L'évaluation des impacts d'une activité ou d'un projet d'aménagement est également susceptible d'être modifiée, et complexifiée, par la prise en compte des fonctions et services

30. Boisvert V., 2015, Les services écosystémiques : un nouveau concept ?. In : *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, (Thomas F., Boisvert V., eds), collection Objectifs Suds, éditions Quae, 215-229, p. 227.

31. Fèvre M., 2016, *Les services écosystémiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, thèse de doctorat en droit, Université Côte d'Azur, 712 p.

32. Cf. infra, M. Fèvre « Les "services écosystémiques", une notion fonctionnelle ».

écosystémiques affectés. On peut également supposer que le concept de services écosystémiques amène de nouveaux acteurs, et l'on pense aux bénéficiaires de ces services, mais aussi aux « producteurs » ou « prestataires » de services environnementaux, et modifie le jeu des acteurs existants (pouvoirs publics, ONG, entreprises), emportant ainsi des effets en termes de « gouvernance » de l'environnement. Certains de ces mouvements de fond, créés, renforcés, accélérés par la diffusion des services écosystémiques dans le champ du droit sont déjà perceptibles³³. Des analyses juridiques plus spécialisées, quand à la qualification de ces services, leurs effets en droit des contrats, et en particulier en matière de baux ruraux, en termes de responsabilité civile ou encore de dépense publique sont également à mener pour déterminer si les services écosystémiques peuvent être vus comme un nouvel objet juridique, comme le support de nouveaux rapports de droit, et s'ils sont de nature à modifier profondément les catégories et régimes juridiques existants. C'est tout l'intérêt des contributions qui suivent que d'explorer ces pistes et d'apporter des éléments de réponse.

33. Voir par exemple Fèvre M., 2016, *op. cit* ; A. Langlais (ed.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux : quels questionnements juridiques ?*, Presses universitaires de Rennes, à paraître, 2018.

Les « services écosystémiques », une notion fonctionnelle

Mélodie FÈVRE

Docteure en droit

CREDECO/GREDEG, Université Côte d'Azur

IMBE, Aix-Marseille Université

INTRODUCTION

Au début des années 2000, les auteurs du rapport onusien du *Millenium Ecosystem Assessment (MEA)* postulent la dépendance de l'homme au bon état des écosystèmes, au travers des bénéfices qu'il en retire pour la satisfaction de son bien-être et de ses besoins élémentaires. La notion de « services écosystémiques » connaît alors une popularisation fulgurante. La classification internationale commune (CICES) décline ces services en une typologie, distinguant les services d'approvisionnement, les services de régulation et les services culturels.

D'emblée, la notion de « service écosystémique » présente une forte dimension pédagogique. D'une part, elle permet la collaboration et le dialogue entre les différentes disciplines autour de la plupart des thématiques environnementales, dont la lutte contre l'érosion de la biodiversité et des sols¹. D'autre part, elle met en exergue les conséquences liées à la déconnexion des aspects de gouvernance socio-économique avec les contraintes écosystémiques, et alerte les décideurs sur les coûts que cela représente². La notion irrigue alors assez rapidement les politiques publiques et les stratégies

1. Boisvert V., 2015, Les services écosystémiques : un nouveau concept ?, In : *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, (Boisvert V., Thomas F.), IRD Editions, 1^{ère} édition, coll. Objectifs Suds, QUAE, Marseille, p. 137.

2. Pushpam K. (dir.), 2012, *The Economics of Ecosystems and Biodiversity : Ecological and Economic Foundations*, Ed. Earthscan Ltd, Washington, p. 25.

de protection de la nature, si bien que la question des services écosystémiques est presque systématiquement adossée à celle de la biodiversité.

Bien que construits à l'extérieur du droit, les services écosystémiques prennent aussi de l'ampleur en tant que notion juridique. Des régimes de réparation, de gestion, puis de prévention leur sont en effet associés³. La définition juridique des services écosystémiques prête cependant le flanc à la critique. L'interprétation littérale de l'article L. 161-1-I-4° du Code de l'environnement⁴ conduit d'une part à une confusion, assez classique, entre les fonctions et les services. La référence à des fonctions bénéficiant à des « ressources naturelles » reste en effet fidèle à une approche éco-centrée, qui considère les fonctions des écosystèmes utiles à la biodiversité, et non uniquement utiles à l'homme. Or, une fonction ne prend la forme d'un service qu'à partir du moment où elle concourt à la satisfaction d'un besoin humain⁵. La rédaction de l'article limite d'autre part les services réparables aux services rendus par les eaux, les sols et les espèces et habitats protégés. La référence aux sols renvoie à un champ d'application très vaste et imprécis, qui complexifie la connaissance des fonctions ou services entrant dans cette catégorie. À l'inverse, la référence aux espèces et habitats protégés renvoie aux listes établies par les directives « Oiseaux » de 1979 (annexe I) et « Habitats » de 1992 (respectivement annexes II, IV et I), qui ne constituent qu'une représentation bornée de la diversité biologique.

Face à une définition juridique confuse, les sciences de l'écologie ne sont encore que d'un secours limité, tant il subsiste des difficultés à cerner avec exactitude les relations entre espèces, fonctionnement d'un écosystème et services écosystémiques⁶. Or, malgré ces limites, plusieurs auteurs présentent leur intégration comme une

3. Voir Doussan I., Brève histoire de l'intégration de la notion de service écosystémique en droit, *supra*.

4. Les « services écologiques » sont définis comme « les fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats... au bénéfice d'une de ces ressources naturelles ou au bénéfice du public, à l'exclusion des services rendus au public par des aménagements réalisés par l'exploitant ou le propriétaire ».

5. Boyd J., Banzhaf S., 2007, What are Ecosystem Services ? The Need for Standardized Environmental Accounting Units, *Ecological Economics*, 63, p. 621.

6. Voir notamment Barnaud C., Antona M. et al., 2011, Vers une mise en débat des incertitudes associées à la notion de service écosystémique, *Vertigo- la revue électronique en sciences de l'environnement*, [en ligne], 11 (1), <http://vertigo.revues.org/>, (consulté le 11 juillet 2017).

innovation juridique, une avancée incontestable du droit, ou encore une consécration notable⁷. La notion de « services écosystémiques » pourrait ainsi ne pas être dénuée d'effets utiles. Si on reprend l'analyse du Doyen Vedel, les services écosystémiques pourraient être conçus comme une « notion fonctionnelle », à savoir une notion juridique caractérisée par une définition imprécise et instable, dont seule sa fonction lui confère son unité⁸.

On perçoit tout de suite le caractère fonctionnel des services écosystémiques du point de vue des politiques publiques, parce que la notion introduit une variable économique qui rend la préservation de la biodiversité « intéressante ». Cependant, quel peut être le rôle de la notion du point de vue du droit applicable à la protection et à la gestion de la nature ? En quoi contribue-t-elle à son évolution et à sa rénovation ?

Les services écosystémiques ne dépendent pas directement des ressources naturelles, mais de l'intégrité et de la diversité des fonctions assurées par les systèmes écologiques⁹. À ce titre, des chercheurs définissent certaines fonctions écologiques par référence aux services dont elles constituent le fondement¹⁰. Appréhender un service écosystémique n'a donc de sens que si l'on considère

7. Desrousseaux M., 2014, *La protection juridique de la qualité des sols*, Thèse de doctorat, spécialité Droit, Université Jean-Moulin – Lyon III, p. 449 ; Fuchs O., 2008, Le régime de prévention et de réparation des atteintes environnementales issu de la loi du 1^{er} août 2008, *A.J.D.A.*, 38, p. 2110, Hédary D., 2008, La loi du 1^{er} août 2008 sur la responsabilité environnementale : quel progrès pour l'environnement ?, *Dr. Env.*, 163, p. 29.

8. Vedel G., 1950, La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative, *JCP*, 1950 (I), 851, p. 425.

9. Wallis C., Blancher Ph., Séon-Massin N., Martini F., Schouppe M., 2011, *Mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau. Quand les services écosystémiques entrent en jeu*, 2^{ème} séminaire « Quand les sciences de l'eau rencontrent les politiques publiques », 29 et 30 sept. 2011, Bruxelles, Les rencontres de l'ONEMA, p. 27 ; Barbault R., 2011, La biodiversité, une façon écologique de comprendre notre monde, *In : Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?*, *ECOREV, Revue critique d'écologie politique*, 38, p. 11.

10. « *The capacity of natural processes and components to provide goods and services that satisfy human needs, directly or indirectly* », De Groot R.-S., Wilson M.-A., Boumans R., 2002, A typology for the classification, description and valuation of ecosystem functions, goods and services, *Ecological Economics*, 41, p. 394 ; « [...] *the functions represent the potential that ecosystems have to deliver a service* » ; Pushpam K. (dir.), *op. cit.*, p. 18 ; « les fonctions d'un écosystème sont les emboîtements nécessaires au niveau des écosystèmes, pour que la fourniture du service s'opère », Aronson J., 2012, Regard d'un écologue sur la proposition de Nomenclature des préjudices environnementaux, *In : Nomenclature des préjudices environnementaux*, (Neyret L., Martin G.-J.), coll. Droit des Affaires, L.G.D.J. Lextenso, Paris, p. 54.

la fonctionnalité qui le sous-entend¹¹. Aussi, certains auteurs remarquent que « grâce à l'approche "services écologiques", la conservation de la biodiversité, à l'origine centrée sur la protection des espèces et des espaces souvent remarquables, prend en compte de manière croissante la fonctionnalité des écosystèmes »¹².

En 2008, Jean Untermaier voyait justement dans la considération des fonctions écologiques un nouvel objectif pour le droit applicable à la conservation de la nature¹³, tant leur érosion est directement liée à la déperdition en diversité biologique. Cette approche par les fonctions peine cependant à s'imposer en droit¹⁴. Les sols en sont un exemple illustratif. La communication de la Commission européenne de 2002 destinée à aller « Vers une stratégie thématique de la protection des sols », mais aussi la Charte européenne sur la protection et la gestion durable des sols, reconnaissent leur faculté à remplir une multitude de fonctions essentielles à la vie¹⁵. La proposition de directive européenne du 25 septembre 2006 sur la protection des sols¹⁶ est pourtant restée à l'état de projet¹⁷.

En outre, parce que les services écosystémiques reflètent l'étroitesse des liens qui unissent les sphères écologique et sociale, leur gestion,

11. Mission Économie De La Biodiversité, 2014, *Les paiements pour Préservation des Services Ecosystémiques comme outil de conservation de la biodiversité. Cadres conceptuels et défis opérationnels pour l'action*, CDC Biodiversité, Les Cahiers Biodiv'2050 : Comprendre, 1, p. 12.

12. Delangue J., 2015, Services écologiques : de quoi parle-t-on ?, *Espaces Naturels*, 52, p. 25 ; Longeot J.-F., Dantec M., 2017, *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures, intégrant les mesures d'anticipation, les études préalables, les conditions de réalisation et leur suivi*, Sénat, 517, p. 21.

13. Untermaier J., 2008, « Biodiversité et droit de la biodiversité », *R.J.E.*, NS, p. 21.

14. Voir Décision n°1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète ». Voir aussi, Muller-Curzydlo A., 2013, Vers une nouvelle directive sur la qualité des sols, *Environnement*, 8, alerte 162 et Billet Ph., 2015, Le sens des équilibres, *In : Figures de la préservation de l'environnement outre-mer. Études de cas et réflexions pluridisciplinaires*, (Naim-Gesbert É, Peyen L., Radiguet R.), PUAM, Aix-en-Provence, p. 183.

15. Charte européenne révisée sur la protection et la gestion durable des sols, adoptée par le Comité des Ministres le 28 mai 2003 lors de la 840^e réunion des Délégués des Ministres, annexe 28, point 9.1.

16. Commission Européenne, *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil définissant un cadre pour la protection des sols et modifiant la directive 2004/35/CE*, COM(2006) 232 final, Bruxelles, 25 septembre 2006.

17. Voir Hermon C., La protection du sol en droit, *supra.*, et Doussan I., Brève histoire de l'intégration de la notion de service écosystémique en droit, *supra.*

comme la prévention et la réparation de leurs atteintes, invite nécessairement à considérer la réciprocité des relations homme/nature. Si les sciences de l'écologie globale¹⁸ ont pleinement conscience de l'importance de ces interactions, le droit les a souvent considérées comme rompues ou inexistantes, si bien que la protection de la nature s'est longtemps opérée en périphérie du développement humain. À mesure qu'elle se diffuse, la notion de « services écosystémiques » dicte cependant au législateur d'appréhender leur consubstantialité.

La reconnaissance des services écosystémiques a donc bien un rôle à jouer dans la lutte contre la dégradation des écosystèmes, en participant au renouvellement de la façon dont le droit appréhende les éléments naturels (I), et organise les rapports homme/nature (II).

I. L'APPROCHE JURIDIQUE DE LA NATURE RENOUVELÉE

L'unique définition juridique des « services écologiques » renvoie aux fonctions assurées par des éléments physiques et biologiques. En effet, la notion « traduit l'idée que dans la biodiversité [...] les interactions entre les espèces sont plus importantes que leur importance quantitative »¹⁹. C'est ici déjà une évolution notable pour le droit de l'environnement, historiquement cantonné à la prise en compte isolée des éléments naturels. Cette approche par les fonctions n'est pas inconnue du droit, mais reste résiduelle, circonscrite à quelques législations sectorielles. La considération des services écologiques tend à renverser cette tendance, et à la rendre plus systématique (A). Prendre en compte les fonctions écologiques impose par ailleurs d'appréhender les conditions nécessaires à leur expression. Aussi, l'introduction des services écosystémiques dans le champ du droit démontre l'importance d'aborder le système écologique dans sa globalité (B).

18. Tatoni Th., Cramer W., Piégay H., Galop D., 2013, Pour une écologie globale, *In : Prospective de l'Institut écologie et environnement du CNRS*, (Thiébaud S., Hadi H. (coord.)), compte-rendu des journées des 23 et 25 octobre 2012, Avignon, Les Cahiers prospectives, HS, pp. 219-224.

19. Martin G.-J., 2009, Les effets de la responsabilité environnementale : de la réparation primaire à la réparation compensatoire, *Dr. env.*, 6, repère 6.

A. L'ENTRÉE DES FONCTIONS DE LA NATURE DANS LE CHAMP DU DROIT

Avant que la notion de « services écosystémiques » n'y soit intégrée, le droit appréhendait déjà certaines fonctions du sol (1). À y regarder de près, la plupart de ces fonctions s'apparentent davantage à des services, signe que l'idée de fonctions socialement utiles avait déjà exercé une influence dans le champ juridique. Les récentes réformes montrent également comment leur prise en compte s'est peu à peu imposée dans divers régimes, signe que les services continuent d'exercer cette influence (2).

1) Les fonctions de la nature connues du droit avant l'apparition de la notion de « services écosystémiques »²⁰

Dès le début des années 2000, le Code forestier reconnaît la multifonctionnalité des forêts, c'est-à-dire l'interdépendance de leurs fonctions économique, écologique et sociale. La fixation des sols dans les zones à forts risques naturels, l'accueil du public aux abords des villes, mais aussi la protection des équilibres biologiques constituent des utilités reconnues au couvert forestier, dont le législateur a organisé la sauvegarde. Étroitement liées à la fonction économique de la forêt, la reconnaissance des fonctions écologiques et sociales pose la question de leur gestion et du maintien de leur équilibre, compte tenu de leurs spécificités²¹. Le principe de « gestion durable » permet ainsi d'organiser la préservation des fonctions, en modulant la contrainte juridique au regard des enjeux locaux, des contextes géographiques et des priorités pour la collectivité. L'instrument « forêt de protection »²² préserve quant à lui spécifiquement les couverts qui jouent un rôle contre les phénomènes de déclivité des sols en zone de montagne, mais aussi contre les phénomènes de mobilité des dunes sur les espaces littoraux soumis au risque d'affaissement²³.

20. Ces développements, non exhaustifs, se limiteront à l'exemple des sols forestiers et des sols humides.

21. CGAAER, 2014, Trop exploitées, les forêts disparaissent, *In : Controverse documentée à propos de quelques idées reçues sur l'agriculture, l'alimentation et la forêt*. Ministère de l'agriculture, de l'agroalimentaire et de la forêt, mission n° 13083, ép. n° 4, p. 12.

22. Outils valant servitude d'utilité publique prévu à l'article L. 141-1, Nouveau C. forestier.

23. Art. L. 143-2 Nouveau C. forestier.

C'est par ailleurs cette capacité naturelle des forêts à produire des fonctions et des services écosystémiques qui a justifié assez tôt que leur exploitation soit juridiquement encadrée. C'est également la reconnaissance tardive des fonctions et des services rendus par les zones humides qui conduit aujourd'hui le législateur à organiser leur sauvegarde, alors qu'il a longtemps encouragé leur assèchement.

La loi sur l'eau du 3 janvier 1992²⁴ intègre à l'article L. 211-1-I-1° du Code de l'environnement la protection des zones humides. La rédaction de l'article justifie cette nouvelle disposition par le concours de ces milieux à l'objectif général de gestion équilibrée de la ressource en eau. Ainsi, dès 1995, les zones humides sont qualifiées « d'infrastructures naturelles » par les politiques publiques, en raison « des nombreuses fonctions qu'elles assurent pour la collectivité »²⁵. Sans parler de « services », c'est donc encore une fois ce dont il est question ici²⁶. Aussi, le législateur a vu dans les fonctions d'épuration et de régulation des zones humides²⁷ un instrument de gestion qualitative et quantitative de la ressource en eau. En témoignent les orientations fondamentales des premiers schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE), qui prévoyaient le maintien de ces fonctions, qui « jouent un rôle social à faire valoir auprès de la collectivité »²⁸. Il est à noter que si les lois et décrets ne parlent pas de « services », la plupart des SDAGE pris pour la période 2009-2015²⁹,

24. Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992.

25. Bazin P., Mermet L., 1999, L'évaluation des politiques « zones humides » de 1994 : son origine, son déroulement, ses résultats, *Les annales des Mines*, p. 89.

26. Pour certains auteurs, parler « d'infrastructures naturelles » conduisait en effet à reconnaître « l'importance de ces systèmes pour la société en raison des services qu'elles rendent », Fustec E., Lefeuvre J.-C., Barnaud G., 2000, De l'élimination à la reconquête des zones humides, *In : Fonctions et valeurs des zones humides*, (Fustec E., Lefeuvre J.-C.), Dunod, Paris, 2000, p. 5, Mermet L., 1995, Les infrastructures naturelles : statut, principe, concept ou slogan ?, *Zones humides Infos*, 7, p. 9.

27. La protection des sols contre les inondations, la rétention et l'élimination des substances dissoutes en sont quelques exemples ; Barnaud G., Mermet L., 1998, Leçons à tirer de la procédure de délimitation des zones humides aux États-Unis, *In : Zoner les espaces naturels ? Objectifs, Méthodes et Perspectives*, (Maurin H., Le Lay G., De Feraudy E.), Synthèse du séminaire tenu à Paris le 2 décembre 1996, MNHN, p. 62.

28. SDAGE RMC, 1996, *Protection et gestion des milieux aquatiques et des zones humides*, 20/12 (2), pp. 2 et 29.

29. Le SDAGE Seine-Normandie parle des « services environnementaux des zones humides » (SDAGE 2010-2015 du Bassin de la Seine et des cours côtiers normands, Orientations fondamentales, arrêté du 20 novembre 2009, p. 86), le SDAGE Rhin-Meuse parle de « services rendus » par les milieux aquatiques et les zones humides (SDAGE Rhin-Meuse, Orientations fondamentales, arrêté du 27 novembre 2009, pp. 27, 59 et 89), le SDAGE Rhône-Méditerranée parle aussi bien des « services rendus par les milieux

puis 2016-2021³⁰ utilisent désormais la notion pour désigner, dans leurs objectifs et mesures, les fonctions des zones humides utiles à l'homme³¹. Ainsi, le SDAGE Rhône-Méditerranée souligne que « la préservation du bon fonctionnement des milieux est nécessaire à la biodiversité et utile à la société », relevant particulièrement les services essentiels des zones humides, dont leur rôle dans la prévention des risques naturels et dans la préservation de la dynamique fluviale³².

La loi DTR du 23 février 2005³³ a par ailleurs réaffirmé l'importance des zones humides, en plaçant leur préservation et leur gestion au rang d'intérêt général³⁴. Dès lors, le législateur a organisé la protection de leurs fonctions « utiles ». L'article L. 211-3-II 4° a) du Code de l'environnement donne ainsi à l'autorité préfectorale la possibilité de délimiter de nouvelles zones soumises à contraintes environnementales (ZSCE)³⁵, sur lesquelles seront établis des programmes d'actions visant à la protection d'intérêts collectifs supérieurs. Ainsi, des zones humides d'intérêt environnemental particulier (ZHIEP) correspondent à des zones dont le maintien ou la restauration présentent une forte capacité de régulation des débits des cours d'eau, une fonction d'auto-épuration, d'habitat d'espèces ou d'écrêtage des crues³⁶. De surcroît, le schéma d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE) peut définir des zones stratégiques pour la gestion de l'eau (ZSGE), sur lesquelles sont établies des servitudes d'utilité publique, dans l'hypothèse exclusive où ces zones humides jouent un rôle significatif dans la protection de la ressource en eau.

aquatiques » que des « services issus de la gestion des zones humides » (SDAGE Rhône-Méditerranée, Vers le bon état des milieux aquatiques, Objectifs et programmes de mesures, arrêté du 20 novembre 2009, pp. 68 et 94), le SDAGE Adour-Garonne parle des « services rendus par les milieux aquatiques » (SDAGE Adour-Garonne, Orientations fondamentales, *J.O.* du 1^{er} décembre 2009, p. 11).

30. Des dispositions « visent à garantir les équilibres physiques et la capacité d'autoépuration des milieux aquatiques, soutenir les fonctions et services essentiels des zones humides », SDAGE Rhône-Méditerranée, version présentée au comité de bassin du 20 novembre 2015, p. 51, SDAGE Adour-Garonne, janvier 2016, p. 82

31. Lucas M., 2014, La compensation écologique des zones humides en France : vers une intégration des services écosystémiques ?, *Dr. Env.*, 219, p. 21.

32. SDAGE Rhône-Méditerranée, Orientation Fondamentale n° 1, « Privilégier la prévention et les interventions à la source pour plus d'efficacité », Orientation Fondamentale n° 2, « Concrétiser la mise en œuvre du principe de non dégradation des milieux aquatiques », pp. 42, 50 et 503.

33. Loi n° 2005-157 du 23 février 2005.

34. Art. L. 211-1-1 C. env.

35. Dont le régime est prévu aux articles R.114-1 à R.114-10, C. rural.

36. Circulaire DGFAR/SDER/C2008-5030 du 30 mai 2008, *op. cit.*, pp. 5 et 19.

Les ZHIEP et ZSGE ne peuvent donc s'appliquer que sur les zones auxquelles la société reconnaît la fourniture de fonctions écologiques, sociales ou hydrologiques. Le législateur a ainsi créé des outils de protection non d'un milieu, mais des fonctions remplies par ce milieu. L'articulation entre ZHIEP et ZSGE témoigne par ailleurs de la façon dont le droit a hiérarchisé ces fonctions, en déployant un outil particulièrement contraignant pour la préservation des fonctions hydrologiques.

Une étude approfondie conduit au constat que dans les exemples choisis, c'est davantage des services (de régulation et culturels) que le droit préserve, sous la terminologie de « fonctions »³⁷. Il faut dire que la réticence des parlementaires comme du gouvernement est encore palpable s'agissant de manipuler la notion de « services écosystémiques »³⁸. Quoiqu'il en soit, depuis son apparition, un accroissement de la protection juridique des fonctionnalités peut s'observer.

2) Les fonctions de la nature imposées au droit depuis l'apparition de la notion de « services écosystémiques »

À mesure que la notion de « services écosystémiques » se répand, on observe dans le champ du droit une prise en compte accrue des fonctions écologiques.

Cette considération nouvelle s'observe dans un premier temps dans la mise en œuvre des mesures de réparation du dommage³⁹. La référence aux services écologiques dans la définition du dommage accidentel réparable par l'article L. 161-1-I-4° du Code de l'environnement contraint à ce que la remise en état soit étendue aux fonctions écologiques⁴⁰. Cette approche vient corriger une pratique du droit désapprouvée bien plus tôt par la doctrine. En 1989, Martine Rémond-Gouilloud soulignait à propos de la réparation du préjudice

37. Fèvre M., 2016, *Les services écologiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, Thèse de doctorat, spécialité Droit, Université Côte d'Azur, Nice, partie I.

38. *Ibid.*, p. 370.

39. Cf. *infra* S. Jean « L'incidence des services écosystémiques en droit de la responsabilité civile ».

40. Camproux-Duffrène M.-P., 2009, Les modalités de réparation du dommage ; apports de la « responsabilité environnementale, In : *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation*, (Cans Ch. (dir.)), Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, p. 116.

causé au milieu que « [...] prendre en compte chaque spécimen pour lui-même, isolé de son contexte, conduit à oublier que sa valeur intrinsèque est indissociable de sa valeur écologique : ce qui compte ici, souvent, est non l'individu mais sa fonction, le rôle qu'il joue dans son écosystème »⁴¹. C'est justement là ce qu'encourage la réparation des services écologiques, que soient restaurés autant les éléments détruits que les fonctions qu'ils remplissent⁴². Le législateur s'est d'ailleurs *a priori* donné les moyens de ses ambitions, en définissant « un régime de réparation multiple »⁴³. Ainsi, indépendamment des mesures de réparation primaire et complémentaire, la loi a introduit une mesure de réparation dite « compensatoire », qui vise à traiter systématiquement les pertes transitoires en fonctionnalités écologiques intervenues entre le moment du dommage et celui où les premières mesures ont commencé à produire leurs effets. Bien qu'elle ne reprenne pas ce triptyque de mesures, la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (RBNP)⁴⁴ a également placé les fonctions au cœur de la définition du préjudice écologique⁴⁵.

De la même façon, cette nouvelle exigence a été étendue par la loi RBNP aux fonctionnalités endommagées par un projet d'aménagement. L'article L. 110-1-II-2° du Code de l'environnement dispose ainsi que le principe de l'action préventive « 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, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées ». Selon le rapport de la commission d'enquête du Sénat, ce nouvel article considère désormais la biodiversité comme indissociable des services qu'elle fournit dans l'application du principe d'action préventive. Cette extension aux services

41. Rémond-Gouilloud M., 1989, *Du droit de détruire - Essai sur le droit de l'environnement*, P.U.F., Paris, pp. 224-225.

42. Martin G.-J., 2010, La responsabilité environnementale, *In : L'efficacité du droit de l'environnement*, (Boskovic O.), coll. Thèmes et Commentaires, Dalloz, Paris, p. 6.

43. Jarlie-Clément C., Gautier-Sicari M.-A., 2004, La directive sur la responsabilité environnementale, originalités et incohérences d'un régime juridique novateur, *B.D.E.I.*, 4, p. 13.

44. Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016.

45. Art. 1247 C. Civ., le préjudice écologique consiste en « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ».

écologiques va nécessairement jouer sur la façon dont sera envisagée la réalisation des évaluations environnementales comme la mise en œuvre des mesures d'évitement, de réduction et de compensation, qui ne pourront plus ignorer la fonctionnalité des milieux⁴⁶.

Enfin, de nouvelles fonctions ont récemment fait leur entrée dans les objectifs de protection du droit forestier. En France, le Code forestier reconnaît depuis 1985 la fonction de protection des sols assurée par les forêts. En revanche, il faut attendre la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du 13 octobre 2014⁴⁷ pour que les fonctions de protection de l'eau et de purification de l'air jouées par la forêt y pénètrent. Par ces nouvelles dispositions, le législateur reconnaît l'intérêt général qu'il y a à préserver les fonctions régulatrices jouées par les couverts forestiers⁴⁸. Ici aussi, il est bien en réalité question de « services », comme l'avaient dès 2011 explicitement reconnu les parties à la Conférence ministérielle d'Oslo⁴⁹.

À mesure que les connaissances scientifiques et les besoins sociaux évoluent, la popularisation de la notion de « services écosystémiques » conduit à ce que l'attention du législateur soit davantage portée sur les fonctions écologiques. La reconnaissance juridique des fonctions des écosystèmes forestiers et humides était donc bien déjà dictée par l'idée de préserver les fonctions utiles à la protection des hommes et des biens, c'est-à-dire des services.

Cependant, l'approche par les fonctions de la nature est longtemps restée circonscrite à ces seuls milieux. Plus percutante comme argument d'action que celle de « fonction », la notion de « services écosystémiques » a justement cela d'intéressant qu'elle permet de dépasser ces approches sectorisées. Faire de la protection des services écologiques un objectif du droit de l'environnement commande en effet que soient appréhendées de façon plus générale les fonctions écologiques qui les préfigurent, et partant, les conditions dans

46. Fèvre M., 2016, *op. cit.*, pp. 454 et s.

47. Loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014

48. Art. L.112-1-4°, C. forestier.

49. Les couverts forestiers « contribuent à atténuer les changements climatiques et à s'y adapter », et fournissent « une protection des eaux et des sols et d'autres services écosystémiques tout en protégeant la société et ses infrastructures des dangers naturels », Conférence Ministérielle pour la Protection des Forêts en Europe, FOREST EUROPE, Oslo, Norvège, 14-16 juin 2011, considérant 7.

lesquelles ces fonctions s'expriment, lors de l'élaboration et de l'application des règles relatives à la protection de la nature.

B. L'ENTRÉE DU SYSTÈME ÉCOLOGIQUE DANS LE CHAMP DU DROIT

Appréhender les fonctions écologiques à la base des services implique de s'intéresser non plus à une structure simple, mais à un système complexe, dont la prise en compte impose une approche méthodologique fondée sur la systémie, et non plus sur le statique et l'élémentaire. Ces exigences propres aux services écologiques conduisent inévitablement à renouveler la façon dont le droit appréhende les écosystèmes, dans une optique de protection comme d'exploitation. Alors que le législateur a tendance à simplifier les complexités écologiques, l'influence des services tend au contraire à les réincorporer, rappelant ainsi l'importance d'adopter une nouvelle approche de la nature (1). L'entrée récente de nouveaux objets dans le champ du droit en atteste (2).

1) Une nouvelle approche de la nature

D'un point de vue scientifique, les fonctions écologiques sont le résultat de processus et d'interrelations au sein d'un ensemble écologique complexe⁵⁰. C'est donc lorsque l'on considère le système dans sa globalité que l'on appréhende les fonctions, interactions et processus intermédiaires à la production des services. C'est ici tout l'intérêt de l'approche systémique.

Le réseau Natura 2000 est l'exemple le plus illustratif de l'approche systémique de la nature par le droit. Les directives « Habitats » de 1992 et « Oiseaux » de 1979 sont en effet fondées sur la protection des espèces par celle des espaces⁵¹. Le réseau vise ainsi à protéger la fonction d'habitat d'espèces d'intérêt particulier, mais aussi les fonctionnalités plus génériques, *via* la protection des « habitats naturels », qui ne sont autres que des écosystèmes. Mais ce qui est particulièrement intéressant dans le dispositif Natura 2000, c'est que la préservation de ces fonctionnalités s'opère à l'échelle du réseau européen. Alors que parcelliser l'espace juridique revient à « bloquer toute possibilité d'une gestion globale et systémique du territoire et

50. Mission Économie De La Biodiversité, 2014, *op. cit.*, p. 12.

51. Le Corre L., 2012, Réseau Natura 2000. Constitution. Régime de protection, *JCL Environnement et Développement durable*, fasc. 3820, repère 4.

des milieux qui s'y imbriquent »⁵², l'approche en réseau, propre au dispositif, s'attache à ce que chaque site soit désigné en considérant les exigences de cohérence écologique, de fonctionnalités et de connexité entre les écosystèmes. Et cette organisation en réseaux fonctionnels mène, de façon indirecte, à ce que les services écologiques soient protégés⁵³. En 2010, la contribution de Natura 2000 à la régulation des aléas naturels, au développement des activités récréatives, à la purification de l'eau, et au maintien de l'agriculture et de la pêche était en effet considérable⁵⁴. Cet état de fait conduisait les institutions européennes à reconnaître non seulement l'importance de la politique environnementale Natura 2000 dans la pérennité des services écosystémiques⁵⁵, mais aussi et surtout l'intérêt de l'approche systémique dans leur fourniture⁵⁶.

Il semble exister un lien presque indéfectible entre les modèles systémiques et le maintien des services écologiques⁵⁷. Si cela paraît une évidence pour les sciences de l'écologie, tel n'est pas le cas en droit, où ce type de modèle et d'approche reste peu courant⁵⁸. Pourtant, au-delà de la seule production de services, c'est toute la conservation de la nature qui pourrait être rendue plus efficace par

52. Le Louarn P., 1999, *Les zones humides et le droit*, CNFTP, SFDE, p. 35.

53. Brahic E., Terreaux J.-Ph., 2009, *Évaluation économique de la biodiversité - Méthodes et exemples pour les forêts tempérées*, QUAE, p. 23 ; Steichen P., 2004, *Quels statuts juridiques pour les sites Natura 2000 ?*, *Études foncières*, A.D.E.F, 18, p. 7.

54. Ten Brink P. Badura T., Bassi S., Daly E., Dickie H., Gantolier S., Gerdes H., Kettunen M., Lago M., Lang S., Markandya A., Nunes PALD, Pieterse M., Rayment M., Tinch R., 2011, *Estimating the Overall Economic Value of the Benefits provided by the Natura 2000 Network*, Final report to the European Commission, Institute For European Environmental Policy, Brussels.

55. Commission Européenne, 2011, *Natura 2000 : les défis financiers du futur*, *L'Environnement pour les Européens*, Magazine de la direction générale de l'environnement, 44, p. 3 ; Commission Européenne, *Infrastructures vertes - Renforcer le capital naturel de l'Europe*, COM(2013) 249 final, 06/05/2013, Bruxelles, p. 9.

56. Décision n° 1386/2013/UE du Parlement Européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », point 22.

57. Maresca B., Mordret X., Ughetto A.-L., Blancher Ph., 2011, *Évaluation des services rendus par les écosystèmes en France*, *Développement durable et territoires*, [en ligne], 2(3), <http://developpementdurable.revues.org/9053>, (consulté le 14 juin 2017) ; Ranganathan J. et al., 1998, *Services d'écosystèmes. Guide à l'attention des décideurs*, World Resources Institute (WRI), p. 2.

58. De Roany C., 2004, *L'approche par écosystème pour la gestion des pêcheries – un concept en quête de définition*, *Dr. Env.* 116, p. 45 ; Billet Ph., 2015, *Le sens des équilibres*, *op. cit.*, p. 183.

des politiques fondées sur une démarche systémique⁵⁹, desquelles découlerait un traitement juridique uniforme et conforme aux unités écologiques⁶⁰. L'introduction de la notion de « services écosystémiques » renouvelle donc l'importance de cette approche systémique, encore très sectorisée. Elle entraîne ainsi le droit de l'environnement dans une transition vers un nouveau modèle de protection, qui appelle à la prise en compte de nouveaux éléments.

2) De nouveaux objets de protection

La définition scientifique des services écologiques se fonde sur la notion d'« écosystème », mais aussi sur celle de « processus »⁶¹ (a). À l'inverse de la définition juridique, elle n'opère pas de distinction sur la qualité des éléments naturels qui en sont à l'origine, de sorte à ce que la biodiversité dite « commune » tende à pénétrer les arcanes du droit (b).

a) Les processus écologiques

Les processus écologiques figurent à la base des fonctions écologiques. Plusieurs auteurs plaident pour leur reconnaissance juridique⁶², et pour leur réglementation « dans leur complexité et leur irréductibilité »⁶³. Qualifiée « d'urgente » en 1996⁶⁴, la protection et la gestion des processus écologiques tardent à trouver un écho juridique en Europe⁶⁵. Il est pourtant assez tôt acquis que la perte de certains processus est créatrice de risques pour la société humaine.

59. Dubois G., 2009, *Écologie des coléoptères saproxyliques : Biologie des populations et conservation d'Osmoderma eremita (Coleoptera : Cetoniidae)*, Thèse de doctorat, Spécialité Biologie, Université de Rennes 1, p. 5.

60. Doumbé-Billé S., 1998, L'apport du droit international à la protection de la nature : la convention des Nations-Unies sur la conservation de la diversité biologique, *In : 20 ans de protection de la nature*, Colloque de la SFDE, 28-29 novembre 1996, P.U.L.I.M., Limoges, p. 198.

61. Selon la définition de Gretchen Daily, les services écologiques découlent « des conditions et des processus à travers lesquels les écosystèmes naturels, et les espèces qui en font partie, soutiennent et alimentent la vie humaine, Daily G., 1997, *Nature's services: societal dependence on natural ecosystems*, Island Press, Washington D.C., p. 3.

62. De Klemm C., 1998, Les législations de protection de la nature : les enseignements du droit comparé, *In : 20 ans de protection de la nature, op. cit.*, pp. 232 et 237.

63. Naim-Gesbert É., 1997, *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant et Vubpress, Bruxelles, p. 409.

64. *Ibid.*, p. 234.

65. *Ibid.*, p. 235 ; De Sadeleer N., 2009, La protection de la nature et de la biodiversité, *In : Droit et politiques de l'environnement*, Les Notices, La documentation française, Paris, p. 194.

Cyrille de Klemm alertait en effet sur le fait qu'« une fois altérés, les processus deviennent incapables de fournir les services dont ont besoin la flore, la faune et les écosystèmes »⁶⁶ et conduisent souvent à « des désastres écologiques et des pertes économiques considérables »⁶⁷. Ainsi en est-il de la plupart des processus du sol menacés par l'artificialisation, comme le recyclage, la décomposition, l'humidification, la modification des cycles et des nutriments, la détoxification ou encore la bio-remédiation.

Certains processus utiles à l'homme sont spécifiquement protégés par le droit. Les processus de lutte contre la déclivité des sols, mais aussi les processus sédimentaires qui concourent à l'épuration des eaux et au maintien des berges⁶⁸ en constituent autant. D'autres sont en voie de reconnaissance, tels les processus de pollinisation sauvage⁶⁹. À plusieurs égards, ces processus s'apparentent à ce que l'on peut appeler un service de régulation⁷⁰.

La notion générique de « processus biologiques » a aujourd'hui les faveurs du législateur. Incorporés dans le titre relatif aux principes généraux du droit de l'environnement, les processus écologiques font désormais partie intégrante du patrimoine commun de la nation⁷¹. Il ressort des travaux législatifs relatifs au projet de loi RBNP que l'intégration de ce concept scientifique au Code de l'environnement, qualifiée « d'innovation », introduit « l'idée d'une biodiversité en perpétuelle interaction avec les différents éléments qui la composent (substrats, taxons, écosystèmes), et qu'elle doit s'appréhender de façon dynamique »⁷². Plus spécifiquement, il faut y voir une nouvelle

66. De Klemm C., 1989, Les éléments de l'environnement, *In : L'Écologie et la loi : le statut juridique de l'environnement : réflexions sur le droit de l'environnement*, (Kiss A. (dir.), Carbiener R., Doumbé-Billé S., Fromageau J., Guttinger Ph.), coll. Environnement, L'Harmattan, Paris, p. 23.

67. *Ibid.*

68. Voir article L. 214-17 du Code de l'environnement sur la préservation des continuités écologiques des cours d'eau par les exploitants d'ouvrages hydrauliques.

69. Fèvre M., *op. cit.*, p. 439.

70. À propos du droit forestier qui encadre strictement les fonctions écologiques cindyniques de la forêt, Éric Naim-Gesbert souligne que cette législation est bien protectrice « des processus écologiques », Naim-Gesbert É., 1997, *op. cit.*, p. 378.

71. Art. L. 110-1-I al. 2 C. env.

72. Gaillard G., 2014, *Rapport fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi relatif à la biodiversité*, Assemblée Nationale, 26 juin, p. 54.

forme de prise en compte des services de régulation⁷³. Tout est donc encore histoire de terminologie, mais nous retenons que c'est par le biais d'une lecture de la nature au prisme de ses services que les processus écologiques sont aujourd'hui intégrés plus franchement dans le champ du droit. La même remarque devrait pouvoir être formulée à l'égard des espèces dite « ordinaires ».

b) La biodiversité ordinaire

Le sol héberge une grande variété d'espèces⁷⁴, dont la plupart sont encore peu connues. Pour invisibles qu'elles soient, ces espèces jouent un rôle indispensable au fonctionnement de l'écosystème global et sont à l'origine de divers processus écologiques, eux-mêmes à la base des fonctions et services. Micro-organismes (bactéries et champignons), macrofaune (fourmis, vers de terre), microfaune (nématodes), mésofaune (collembolles), macro-vertébrés (taupes), régulateurs biotiques, ou ingénieurs des litières en constituent autant⁷⁵. À l'inverse de la biodiversité rare, menacée, ou qui présente un intérêt scientifique particulier, ces espèces communes ou ordinaires ne trouvent pas leur place dans les différents Codes. Il semble en revanche qu'elles puissent être valorisées au travers des services qu'elles rendent⁷⁶. Sur le plan normatif, s'intéresser aux services de régulation pousse en effet plus que pour tout autre service à ne plus focaliser l'attention sur la nature remarquable⁷⁷.

Partant de l'idée que l'article L. 110-1 du Code de l'environnement reconnaît d'intérêt général la sauvegarde des services écosystémiques, de nouveaux objectifs sont donc assignés à la conservation⁷⁸. Cela va notamment conduire à étendre le champ de la protection en s'attachant à ces espèces communes, et partant, à revoir les droits qui s'y exercent. Cette reconnaissance de l'importance de la biodiversité

73. Delangue J., 2015, *op. cit.*, p. 24.

74. Matthieu C., Lozet L., 2011, *Dictionnaire encyclopédique de science du sol*, Tec & Doc, Lavoisier, p. 79.

75. Voir notamment Desrousseaux M., *op. cit.*, p. 17.

76. Chevassus-Au-Louis B. et al., 2009, *L'approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes – Contribution à la décision publique*, rapport, Centre d'Analyse Stratégique (CAS), p. 265 ; Mouysset L., 2015, *Repenser le défi de la biodiversité. L'économie écologique*, coll. Sciences durables, Rue d'Ulm, Paris, p. 55.

77. Couvet D., contribution orale à l'École thématique du CNRS, *La notion de services écosystémiques et ses applications. Examen critique et interdisciplinaire*, Montpellier, 10-14 juin 2013.

78. Untermaier J., 2008, *op. cit.*, p. 31.

ordinaire dans la production de services aura notamment un rôle à jouer dans l'appréciation par l'autorité administrative compétente de la légitimité des projets d'aménagements soumis à évaluation environnementale⁷⁹.

Au-delà d'estomper la frontière entre les espèces et les espaces, le second mérite de l'approche par les services est de mettre en exergue le couplage entre écosystèmes et groupes sociaux⁸⁰. La notion tend ainsi également à renouveler l'approche juridique du rapport de l'homme à la nature.

II. L'APPROCHE JURIDIQUE DU RAPPORT HOMME/NATURE RENOUELÉE

Un service écosystémique se caractérise par la mise en relation d'une fonction et d'un avantage retiré par l'homme. La démarche systémique porte justement en elle cette capacité de dépasser les seules variables écologiques, pour absorber l'homme et sa place dans le système. À mesure que les services écosystémiques prennent de l'ampleur, une redéfinition de la relation homme/nature tend alors à se dessiner dans le champ du droit. Elle s'exprime notamment par l'apparition de nouveaux modèles productifs (A) et de nouveaux principes généraux (B).

A. DE NOUVEAUX MODÈLES PRODUCTIFS

La directive-cadre « Stratégie pour le milieu marin » de 2008 est le premier texte à fonder explicitement l'exploitation d'une ressource naturelle sur une approche écosystémique, dans le but de sauvegarder les services marins. L'approche écosystémique est une forme de démarche systémique, qui considère l'homme comme partie intégrante de l'écosystème. À ce titre, il l'influence et en retire des services. Il n'y a cependant pas que dans le cadre de l'exploitation des ressources marines que s'exprime le lien entre services rendus et approche systémique des milieux (1). Le droit

79. Voir « le raffermissement de la valeur de la nature *via* les services écologiques », Fèvre M., 2016, *op. cit.*, p. 533 et s.

80. Mathevet R., Ritan C., Taton Th., 2015, Biodiversités et solidarités : au-delà des aires protégées, dessiner des « territoires capables, *h&b, La revue d'humanité et de biodiversité*, 2, pp. 86-94.

rural a aussi récemment intégré le concept d'agroécologie qui répond à ce même modèle (2).

1) L'approche systémique à l'œuvre dans l'exploitation des ressources marines

L'article L. 219-7 du Code de l'environnement transpose l'article 1.3 de la directive-cadre. Il dispose que la protection et la gestion du milieu marin visent à appliquer à la gestion des activités humaines une approche fondée sur les écosystèmes, qui garantisse « *l'utilisation durable des biens et des services marins par les générations actuelles et à venir* ». La dégradation des écosystèmes peut dès-lors se mesurer en termes de services perdus⁸¹. Aussi, l'article encourage la préservation des fonctionnalités écologiques dans le seul but d'assurer les services liés aux activités maritimes et littorales.

Cette approche par les écosystèmes se retrouve au cœur de la directive sur la planification de l'espace maritime du 23 juillet 2014⁸². Partant du constat que les écosystèmes marins en bonne santé rendent de multiples services, leur intégration dans les décisions de planification permet d'optimiser les avantages retirés par la société humaine⁸³ en arbitrant les conflits entre les usages antagonistes. Appliquée à la planification, l'approche écosystémique permet ainsi de tenir compte des interactions entre les activités et usages existants et futurs, mais aussi des interactions synergiques entre ces activités et usages avec le milieu marin⁸⁴.

Les services d'approvisionnement sont particulièrement concernés par la dégradation des écosystèmes. Faisant suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle politique commune de la pêche le 1^{er} janvier 2014⁸⁵, la loi RNPB a introduit l'article L. 911-2-1^o au Code rural et de la pêche maritime. En droit interne, les politiques de la pêche

81. Gambardella S., 2017, La(es) valeur(s) de la biodiversité marine à travers le prisme des quotas de pêche, *In : Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité ?* (Hautereau-Boutonnet M. Truilhé-Marengo E.), mare&martin, p. 279.

82. Directive 2014/89/UE du Parlement Européen et du Conseil du 23 juillet 2014 établissant un cadre pour la planification de l'espace maritime.

83. Considérant 13, directive 2014/89/UE.

84. Article 8-2 et 6-2 a), directive 2014/89/UE.

85. Règlement (UE) n°1380/2013 du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2013 relatif à la politique commune de la pêche, article 4.1 7).

maritime, de l'aquaculture marine et des activités halio-alimentaires sont dès lors encouragées à s'opérer « dans le cadre d'une approche écosystémique, afin de réduire au minimum les incidences négatives sur l'environnement »⁸⁶.

Il ressort de ces nouvelles dispositions que la façon la moins mauvaise de concilier les activités anthropiques avec la protection de l'environnement ne consisterait pas uniquement à maintenir et restaurer les éléments du milieu qui constituent la ressource, mais d'assurer également le bon fonctionnement de l'écosystème associé⁸⁷. Le souci de préserver les services d'approvisionnement en denrées marines et les services récréatifs encourage donc désormais les professionnels de la pêche et de l'aquaculture à maintenir en bon état les fonctionnalités écologiques et les interactions associés aux écosystèmes marins.

L'approche systémique se diffuse donc de façon très explicite dans la gestion générale du milieu marin. Elle a par ailleurs dépassé la seule question marine, pour gagner aujourd'hui le domaine agricole.

2) L'approche systémique à l'œuvre dans l'exploitation des ressources agricoles

La loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du 13 octobre 2014 a introduit un livre préliminaire au Code rural et de la pêche maritime. Composé de deux articles, il est destiné à définir les finalités du droit rural. Dans un paragraphe II, l'article L. 1 énonce que « les politiques publiques visent à promouvoir et à pérenniser les systèmes de production agroécologique ». Il poursuit en précisant que ces systèmes sont « fondés sur les interactions biologiques et l'utilisation des services écosystémiques (...) ». En effet, comme le souligne Carole Hermon, l'agroécologie « puise dans les services rendus par l'environnement et restitue des services à l'environnement »⁸⁸. Parce que la notion de « services » y est centrale, l'agroécologie place le droit rural « dans une dynamique

86. Voir Curtil O., 2014, La réforme de la politique commune de la pêche, *RD rur.*, 424, dossier 15, repère 3.

87. Martin Ph., *Projet de loi relatif à la biodiversité*, Assemblée nationale, n° 1847, 26 mars 2014, p. 37.

88. Hermon C., 2015, L'agroécologie en droit : état et perspective, *R.J.E.*, 3, p. 420.

« systémique »⁸⁹, et les systèmes cultivés dans un espace beaucoup plus large, dans lequel devront être mis en évidence les échanges et les complémentarités⁹⁰.

En exprimant la forte dépendance qui relie encore trop inconsciemment les sociétés humaines aux systèmes écologiques fonctionnels, la notion de « service » joue un rôle remarquable. Alors que l'agriculture conventionnelle donne l'illusion de pouvoir s'en affranchir par l'adjonction d'intrants, la notion de « service » rappelle à elle seule que les effets collatéraux des produits phytosanitaires (notamment le déclin des pollinisateurs et des populations d'espèces qui contrôlent les ravageurs), représentent un facteur réel de limitation des rendements. À l'inverse, l'utilisation des services de la nature *via* l'agroécologie permet la création d'un autre service, l'approvisionnement, et la préservation d'autres services, comme les services de régulation. Le modèle agroécologique va ainsi plus loin dans la prise en compte des complexités écologiques que ne le font les approches multifonctionnelles connues en droit forestier et en droit rural.

On peut aujourd'hui encore douter de la fonction et de l'opérationnalité des objectifs inscrits au titre préliminaire du Code rural et de la pêche maritime. Cependant, pour inciter davantage ce type de pratiques durables fondées sur l'utilisation et la production de services, de nouveaux principes ont émergé avec la loi RBNP.

B. DE NOUVEAUX PRINCIPES GÉNÉRAUX

La loi RBNP a largement retravaillé l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. Parmi les modifications apportées, il est intéressant de constater l'ajout de deux nouveaux principes, qui ont chacun

89. Trébulle F.-G., 2015, « Propos conclusifs », colloque sur « L'intégration du concept d'agroécologie en droit : état des lieux et perspectives, 22 mai 2014, *Dr. Env.*, 230, p. 27, Hermon C., 2015, *op. cit.*, p. 420. « L'agroécologie adopte un point de vue systémique, prend en compte les interdépendances et complémentarités des activités et des éléments composants les écosystèmes », Hermon C., 2016, Plaidoyer pour une simplification du droit relatif à la protection de l'environnement dans le secteur agricole, *In : Les futurs du droit de l'environnement : simplification, modernisation, régression ?* (Doussan I.), Colloque annuel de la SFDE, 20 et 21 novembre 2014, Bruylant, Bruxelles, p. 243.

90. « L'agro-écologie conduit en effet à prendre en compte la complexité des interrelations entre les plantes cultivées, leurs herbivores et les systèmes écologiques, voire les paysages dans lesquelles elles s'intègrent », Lepart J., Marty P., 2009, Sortir des espaces protégés pour conserver la biodiversité, *Géographie et cultures*, 69, p. 6, repère 21.

vocation à réorganiser les rapports des hommes à l'environnement, mais aussi le rapport des hommes entre eux. Ainsi, le principe de complémentarité entre environnement et activités humaines reconnaît le rôle de l'exploitant dans la préservation des milieux et la fourniture de services écologiques (1). Quant au principe de solidarité écologique, déjà connu du droit, il impose de considérer les interactions entre les territoires dans les décisions publiques, et d'organiser la répartition des coûts et des avantages au-delà des limites administratives (2).

1) Le principe de complémentarité entre environnement et activités humaines

Le rôle de l'exploitant ou du propriétaire foncier dans le maintien des espaces naturels était déjà reconnu par quelques dispositions du droit rural et forestier. Il est aujourd'hui consacré par la loi RBNP, et intégré aux principes généraux du droit de l'environnement. Le 8° de l'article 2 de la loi introduit en effet le principe de complémentarité entre l'environnement, l'agriculture, l'aquaculture et la gestion durable des forêts, visant notamment à garantir « des services environnementaux qui utilisent les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité ». La question de la normativité de ce principe a longuement été débattue par les parlementaires⁹¹. Si l'on peut aisément douter de son caractère immédiatement prescriptif, le principe de complémentarité constitue un « guide interprétatif » dont devront se saisir les juges, la doctrine et les autorités en charge de la définition des politiques publiques⁹². En effet, malgré une formulation qui laisse également planer la confusion sur les lignes directrices et le rôle de chacun⁹³, il ressort nettement de ce nouvel alinéa la volonté de promouvoir les interactions socio-écosystémiques à la base des fonctions écologiques. En ce sens, le principe de complémentarité admet que le bon état des écosystèmes n'est pas exclusif de la présence humaine, mais plus encore, que certaines activités peuvent avoir un effet bénéfique sur leur fonctionnement, contribuant ainsi à la

91. Doussan I., 2017, Vive la complémentarité de l'agriculture et de l'environnement !, *In : Loi Biodiversité. Ce qui change en pratique*, (Cans Ch., Cizel O. (dir.)), Éditions législatives, pp. 77-81.

92. Voir Champeil-Desplats V., 2007, N'est pas normatif qui peut. L'exigence de normativité dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, 21.

93. Doussan I., 2017, *op. cit.*

préservation de la biodiversité et des services qui en découlent. En reconnaissant à ces exploitants la capacité de fournir des services environnementaux, le législateur leur assigne un rôle nouveau et ouvre ainsi la voie à ce que des mécanismes incitent ces acteurs à prendre part à la protection de la nature. Ici encore, la référence aux « services » semble intervenir pour favoriser l'acceptabilité sociale de la protection de la biodiversité et des fonctionnalités écologiques.

Cela étant, il y a souvent une dissociation entre les lieux qui produisent des services écosystémiques et les lieux qui en bénéficient, ce qui pose la question des solidarités écologiques⁹⁴.

2) Le principe de solidarité écologique

En droit de l'environnement, la solidarité écologique intègre à la fois les relations écosystémiques et les relations homme/nature (a). Appliquée aux services écologiques, elle introduit assez naturellement la question du partage des coûts et avantages liés à leur protection et à leur gestion (b).

a) De la solidarité des écosystèmes à la solidarité homme/nature

La loi du 14 août 2006⁹⁵ a introduit le principe de solidarité écologique dans le cadre très spécifique des parcs nationaux. L'article L. 331-1 du Code de l'environnement permet ainsi la prise en compte des phénomènes d'interface entre le cœur du parc et la zone d'adhésion, de sorte à permettre l'expression des flux, des processus et des fonctionnalités indispensables. L'article 2.3° de la loi RBNP a quant à lui ajouté un sixième alinéa aux principes généraux de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. Désormais, la protection, la mise en valeur et la gestion des éléments constitutifs de l'environnement devront aussi s'inspirer du principe de solidarité écologique « *qui appelle à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant des incidences sur l'environnement, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés* ». La loi RBNP s'attache ainsi également à ce que soient considérés les phénomènes d'interface, à la différence

94. Chevassus-au-Louis B., 2011, Les services écologiques des forêts : définition des concepts, origines et typologies, *Revue forestière française*, LXIII (5), p. 222.

95. Loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux.

qu'elle y inclue l'homme *via* la référence à la notion globalisante d'« êtres vivants ». Ces interactions peuvent alors facilement se mesurer en termes de services rendus. Aussi, le législateur reconnaît que la perturbation d'un écosystème a des répercussions sur d'autres écosystèmes, et que la préservation des services écosystémiques implique de s'intéresser aux effets d'un aménagement ou d'une activité sur ces interrelations, notamment en termes de coûts et d'avantages.

b) Le partage des avantages et des coûts liés à l'entretien des services écologiques à l'échelle du territoire

Les derniers SDAGE encourageaient la considération des solidarités entre l'amont et l'aval des bassins-versants, au regard des services de régulation rendus par le premier au second, comme la purification de l'eau⁹⁶. Durant les débats parlementaires concernant la loi RBNP, la députée Geneviève Gaillard présentait un amendement visant à proposer un principe de « solidarité écologique entre les territoires », qui s'appliquerait aux seules autorités publiques. Il s'agissait là de considérer la solidarité dans sa dimension territoriale, selon laquelle « un écosystème, un milieu écologique complexe aux fonctionnalités évidentes, s'il coûte à une collectivité du point de vue de sa conservation et de sa valorisation, peut le plus souvent bénéficier à un territoire voisin ou non »⁹⁷. Ainsi, toute décision publique peut avoir un impact au-delà des limites de la collectivité, comme ce qu'il en est pour les bassins versants. À ce titre, ladite décision doit être en mesure de prendre en compte les interactions territoriales. Le principe de solidarité implique ainsi le partage des charges financières liées à l'entretien des écosystèmes en bon état de fonctionnement, avec les territoires qui en bénéficient⁹⁸. Le bénéfice retiré du fonctionnement des écosystèmes correspond à la définition des services écosystémiques. La prise en compte des services écosystémiques par le droit amène donc bien à la promotion de vieux principes sectorisés, érigés en nouveaux principes directeurs. Les sciences de l'écologie auront d'ailleurs ici leur rôle à jouer, pour ce qui est de « documenter les dépendances entre socio-écosystèmes

96. Lucas M., 2014, *op. cit.*, p. 24.

97. Gaillard G., 2015, Assemblée nationale, XIV^e législature, Session ordinaire de 2014-2015, Compte rendu intégral, première séance du lundi 16 mars 2015.

98. Voir Icher L., La dépense publique en matière environnementale : l'exemple de la protection des sols et des services, *infra*, à propos de la loi montagne du 28 décembre 2016.

fournisseurs de services écosystémiques et socio-écosystèmes bénéficiaires »⁹⁹.

La visibilité de la notion de « services » ouvre donc aujourd'hui la voie à une nouvelle approche territorialisée des problématiques environnementales et à une gestion partagée, soucieuse des équilibres globaux. Les services écosystémiques constituent peut-être une première clé pour aller vers un droit qui s'extrait des catégories juridiques et des limites territoriales, pour appréhender au plus juste les dynamiques écologiques.

CONCLUSION

En définitive, les services écologiques dépassent les fonctions dans le potentiel qu'ils recèlent pour le droit. La richesse et la fonctionnalité de la notion de « service écologique » se situent donc dans son influence sur les transformations en cours, qui touchent aux fondements même du droit. Le propos n'est pas ici d'attribuer aux services écologiques le mérite exclusif de ces évolutions, entamées avant son apparition par les notions de « biodiversité » et de « développement durable ». En revanche, la juridicisation de la notion accélère et conforte ces changements nécessaires, entraînant avec elle l'entrée de nouveaux modèles, de nouveaux outils et de nouvelles notions, à la faveur d'une approche qui reconnaît et considère la complexité des systèmes socio-écologiques. Considérant son rôle dans l'élaboration de normes plus en phase avec les exigences écologiques, la notion de « services écosystémiques » est bien, selon nous, une notion fonctionnelle. Si nous en sommes convaincus, il faudra cependant prendre garde à ce qu'elle n'en vienne pas à occulter la notion de « fonction », ni à ouvrir la voie à la domination d'un droit des espèces et des espaces « utiles »¹⁰⁰.

99. Bosi S., Euzen A., 2015, *Prospective droit, écologie et économie de la biodiversité*, Les Cahiers Prospectives, CNRS, p. 12.

100. Doussan I., Brève histoire de l'intégration de la notion de service écosystémique en droit, *supra*.

La qualification juridique des services écosystémiques

Guillaume BEAUSSONIE

Professeur

Université Toulouse-Capitole

IEJUC, F-31000

Dans le cadre de l'Évaluation Française des Écosystèmes et des Services Écosystémiques (programme national EFESE) les « biens et services écosystémiques » sont définis comme « des avantages socioéconomiques retirés par l'homme de son utilisation durable des fonctions écologiques des écosystèmes »¹. Pour polémique qu'elles soient², cette appellation de « biens et services écosystémiques » et la définition ainsi proposée renvoient à un véritable concept, autrement dit désignent une réalité au moins doublement perceptible : d'abord, il est question d'appréhender un écosystème comme étant porteur d'utilité(s) pour l'homme, ce qui se conçoit aisément ; ensuite, presque à l'inverse, il s'agit d'appréhender l'homme comme étant capable de valoriser ou, pour le moins, de conserver un écosystème, ce qui se comprend tout aussi facilement.

Dans ce contexte, la place du Droit apparaît naturelle : le bénéfice, la protection et la valorisation d'un objet *lato sensu*, quel qu'il soit, se réalisent rarement de pur fait. Quand bien même cela serait le cas, ce qui n'est pas totalement inconcevable, il faudrait au moins prévoir, voire prévenir, tout conflit éventuel quant à la possession – au sens premier – de cet objet, à plus forte raison parce qu'il procède en partie de la nature, que l'on présente usuellement comme n'appartenant à personne. Il faut donc du Droit. À cette fin, le Droit doit faire entrer

1. V. glossaire de cet ouvrage.

2. Doussan I., Brève histoire de l'intégration de la notion de service écosystémique en droit, *supra*.

les services écosystémiques dans sa propre réalité, c'est-à-dire qu'il doit procéder à leur qualification.

Le Droit est, dans sa construction, prêt à recevoir les faits. Il les désigne abstraitement, à travers des concepts, l'association de différents concepts permettant de mettre en œuvre la règle de droit. Seul le rattachement d'un fait à un concept juridique va alors permettre d'appliquer une règle à partir de ce fait. Plus précisément, le fait va entrer dans une catégorie juridique préexistante afin de se voir appliquer le régime – autrement dit les règles – correspondant. Ce rattachement est la qualification juridique.

Les choses sont simples quand une étiquette adéquate existe, c'est-à-dire lorsque le Droit crée lui-même ou consacre expressément le concept qu'il dote d'un régime juridique complet. Tel n'a pas été le cas, pendant longtemps, des services écosystémiques, dont la qualification ne pouvait donc qu'être qu'empruntée à d'autres concepts, déjà appréhendés par le Droit. Aujourd'hui, une qualification existe, notamment – mais pas seulement – dans le Code de l'environnement mais, outre qu'elle manque de clarté, elle ne conduit qu'à une partie du régime auquel peuvent prétendre les services écosystémiques.

Ainsi peut-on lire, dès l'article L. 110-1 dudit Code, que le « *patrimoine commun de la nation [...] génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage* », la sauvegarde de ces services étant « *d'intérêt général* », « *concour[ant] à l'objectif de développement durable* » et constituant même l'un des cinq engagements figurant à la fin ce texte inaugural. Dans ce but, l'un des principes affirmé par le législateur est celui « *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, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées* »³. C'est d'ailleurs à ce seul sujet que, en la matière, le Code de l'environnement dépasse justement la pétition de principe, l'affectation des services « *écologiques* » – dont il semble qu'ils ne soient, bien maladroitement, qu'un autre

3. Ces affirmations sont récentes ; elles sont effectivement issues de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

nom donné aux services « *écosystémiques* »⁴ – étant perçue comme un dommage causé à l’environnement qui, en tant que tel, peut et doit être prévenu et réparé en vertu des règles figurant aux articles L. 160-1 et suivants. À cette occasion, les services écologiques sont même définis comme « *les fonctions assurées par les sols, les eaux et [les espèces et habitats protégés] au bénéfice d’une de ces ressources naturelles ou au bénéfice du public, à l’exclusion des services rendus au public par des aménagements réalisés par l’exploitant ou le propriétaire* », c’est-à-dire des services « *environnementaux* ». Dans le plus récent article 1247 du Code civil, à propos de la réparation du préjudice écologique, on définit ce préjudice, de façon encore plus contemporaine, comme « *une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l’homme de l’environnement* »⁵.

À la fin, malgré leur plus large vocation, qui ressort tant de leur définition positive que de l’ambition qu’affiche, à leur égard l’article L. 110-1, les services écosystémiques – ou écologiques – ne sont donc mobilisés que négativement, comme les supports éventuels d’un dommage réparable. Ce n’est pas étonnant, tant le droit de l’environnement s’est construit avant tout comme un droit protecteur, plus que comme un droit valorisateur⁶. Mais c’est insuffisant, en ce sens que ce qui est protégé l’est, la plupart du temps, en raison de sa valeur, valeur qui transparait par une utilité dont la privation conduit, effectivement, à une réparation. L’essentiel semble donc là, dans cette valeur des services écosystémiques qui les rend utiles en tant que tels et qui, lorsque l’on y porte atteinte, conduit à la rétablir au profit de ceux qui en sont les bénéficiaires. Il est alors nécessaire de rattacher ces objets à la qualification juridique qui exprime le mieux cette essence.

4. Dans le même sens, v. Fevre M., *Les services écologiques et le droit, Une approche juridique des systèmes complexes*, thèse, Nice, 2016, p. 68. – Ce vocabulaire n’est pas encore stabilisé, sans doute pour la raison qui précède : la jeunesse de l’appréhension juridique desdits services.

5. V. dans cet ouvrage, Jean S. « L’incidence des services écosystémiques en droit de la responsabilité civile ».

6. V. par ex. Hermon C., « Plaidoyer pour une simplification du droit relatif à la protection de l’environnement dans le secteur agricole », in *Les futurs du droit de l’environnement. Simplification, modernisation, régression* (dir. Doussan I.), Bruylant, 2016, p. 235.

En Droit, on distingue fondamentalement les sujets, c'est-à-dire les personnes, qui bénéficient des règles juridiques, des objets, à savoir les choses, qui sont le support de l'application desdites règles.

Les services écosystémiques sont des choses au sens large ou, si l'on préfère rester prudent, sont rattachables à des choses : sols, eaux, espèces etc. Les choses, en effet, représentent tous les objets, matériels ou immatériels, qu'une personne est susceptible de posséder : voiture, château, mais aussi étang, vache ou encore information. En cela ces choses constituent-elles, parce que, de bien des façons, elles sont utiles aux personnes, l'enjeu et l'objet de l'ensemble des relations juridiques entre ces dernières. Elles les échangent et garantissent, par leur entremise, tous leurs engagements.

Que les services écosystémiques soient ainsi les utilités d'une chose ou la chosification de ces utilités, les questions principales en ce qui les concerne demeurent celles du bénéfice de ces utilités et de l'atteinte susceptible de leur être portée. Autrement dit se pose d'abord, en droit, la question de la jouissance des services écosystémiques, c'est-à-dire de la détermination de celui ou ceux qui peut ou peuvent prétendre bénéficier de leurs utilités ou de la compensation de celles qui ont été perdues.

Parallèlement, les services écosystémiques sont des choses ou renvoient à des choses que, en raison de leur lien avec l'environnement, on n'utilise pas n'importe comment. C'est dire que, en droit, se pose ensuite la question de l'encadrement de la jouissance des services écosystémiques, bref de la réglementation de leur usage.

À ce stade, où il s'agit donc essentiellement de déterminer à qui sont rattachables les services écosystémiques et ce qu'il peut en faire, c'est-à-dire de savoir qui va pouvoir en jouir et en disposer dans la limite des lois et des règlements, c'est bien sûr de propriété dont il est question. Les services écosystémiques sont donc, en première analyse, des objets de propriété, c'est-à-dire ce qu'on appelle des biens, ou des éléments d'un tel objet, c'est-à-dire des utilités.

À l'issue de ce qui précède, il ne faudrait pourtant pas croire que le problème de la qualification juridique des services écosystémiques soit totalement réglé. Il existe, en effet, bien des objets de propriété – « un œuf ou un bœuf, mais aussi les usines Renault, un billet de 100 F,

l'étang de Ville d'Avray » s'amusait à souligner Carbonnier⁷ –, dont la nature juridique particulière conduit, au-delà du régime commun à tous, à un régime propre à chacun. Ce qui signifie, d'abord, que rien ne s'oppose à ce que les services écosystémiques soient effectivement perçus comme des biens ou, du moins, comme les éléments d'un ou de plusieurs biens⁸. Ces services ne feraient alors que s'inscrire au sein de ces nouveaux biens que l'évolution des sociétés humaines a conduit à consacrer⁹ : informations, droits de natures diverses etc.

Toutefois, cette situation implique, ensuite, que ces objets inédits que représentent les services écosystémiques suscitent, au sein même du droit de la propriété, des questions nouvelles, que seule une qualification juridique plus précise – et le régime qui va avec – apparaît susceptible de résoudre. Faut-il, en effet, faire évoluer le droit des biens au regard d'une inadaptation manifeste de ses règles actuelles – créer une nouvelle qualification – ou, au contraire, ce droit peut-il déjà, en l'état, accueillir ces biens issus de la modernité – en mobilisant une qualification préexistante ?

La réponse peut être trouvée, dans un premier temps, dans la détermination, au regard de ce que constitue la propriété en droit et, plus précisément, de son objet, de la particularité des services écosystémiques : ils ont des traits propres qui les singularisent au sein des objets de propriété (I). Sur cette base, il est possible, dans un second temps, de confronter l'objet ainsi déterminé avec des qualifications déjà existantes : les services écosystémiques ont, en effet, des traits communs avec d'autres objets de propriété (II).

I. LES TRAITS PROPRES AUX SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES AU SEIN DES OBJETS DE PROPRIÉTÉ

Les services écosystémiques sont utiles à l'homme ; c'est une certitude, car telle est la cause de leur consécration et de leur promotion

7. Carbonnier J., *Les biens*, Quadrige, PUF, 2004, 19^e éd., n° 707.

8. La littérature est déjà très importante concernant une telle hypothèse, qui semble la principale envisagée. V. par ex. Martin G.-J., « Les biens-environnements, une approche par les catégories juridiques », *RIDE*, 2015/2, p. 139.

9. Revet T., « Les nouveaux biens », Rapport français, in *Travaux de l'Association H. Capitant*, t. 53, *La propriété*, 2003, n° 19, p. 285 : « En fonction des données culturelles, économiques et sociales qui la déterminent, chaque grande période de l'histoire des sociétés humaines s'articule, notamment, sur un modèle de bien ».

juridiques. En cela le Droit ne fait-il que rejoindre ce que l'écologie ou encore l'économie ont déjà révélé¹⁰.

Passé ce constat, néanmoins, les choses se compliquent car, d'une part, ces services expriment davantage – voire sont – l'utilité des écosystèmes pour l'homme que, à proprement parler, ils ne sont utiles en eux-mêmes. Autrement dit, leur utilité est totalement intrinsèque (A). D'autre part, les services écosystémiques sont, plus exactement, utiles aux hommes, à l'humanité en général ou, pour le moins, à un groupe plutôt qu'à un homme en particulier. En ce sens, leur utilité est commune (B).

A. UNE UTILITÉ INTRINSÈQUE

« Les biens sont les choses dont l'utilité justifie l'appropriation »¹¹. L'utilité est, ainsi, consubstantielle à la notion de bien, c'est-à-dire d'objet de propriété. Et elle l'est doublement, car seules les choses utiles, mais aussi dont la réservation apparaît utile, sont appropriées. C'est l'une des raisons de la communauté de certaines choses, dont l'abondance n'oblige pas encore à l'appropriation, malgré leur utilité intrinsèque indéniable : air, lumière naturelle, eau courante *etc.* Toutefois, dans un monde où tout devient possible en raison des avancées scientifiques, il peut surtout être utile d'éviter que ces choses appartiennent à quelqu'un. Il y a, autrement dit, les choses qu'on ne peut pas s'approprier et celles qu'on ne veut pas qu'elles soient appropriées. Toutes sont des choses communes.

Quoi qu'il en soit, pour qu'une chose devienne un bien, c'est-à-dire soit appropriée, ce qui importe est son utilité pour une ou plusieurs personnes. C'est dire que cette utilité n'est jamais prise en compte qu'en considération de propriétaires potentiels, bref de façon extrinsèque et subjective. Cela explique la difficulté à délimiter la notion de bien.

La seule certitude est que, dans le système moderne, la chose utile et, pour cette raison, appropriée, appartient totalement à son propriétaire. Devenue bien, la chose conserve son, ou plutôt ses utilités intrinsèques, qui vont alors, de façon monopolistique,

10. V. dans cet ouvrage, Doussan I., « Brève histoire de l'intégration de la notion de service écosystémique en droit ».

11. Zenati-Castaing F., Revet Th., *Les biens*, PUF, 2008, 3^e éd., n° 2.

profiter à une personne unique : le propriétaire. C'est l'apport de la modernité, en effet, que d'avoir fait du bien le seul élément de rattachement de l'ensemble des utilités de la chose qu'il qualifie. Cela conduit, bien souvent, à assimiler la raison qui a conduit une personne à s'approprier une chose, l'utilité extrinsèque, et les qualités de la chose appropriée, ses utilités intrinsèques, qui demeurent avant comme après l'appropriation mais bénéficient au propriétaire exclusivement, au-delà même de ce qu'il souhaitait faire de la chose¹².

L'évolution des techniques a permis, dans certaines situations, d'autonomiser l'une des utilités intrinsèques d'un bien. Par exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a, dans un arrêt notoire rendu le 14 novembre 2000¹³, considéré que le numéro de carte de crédit pouvait constituer un bien au même titre que la carte elle-même. Issue de cette dernière, le numéro de carte de crédit n'en comporte pas moins une utilité propre, la comparaison entre les deux objets ainsi dessinés apparaissant, à cet égard, très éclairante.

La carte et son numéro ont effectivement une utilité similaire, mais pas commune : permettre, par leur remise respective, la circulation des fonds du remettant. De telle sorte que l'on peut parfaitement concevoir, comme l'a fait la chambre criminelle de la Cour de cassation en l'espèce, que l'on puisse respectivement et indépendamment les remettre et les détourner¹⁴. L'utilité du numéro de carte de crédit a donc fini par en faire une chose autonome puis, en raison de son utilité, un bien.

De ce point de vue, il est possible d'envisager que les services écosystémiques, au moins singularisés par la loi par rapport à l'écosystème dont ils sont issus, soient des utilités que l'on peut traiter juridiquement de façon autonome. Mais il reste, en vérité, deux grandes difficultés, notamment en comparaison du numéro de carte de crédit.

12. V., à cet égard, notre étude : « Bien(s) et utilité(s) », in *Mélanges Grégoire Forest*, Dalloz, 2014, p. 39.

13. *Bull. crim.*, n° 338.

14. V. Cass. crim., 19 mai 2004, *Bull. crim.*, n° 125 : sanction, cette fois, du détournement de la carte de crédit elle-même. Évidemment remis avec la carte, le numéro n'a pas été utilisé par l'auteur du détournement. Classiquement, il n'a en effet usé (puis abusé) que de la carte et de son Code d'accès (qui se distingue de son numéro !).

La première difficulté est l'absence de dissociation matérielle entre les services écosystémiques et les écosystèmes. En effet, où le numéro de carte de crédit peut parfaitement exister indépendamment de la carte elle-même, tel ne semble pas être le cas des services écosystémiques, qui ne s'autonomisent qu'intellectuellement des écosystèmes dont ils sont issus¹⁵. Toutefois, une telle objection peut être discutée, en ce sens que les services assurés paraissent bien perceptibles indépendamment des biens qui les génèrent. C'est d'ailleurs la cause de leur prise en compte, notamment par le Droit. Le véritable problème réside alors surtout dans la fugacité de leur existence, donc de leur perception.

La seconde difficulté est, en effet, le caractère éphémère des services écosystémiques. Où le numéro de carte de crédit survit à son utilisation, les services écosystémiques sont ontologiquement consommables. Ils n'existent que le temps d'être rendus, ce qui ne facilite pas leur appréhension, juridique ou autre. En cela, ils sont comparables davantage avec des services au sens du Droit, dont le régime s'avère adapté à leur évanescence, qu'à celui des biens au sens strict, qui supposent une inscription pérenne dans la durée¹⁶.

Toutefois, certains services écosystémiques paraissent en vérité, malgré leur évanescence, tout aussi durables que les biens qui les génèrent. Par exemple, le service de captation du carbone par une prairie ne disparaît qu'avec la prairie.

Le numéro de carte de crédit est un bien ; qu'en est-il des services écosystémiques ? À l'aune de ce qui précède, il est encore difficile de le dire, l'autonomie et la stabilité qui caractérisent une telle notion demeurant encore polémiques pour de tels services. Ce d'autant que ces services présentent une autre particularité au regard du droit des biens : ils ont ou sont des utilités communes.

B. UNE UTILITÉ COMMUNE

Le regroupement des utilités au sein d'un même bien, qui caractérise la propriété moderne, a un corollaire, qui en serait même plutôt

15. V. intervention de Mme Vanuxem S., La nature des services écosystémiques en droit privé, IDEX, T2SEC, IEJUC, Toulouse, 26 mai 2016.

16. V. intervention de M. Revet Th., La nature des services écosystémiques en droit privé, IDEX T2SEC, IEJUC, Toulouse, 26 mai 2016.

la cause : c'est l'exclusivité de leur bénéfice pour le propriétaire. Dès lors, chacune des utilités d'un bien, qu'elles soient actuelles ou virtuelles, n'a vocation à profiter qu'à un seul : le propriétaire. En ce sens, la notion de bien commun, pourtant si séduisante, apparaît antinomique, du moins aux yeux du juriste classique, seules des « choses » communes, c'est-à-dire inappropriables ou, du moins, inappropriées, étant concevables. Les définir et les doter d'un régime sont d'ailleurs les objets précis de l'article 714 du Code civil¹⁷.

Or, les services écosystémiques ont des bénéficiaires, si ce n'est universels, en tout cas multiples. Ils profitent, en effet, à des hommes plutôt qu'à un homme en particulier. En ce sens, outre que les propriétaires des supports d'écosystème dont procèdent les services écosystémiques ne s'avèrent pas toujours en mesure de s'opposer à leur utilisation par d'autres qu'eux, il est même concevable, puisque telle est la condition de l'utilisation de ces services, que leur soient imposées des obligations positives¹⁸.

Il existe différentes situations, néanmoins, dans lesquelles un propriétaire doit déjà accepter que les autres bénéficient d'une partie des utilités de son bien, soit que lui ou un précédent propriétaire s'y soit engagé, soit que la loi lui impose.

La plus notoire, sans doute, est celle du droit de reproduire un bien, que la Cour de cassation a, dans la logique de l'article 544 du Code civil, dans un premier temps refusé de retirer du monopole du propriétaire avant que, dans un second temps, face à l'impossibilité et l'inopportunité d'empêcher la photographie des immeubles dans la rue, elle l'oblige à la partager, sauf à ce qu'il démontre que cette utilisation lui cause un trouble anormal¹⁹.

La comparaison avec les services écosystémiques apparaît pertinente, en ce que l'image du bien semble tout aussi indissociable de ce dernier que ne le sont les services du bien qui supporte l'écosystème.

17. « Il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous (al. 1). Des lois de police règlent la manière d'en jouir (al. 2) ». – De moins en moins de juristes sont gênés par cette idée : v. par ex. *Dictionnaire des biens communs*, dir. Cornu M., Orsi F. et Rochfeld J., Quadriga-PUF, 2017.

18. Intervention de M. Revet Th., *La nature des services écosystémiques en droit privé*, préc.

19. V. Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1999, *Bull. civ.* I, n° 87, puis Cass. ass. plén., 7 mai 2004, *Bull. A. P.*, n° 10.

Mais elle a aussi des limites : l'image survit à sa reproduction, où les services succombent parfois dès leur consommation. Cela étant, beaucoup d'entre eux semblent, en réalité, tout aussi consubstantiels au bien qui les génère que peut l'être l'image d'un bien (ex. : service de régulation des inondations ; service de captation du carbone).

Quoi qu'il en soit de cette différence, rien ne paraît s'opposer à ce que les utilités d'un bien soient partagées entre le propriétaire et les autres, à la condition, néanmoins, que toutes les utilités – voire la majorité d'entre elles – ne lui soient pas retirées, faute de quoi il ne serait plus propriétaire d'un objet qui, par là même, ne serait plus un bien. Ce serait une chose commune. À cet égard, l'utilité commune ne doit pas conduire à évincer totalement les utilités privées, à défaut de quoi serait alors en cause une privation de propriété²⁰.

Les services écosystémiques n'empêchent pas les propriétaires des biens supportant les écosystèmes qui les génèrent de les utiliser. Tout au plus ne doivent-ils pas limiter cette utilisation de façon trop substantielle, car il serait alors porté atteinte au droit des propriétaires. Ne faudrait-il pas, dès lors, prévoir une compensation de ce débit d'utilité, ce que ne prévoient pas les textes pour le moment ? Cela est d'autant plus concevable que, sur ce point comme sur d'autres, les services écosystémiques ressemblent finalement à d'autres objets de propriété auxquels il paraît conséquemment concevable de les assimiler.

II. LES TRAITS COMMUNS AUX SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES ET À D'AUTRES OBJETS DE PROPRIÉTÉ

En tant qu'entités juridiques autonomes, la loi les singularisant des biens dont ils sont issus, les services écosystémiques sont des choses *lato sensu* ; des choses provenant d'autres choses en somme. Comme on l'a dit, « chose » est un mot qui, en droit français, désigne tout ce qui existe – même sans consistance physique – à l'exception des personnes juridiques et tout ce qui, en tant que tel, a donc vocation à devenir l'objet d'un droit dont ces dernières seront titulaires. Encore faut-il, néanmoins, que l'autonomie des services écosystémiques

20. Contraire, notamment à la Constitution : v. par ex. déc. n° 81-132 DC du 16 janv. 1982 et toutes les décisions qui ont suivi.

soit véritable ; or nous avons pu constater que leur détachement des biens dont ils proviennent demeurerait polémique. En conséquence, deux pistes distinctes doivent être suivies : d'une part, percevoir un service écosystémique comme l'utilité d'une chose (A) ; d'autre part, appréhender un tel service comme une utilité faite chose (B).

A. UNE UTILITÉ D'UNE CHOSE

La propriété moderne étant, comme on l'a dit, une et indivisible, la piste du service qui ne constituerait pas un bien mais, simplement, l'une de ses utilités, est la plus sécurisante. Deux éléments doivent alors être combinés pour déterminer ce que sont juridiquement les services écosystémiques : le lien envers la chose dont ils sont issus ; leur utilité commune.

D'une telle combinaison s'infèrent plusieurs qualifications possibles : fruits communs, servitudes administratives, mesures de police environnementale ou obligations réelles.

Tout d'abord, Madame Vanuxem, partant du constat que les services écosystémiques sont, en tant que bienfaits de la nature, des choses générées régulièrement par d'autres choses sans altération de la substance de ces dernières, proposent de les qualifier de fruits naturels, au sens donné à cette notion par interprétation classique de l'article 583 du Code civil, qui les définit comme « ceux qui sont le produit spontané de la terre »²¹. C'est à la condition, précise-t-elle, d'abord, que les services écosystémiques soient perçus comme détachés des biens dont ils sont issus, ce qui est concevable, au moins intellectuellement. Et c'est à la condition, ensuite, que ces fruits nouveaux ne soient pas appréhendés comme des biens, mais comme une nouvelle forme de choses communes.

Cette proposition, néanmoins, malgré sa vertu de mettre en valeur le lien entre les services écosystémiques et les biens qui supportent les écosystèmes dont ils sont issus, peut conduire à une double objection. D'abord, la notion de fruit comporte-t-elle vraiment un intérêt ainsi déliée de son enjeu majeur, qui est de désigner le propriétaire de ces biens accessoires à d'autres biens ? Il s'agit, en effet, du possesseur

21. Intervention de Mme Vanuxem S., La nature des services écosystémiques en droit privé, préc.

du bien générateur du fruit. Ensuite, peut-on vraiment concevoir que s'épanouisse une chose commune au sein d'une chose qui, quant à elle, est appropriée, c'est-à-dire propre²² ? Propre et commun s'opposant, cela paraît difficile à justifier d'un point de vue logique.

L'une des caractéristiques des services écosystémiques pouvant être d'imposer, pour l'utilité commune, des obligations aux propriétaires des biens qui les génèrent, la figure de la « servitude » administrative apparaît ensuite la plus adaptée²³. Charge réelle, c'est-à-dire obligation que supporte un fonds de subir une restriction d'utilité destinée à mettre cette utilité au service d'un autre que le propriétaire, la servitude administrative semble correspondre à la mécanique qui est celle d'un service écosystémique. La servitude administrative se fonde effectivement sur l'utilité générale, de sorte que son bénéficiaire est, inéluctablement, un public indéterminé. En somme il existe un fonds servant, mais pas vraiment de fonds dominant.

Les services écosystémiques pouvant être supportés par un fonds pour l'intérêt général, ils limitent par là même, comme on l'a vu, les prérogatives de son propriétaire. En cela peut-on pertinemment y voir des formes de servitudes administratives. Il existe déjà, au surplus, de nombreuses servitudes fondées sur les préoccupations pour l'environnement, la lutte contre la pollution et les risques technologiques, la protection du patrimoine architectural et urbain ou encore la mise en valeur des paysages.

À la condition que les services écosystémiques ne soient pas perçus comme des charges réelles, on peut encore voir dans les obligations de protection qu'ils portent des mesures de police environnementale. Toutefois, en l'occurrence, si obligations il y a, elles sont bien dues, si ne n'est par le fonds, en tout cas à travers le fonds. Dès lors, il s'agit, sans aucun doute, de charges, la piste des mesures de police devant donc être écartée – aucune demande d'autorisation pour user des services n'est encore imposée au propriétaire –, du moins pour

22. Objection mise en avant par M. Revet Th. : La nature des services écosystémiques en droit privé, préc.

23. Cette proposition et les suivantes sont celles de M. Revet Th. : La nature des services écosystémiques en droit privé, préc. Il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'une servitude au sens du droit civil, le service dû « par le fonds » ne l'étant alors pas au profit d'autres fonds, comme cette notion l'implique pourtant (v. art. 637 C. civ.).

le moment, car elle ne serait pas la moins efficace pour prévenir les risques d'atteinte à ces services.

Les services écosystémiques peuvent, enfin, être perçus comme des obligations réelles, c'est-à-dire des obligations qui, parce qu'elles sont liées à une chose, sans laquelle elles ne peuvent s'exercer, se transmettent de propriétaire en propriétaire. Cette approche apparaît d'autant plus pertinente qu'a récemment été consacrée l'« obligation réelle environnementale »²⁴. En effet, l'article L. 132-3 du Code de l'environnement dispose désormais que « les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques ».

Les services écosystémiques peuvent ainsi être appréhendés comme des obligations, pour les propriétaires successifs de biens supportant des écosystèmes, de laisser tout ou partie des autres bénéficier de leurs bienfaits. Ces obligations sont réelles en ce qu'elles ont effectivement pour base les services rendus par un bien. Toutefois, on voit immédiatement la limite d'une telle analyse : contrairement à l'obligation réelle environnementale, pour laquelle le bénéficiaire est peut-être universel, mais le débiteur se limite, sans aucun doute, au cocontractant désigné – collectivité publique etc. –, le service écosystémique a, parfois, un débiteur tout aussi universel – tout le monde ne doit-il pas laisser les écosystèmes produire leur bienfait ? – que ne l'est son bénéficiaire. Dès lors, il apparaît difficile de concevoir un véritable rapport d'obligation car, comme une obligation, au sens strict et juridique du terme, ne peut être due à tout le monde – la fameuse obligation passive universelle de Planiol –, elle ne peut pas non plus être due par tout le monde. Tout cela est bien sûr à relativiser selon les services concernés.

À partir du moment où le propriétaire d'un bien supportant un écosystème doit subir l'utilisation des services rendus par ce dernier

24. Cf. *infra* Alidor B. « Compensation et services écosystémiques ».

au profit de tous, ne faudrait-il pas compenser, par un paiement, ce déficit d'utilité pour lui, autrement dit instaurer des « paiements pour services écosystémiques » ? Pour intéressante qu'elle soit, cette possibilité, pour le moment, plus prospective que positive – encore que l'on peut déjà identifier certaines obligations positives pour les propriétaires de biens offrant de tels services²⁵ –, concerne davantage les situations dans lesquelles une intervention humaine s'avère nécessaire, autrement dit les services environnementaux plutôt que les services écosystémiques. Tant que ces derniers services pourront être rendus sans impliquer activement le propriétaire, le paiement ne se justifie pas suffisamment par la diffusion d'utilités qu'il ne serait de toute façon pas en mesure d'empêcher. Il en ira peut-être autrement lorsque seront exigées de la part des propriétaires de biens supportant des écosystèmes de véritables obligations positives.

Lorsque la source d'un bienfait est un bien, l'obligation d'en faire bénéficier tout le monde représente une charge pour le propriétaire. C'est sous cet angle qu'il apparaît possible de qualifier les services écosystémiques, sortes de servitudes environnementales imposées aux propriétaires de biens supportant des écosystèmes.

Toutefois, il existe un autre angle à explorer afin de qualifier les services écosystémiques : c'est, à l'inverse, celui de ses bénéficiaires. De leur point de vue, l'utilité ainsi conférée ne devient-elle pas un bien ou, pour le moins, une chose ?

B. UNE UTILITÉ FAITE CHOSE

On l'a dit : il arrive, malgré le caractère indivisible de la propriété moderne, qu'une utilité se détache d'un bien et devienne, en tant qu'entité autonome, un nouveau bien. Au surplus, il est alors concevable que cette utilité soit attribuée à un autre que le propriétaire du bien qui l'a générée. C'est le cas, surtout, de certains biens reconnus par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme construite sur le fondement de l'article 1^{er} du Protocole n° 1, en vertu duquel toute personne « a droit au respect de ses biens », et, plus particulièrement, par l'arrêt *Öneryildiz contre Turquie*, rendu le 30 novembre 2004²⁶.

25. V. dans cet ouvrage, Poumarède M., « Services écosystémiques et contrat. Quelle obligation contractuelle environnementale ? ».

26. Req. n° 48939/99.

Cette décision, en effet, a conduit à protéger, sur ce fondement, une personne qui occupait illégalement un taudis, bien dont elle ne pouvait donc pas, en principe, être reconnue comme étant propriétaire. La Cour européenne n'en a pas moins considéré que « les autorités [avaient] *de facto* reconnu que l'intéressé et ses proches avaient un intérêt patrimonial tenant à leur habitation », cet intérêt étant « suffisamment important et reconnu pour constituer un intérêt substantiel, donc un «bien» au sens de la norme exprimée dans la première phrase de l'article 1 du Protocole n° 1 »²⁷. Dès lors, bien que la chose concernée ait, sur les fondements traditionnels du droit des biens, une appropriabilité contestable, son utilité pour le requérant, quant à elle, ne souffrait pas polémique. Plus encore, c'était même, au-delà de l'utilité, dans le besoin que se situait en réalité l'intérêt de la chose ainsi déterminée, besoin dont l'évidence a conduit à la consécration d'une propriété très éthérée.

Plus prosaïquement, parce qu'une personne avait intérêt à ce que son habitation soit perçue comme sa propriété, quand bien même elle n'était fondée sur rien d'autre que cet intérêt, bref cette utilité, la Cour européenne l'a consacrée en tant que telle.

Les services écosystémiques ne sont-ils pas également, au-delà de leur utilité, des besoins pour l'humanité ? En ce sens, ne sont-ils pas les biens de tous ?

La conception qui précède heurte la logique du droit français, qui n'autorise un bienfait commun qu'à la condition, inverse, que la chose concernée ne soit pas appropriée. C'est même précisément pour cela qu'elle ne l'est pas. On reconnaît l'article 714 du Code civil, qui dispose qu'« il est des choses qui n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous ». Les services écosystémiques seraient ainsi, à condition qu'ils soient détachés de leur source, dès le moment où ils sont détachés de leur source, des choses communes.

Toutefois, comme on l'a dit plus haut, il faudrait alors admettre que le propre, le bien contenant les écosystèmes, puisse produire du commun, les services écosystémiques, autrement dit qu'une désappropriation s'opère à partir du moment où les services écosystémiques se détachent de leur base. La comparaison faite par

27. §§ 127-129.

Madame Vanuxem avec les fruits²⁸ redevient alors envisageable, les fruits devenant la propriété du possesseur plutôt que du propriétaire.

Mais une telle perception a ses limites : outre que, pour les fruits, il ne s'agit que de désigner un autre propriétaire, et non d'en dénier l'existence, comme pour les choses communes, cet autre propriétaire l'est car il a un lien avec la chose principale ; il la possède, ce qui veut dire qu'il en jouit et, de la sorte, va pouvoir affecter les fruits à son entretien. Rien de tel, pour les services écosystémiques, qui échappent purement et simplement à leur propriétaire et à leur bien d'origine.

Est-il utile, dès lors, d'en faire des choses autonomes ; ne vaut-il pas mieux se contenter de les percevoir comme de simples utilités communes d'un bien qui demeure propre ?

En faisant preuve de prudence, et face à la nécessité de rester conforme à la notion de propriété, qui est la technique que le législateur français semble avoir mobilisée pour appréhender les services écosystémiques, à l'instar de tout objet avec lequel il s'agit d'instaurer une relation juridique de sujet à objet, il vaut mieux percevoir ces services comme les parties d'un bien que comme des biens propres. En ce sens, ils en représentent une utilité, dont la particularité est de bénéficier à plusieurs ou à tous, bien au-delà de leur seul propriétaire, qui ne saurait, la plupart du temps, en empêcher le déploiement. Leur régime, c'est-à-dire leur traitement juridique actuel, paraît effectivement tributaire de cette nature.

28. Intervention de Mme Vanuxem S., La nature des services écosystémiques en droit privé, préc.