

# **LE POTENTIEL DU CONTRAT DE FIDUCIE DANS LES OPERATIONS D'AMENAGEMENT**

Mémoire d'apprentissage présenté par Quentin GUENVER

CITALLIOS

Sous la direction de M. Stéphane MANSSON, Professeur des Universités

## SOMMAIRE

<b>SOMMAIRE .....</b>	<b>2</b>
<b>PARTIE PREMIERE .....</b>	<b>17</b>
<b><i>La fiducie-sûreté au service de la maîtrise du risque environnemental d'une opération d'aménagement.....</i></b>	<b>17</b>
<b>PARTIE SECONDE.....</b>	<b>32</b>
<b><i>La fiducie-gestion comme support contractuel du montage d'une opération d'aménagement.....</i></b>	<b>32</b>
<b><i>Conclusion générale .....</i></b>	<b>55</b>
<b><i>Bibliographie .....</i></b>	<b>57</b>
<b><i>Table des matières .....</i></b>	<b>59</b>



« Le couple droit des biens et droit de l'environnement est, *a priori*, assez mal assorti. »<sup>1</sup>

A l'heure où sont écrites ces premières lignes, le droit français des biens ne paraît pas le premier outil mobilisable pour faire face aux canicules. En effet, s'inspirer des principes du droit de l'environnement<sup>2</sup> aurait commandé d'éviter d'ouvrir à l'urbanisation des terrains à proximité des massifs forestiers et de réduire le développement des installations touristiques concentrant les populations à ces mêmes endroits durant les pics de chaleur. Formuler autrement, la protection de l'environnement entendue largement commandait de restreindre le droit de propriété d'un grand nombre de propriétaires. Or, dans un pays comme la France, où la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen érige la propriété au rang de « *droit inviolable et sacré*. »<sup>3</sup>, cette question est tout autant inflammable.

Autre exemple topique de la confrontation du droit de l'environnement et du droit de propriété : l'objectif de zéro artificialisation nette porté par la loi Climat et Résilience d'août 2021<sup>4</sup>. L'artificialisation des sols, conséquence directe de l'extension urbaine et de la construction de nouveaux habitats en périphérie des villes, est aujourd'hui présentée comme l'une des causes notables du changement climatique et de l'érosion de la biodiversité<sup>5</sup>. A cet effet, le Gouvernement entendit marquer dans le marbre en 2021 une nouvelle manière d'aménager les territoires, en limitant autant que possible la consommation de nouveaux espaces naturels, agricoles et forestiers et, lorsque c'est impossible, de renaturer l'équivalent des superficies artificialisées<sup>6</sup>. Concrètement, en milieu rural et périurbain, l'artificialisation d'un terrain qu'un plan local d'urbanisme (PLU) ou une carte communale identifiait comme

---

<sup>1</sup> DUBARRY Julien, Exploiter les ressources du droit des biens au service de l'environnement, EEI, 2022, n° hors-série, dossier 4

<sup>2</sup> Nous voulons faire référence à la séquence éviter-réduire-compenser dite « ERC » qui irrigue le droit de l'environnement depuis la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, et est aujourd'hui défini précisément par l'article L. 110-1 de ce code qui dispose :

« *Le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe 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 ;* »

<sup>3</sup> Article 17 de la Déclaration du 26 août 1789 des droits de l'homme et du citoyen :

« *La propriété étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.* »

<sup>4</sup> Article 191 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets

<sup>5</sup> Cette notion est aujourd'hui précisément à l'article 1<sup>er</sup> du code de l'environnement :

« On entend par biodiversité, ou diversité biologique, la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants. »

<sup>6</sup> L'enjeu est plus précisément de freiner la consommation de terres naturelles, agricoles et forestières, et de privilégier la réutilisation de secteurs déjà urbanisés (logements vacants, friches industrielles ou commerciales ...) notamment en densifiant le bâti existant.

étant à urbaniser, lui octroyant ainsi une valeur foncière intéressante pour son propriétaire, verra sa constructibilité fortement limitée<sup>7</sup>.

Ces deux exemples illustrent l'opposition si ce n'est la confrontation entre la protection de l'environnement et le droit de propriété, puisque la première va nécessairement, entre autres, restreindre l'étendue de la première. Or, la propriété est depuis longtemps considérée comme permettant à l'Homme d'exercer ses libertés. En effet, la propriété, entendue comme celle de l'homme personne privée, ne saurait initialement faire référence qu'à l'intérêt et la liberté individuels de ce dernier. Droit réel le plus absolu<sup>8</sup>, la propriété permet à la personne, sujet de droit, d'exercer les prérogatives les plus importantes sur une chose appropriable. Et ce, par la réunion des trois utilités que sont l'*usus*, le *fructus* et l'*abusus*, permettant à son titulaire de jouir de toutes les utilités de la chose qu'il a en sa possession<sup>9</sup>. « *En conséquence, parce qu'il détient le pouvoir de disposer de cette dernière comme il l'entend, le propriétaire conserve théoriquement en ses mains le pouvoir de l'aliéner, de la dénaturer ou de la détruire, bref d'en abuser* »<sup>10</sup>. Cela va évidemment à rebours de l'essence même de la problématique environnementale qui, elle, considère non pas l'intérêt des hommes dans leur individualité, mais celui de l'Homme comme collectivité, et s'assimile sans conteste à un intérêt purement général. Synthétisant très tôt les rapports entre l'Homme et la Nature, rappelons ces mots de René Descartes, constatant que ce premier est parvenu à se rendre « maître et possesseur de la nature »<sup>11</sup>.

Concrètement, du point de vue de l'aménagement du territoire, cela a été source en France de toujours plus d'étalement urbain et de la destruction d'habitats d'espèces menacées, puisque les ménages français ont été incités à amener « *la ville à la campagne* »<sup>12</sup>. Ainsi, force est de constater que la faculté d'appropriation s'analyse en un droit souverain dont l'existence peut se faire aux dépens des choses sur lesquelles elle s'exerce. Cette faculté

---

<sup>7</sup> L'article 194 de ladite loi, dans son VI., était censé donner un délai de six mois à compter de la promulgation de la présente loi, soit le 22 janvier 2022, au Gouvernement pour remettre au Parlement un rapport proposant les modifications nécessaires en matière de délivrance des autorisations d'urbanisme au regard du ZAN.

<sup>8</sup> Pour rappel, la propriété est avant tout un droit qui porte non sur des personnes, mais sur des choses, dit le plus absolu car il cumule toutes les prérogatives attachées à la notion de droit réel, dont les autres ne constituent de ce point de vue que des démembrements.

Elle est également présentée comme un droit réel principal établi pour lui-même, contrairement à d'autres droits réels qualifiés d'accessoires et qui, tel les sûretés réelles, ne sont constitués qu'en vue de garantir l'exécution d'un droit personnel.

<sup>9</sup> Pour rappel, la propriété est définie par l'article 544 du Code civil comme suit :

« *la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par la loi ou par les règlements* »

<sup>10</sup> CROZES Amelia, Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrement et obligations consenties, Droit et Ville, 2018, n°86,

<sup>11</sup> DESCARTES René, Discours de la méthode (1637), texte établi par Victor Cousin, Levrault, 1824, tome I

<sup>12</sup> HERRMANN L., « Le lotissement en France : histoire réglementaire de la construction d'un outil de production de la ville », Géoconfluences, avril 2018.

URL : <http://geoconfluences.ens-lyon.fr/informations-scientifiques/dossiers-regionaux/france-espaces-ruraux-periurbains/articles-scientifiques/histoire-reglementaire-du-lotissement>.

d'appropriation de l'Homme et ses conséquences néfastes concernent en tout premier lieu le sol.

Le sol est en effet la ressource par excellence exploitable. Caractérisé par sa rareté, il acquit naturellement un caractère fondamental, au contraire de l'eau et de l'air, qui sont considérés comme des choses communes dont il serait inutile d'en faire des objets de propriété. Le sol entretient donc des liens profonds avec la propriété, notamment au regard du Code civil français<sup>13</sup>. De quelle manière ? Celui-ci en traite moins en tant qu'objet de droit défini avec précision, qu'au travers du régime de la propriété elle-même. L'article 552 dudit code en fournit un exemple emblématique, en proclamant que c'est la propriété du sol qui permet, par l'effet de l'accession, de s'approprier les constructions réalisées sur l'assiette définie par le sol<sup>14</sup>. Dès l'Ancien Régime, la propriété a constitué la forme emblématique de la maîtrise du sol, pour les paysans comme pour les nobles.<sup>15</sup> Ainsi, la propriété immobilière constituait la véritable propriété. *A contrario*, la propriété mobilière apparaissait peu importante comme en témoigne l'adage *res mobilis, res vilis, res immobilis res nobilis*.

Au regard de ce qui vient d'être écrit, le rapport du député Lagleize remis au Premier Ministre Edouard Philippe en 2019, qui proposait de refonder le droit de propriété sur une dissociation du foncier et du bâti pour lutter contre la spéculation foncière, est tout à fait révolutionnaire<sup>16</sup>. Ce député indiquait en introduction que des offices fonciers libres viendraient s'ajouter aux dispositifs existants<sup>17</sup> en permettant aux élus locaux de limiter l'impact des prix du foncier dans les projets immobiliers d'intérêt général, autrement dit des opérations d'aménagement.

---

<sup>13</sup> BOSCH Lionel, « Propriété et protection des sols. Réflexions civilistes sur la prise en compte de la qualité des sols », *Droit et Ville*, vol. 84, no. 2, 2017, p. 65-80.

<sup>14</sup> Article 552 du Code civil :

« *La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous.*

*Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre " Des servitudes ou services fonciers ".*

*Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tous les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police. »*

<sup>15</sup> SICARD Gilles, *Le droit de propriété avant l'article 17 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, in *Propriété et Révolution*, éd. CNRS, Toulouse 1, 1990

<sup>16</sup> LAGLEIZE Jean-Luc, *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur la proposition de loi visant à réduire le coût du foncier et à augmenter l'offre de logements accessibles aux Français (n° 2336)*, Enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 20 novembre 2019.

Celui-ci préconisait de généraliser la logique des offices fonciers solidaires (OFS) au-delà de l'accession sociale, par la création d'offices fonciers libres (OFL) dans toutes les zones tendues en termes de logements<sup>16</sup>. Ces offices resteraient propriétaires des terrains, c'est-à-dire le sol au sens du code de l'urbanisme<sup>16</sup>, et consentiraient à leurs preneurs, dans le cadre de baux de longue durée, des droits réels en vue de la location ou de l'accession à la propriété des logements<sup>16</sup>.

<sup>17</sup> L'on pense au droit de préemption, aux modes de calcul de l'indemnisation d'expropriation atténuant les effets spéculatifs d'un projet public d'aménagement, les zones d'aménagement différé.

Par leur ampleur alléguée, leur raison d'être, leur soutien financier public et les politiques publiques qui les sous-tendent, les opérations d'aménagement sont l'outil par excellence, avec la réglementation de l'urbanisme, pour intervenir sur le foncier, sur l'occupation du sol. Comment cerner cette notion ? Le code de l'urbanisme, dans son troisième livre dédié précisément à l'aménagement foncier, donne plusieurs indices permettant d'en comprendre les objectifs et les contours. Aussi est-il indiqué qu'une opération d'aménagement a pour objets de mettre en œuvre un projet urbain, d'organiser l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs, de réaliser des équipements publics, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine et les espaces naturels<sup>18</sup>. Tout cela, et c'est un apport récent de la loi climat et résilience, en recherchant l'optimisation de l'utilisation des espaces urbanisés et à urbaniser<sup>19</sup>. Au-delà d'une approche téléologique, une approche bien plus matérielle et concrète a été livrée dans les conclusions du commissaire du gouvernement Serge Lavignes sous l'arrêt du Conseil d'Etat Chamonix Mont-Blanc<sup>20</sup>, qui permet de lier cette notion aux questions foncières et de propriété. L'opération d'aménagement peut donc être synthétisée sur la base des éléments suivants : « une finalité énoncée par l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme, une combinaison d'interventions sur le tissu urbain qui inclut des opérations à caractère foncier (acquisition et cession d'immeubles) et la réalisation d'équipements, ces interventions devant avoir une ampleur suffisante pour avoir un impact significatif sur le site concerné. »<sup>21</sup>. « Tissu urbain », « à caractère foncier », « site concerné » sont tous autant de termes explicitant l'impact d'une opération d'aménagement sur l'occupation du sol. Si la Doctrine identifie des incertitudes sur un certain nombre d'éléments, il est acquis avec certitudes qu'il n'y a opération d'aménagement que si le projet poursuivi a un impact sur l'espace urbain, « un espace de vie »<sup>22</sup>.

Puisqu'une opération d'aménagement se caractérise à ce point par l'impact sur le foncier d'un site, comment cela se traduit-il en termes de foncier, de propriété ? Les personnes publiques ou, dans le cadre d'une concession d'aménagement, leur

---

<sup>18</sup> L. 300-1 du code de l'urbanisme :

« Les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets de mettre en œuvre un projet urbain, une politique locale de l'habitat, d'organiser la mutation, le maintien, l'extension ou l'accueil des activités économiques, de favoriser le développement des loisirs et du tourisme, de réaliser des équipements collectifs ou des locaux de recherche ou d'enseignement supérieur, de lutter contre l'insalubrité et l'habitat indigne ou dangereux, de permettre le renouvellement urbain, de sauvegarder ou de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels, notamment en recherchant l'optimisation de l'utilisation des espaces urbanisés et à urbaniser. »

<sup>19</sup> Article 214 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets

<sup>20</sup> CE, sect., 28 juillet 1993, n° 124099, Commune de Chamonix-Mont-Blanc

<sup>21</sup> FATOME Etienne et RICHET Laurent, Question sur les nouvelles concessions d'aménagement, AJDA 2006, p. 926

<sup>22</sup> COUTON Xavier et SANTONI Laetitia, 20 ans après Chamonix Mont-Blanc, qu'est devenue la notion d'« opération d'aménagement » ?, Construction-urbanisme, 2014, p.9

concessionnaire aménageur<sup>23</sup>, peuvent notamment user du droit de préemption<sup>24</sup> et de l'expropriation. Ces personnes – que l'on dénommera par la suite aménageurs – peuvent donc utiliser ces prérogatives de puissance publique afin de se rendre propriétaires de ces terrains ou immeubles. Néanmoins, l'objectif final pour ces personnes n'est pas d'être propriétaires de l'ensemble des parcelles situées dans l'assiette foncière d'une opération d'aménagement. Il s'agit essentiellement de créer du foncier disponible en transformant un foncier existant – rural, naturel, urbain – afin d'accueillir un équipement public ou une construction privée. Au préalable, cela implique de faire évoluer si besoin la réglementation d'urbanisme en vigueur, de viabiliser des terrains objet de divisions foncières, en vue de la revente de terrains à bâtir. Les acquéreurs auront la charge de construire conformément à ce qui a été convenu<sup>25</sup>, via le mécanisme de cession avec charge.

On le comprend, la bonne exécution d'une opération d'aménagement nécessite de coordonner une grande pluralité d'acteurs qui interagissent et contractualisent sur une période relativement courte : personnes publiques – communes, intercommunalités, département, services déconcentrés de l'Etat – ; acquéreurs de terrains, le plus souvent professionnels tels que des promoteurs immobiliers ou des entreprises désireuses d'implanter leurs bureaux ; concessionnaires réseaux ; établissements financiers ; riverains. Bien que les personnes publiques disposent de prérogatives dédiées à faciliter la maîtrise foncière citées plus haut, la multiplicité des acteurs, propriétaires actuels ou propriétaires en devenir, reste grande. Également, l'incurie des finances publiques tend à rendre difficile une maîtrise foncière totale d'un projet d'aménagement. L'on peut alors se demander si cette « complexité foncière » ne nuit pas au bon déroulement d'une opération d'aménagement, à défaut de pouvoir user de la qualité de plein propriétaire, gage de pleine maîtrise. Pour ces raisons, des modes contractuels d'aménagement ont été mis en œuvre par le Législateur pour donner aux personnes publiques compétentes une plus grande souplesse<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> L. 300-4 du code de l'urbanisme :

« L'Etat et les collectivités territoriales, ainsi que leurs établissements publics, peuvent concéder la réalisation des opérations d'aménagement prévues par le présent code à toute personne y ayant vocation. »

« Le concessionnaire assure la maîtrise d'ouvrage des travaux, bâtiments et équipements concourant à l'opération prévus dans la concession, ainsi que la réalisation des études et de toutes missions nécessaires à leur exécution. Il peut être chargé par le concédant d'acquérir des biens nécessaires à la réalisation de l'opération, y compris, le cas échéant, par la voie d'expropriation ou de préemption. Il procède à la vente, à la location ou à la concession des biens immobiliers situés à l'intérieur du périmètre de la concession. »

<sup>24</sup> Article L. 210-1 du code de l'urbanisme :

« Les droits de préemption institués par le présent titre sont exercés en vue de la réalisation, dans l'intérêt général, des actions ou opérations répondant aux objets définis à l'article L. 300-1 »

<sup>25</sup> L'on pense ici naturellement aux cahiers des charges imposés par l'aménageur d'une zone d'aménagement concerté (ZAC) aux acquéreurs de terrains situés dans l'assiette de cette zone, prévus à l'article L. 311-6 du code de l'urbanisme. Leur approbation par le conseil municipal ou communautaire et l'affichage prévu à l'article D. 311-11-1 du même code leur confère opposabilité aux demandes d'autorisation d'urbanisme.

Au-delà de ce cas particulier très prescriptif, les personnes publiques peuvent procéder plus classiquement à des cessions avec charges, dont le respect de la programmation sera uniquement de nature contractuelle.

<sup>26</sup> L'on pense en premier lieu, même si cet outil est d'ordre financier uniquement, au projet urbain partenarial (PUP) (L. 332-11-3 du code de l'urbanisme) qui permet de faire financer des équipements publics nécessaires à des opérations de construction aux différents pétitionnaires privés.

Malgré ces difficultés opérationnelles de coordination, et en raison de l'ampleur géographique de telles opérations, amenées à demeurer nécessaires pour répondre aux besoins en matière de logements<sup>27</sup>, et de son impact sur l'habitat<sup>28</sup> entendu largement, il est essentiel qu'une opération d'aménagement – peu importe la procédure mise en œuvre – prenne sa part dans la réponse aux enjeux climatiques d'aujourd'hui. Plusieurs outils ont donc été créés à cet effet. C'est la raison d'être du mécanisme d'évaluation environnementale des projets de travaux, d'ouvrages et d'aménagements du code de l'environnement<sup>29</sup>. Cette évaluation est une démarche qui favorise la prise en compte des enjeux environnementaux par des interventions telles qu'une opération d'aménagement qui, par leur nature, leur dimension ou leur localisation, sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine. Ce processus doit permettre de décrire et d'apprécier de manière appropriée les incidences notables d'un projet – entre autres – sur la biodiversité et les terres, le sol, l'eau et l'air. A ce titre, devront être précisées les « *mesures prévues par le maître de l'ouvrage pour : – éviter les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine et réduire les effets n'ayant pu être évités ; – compenser, lorsque cela est possible, les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine qui n'ont pu être ni évités ni suffisamment réduits* »<sup>30</sup>. De même, celui-ci devra justifier « *des modalités de suivi des mesures d'évitement, de réduction et de compensation proposées* »<sup>31</sup>. Est ainsi précisée la séquence dite « ERC » - éviter-réduire-compenser – qui est née dans la doctrine administrative du Ministère de l'Environnement dans les années 1970 et formalisée dans la loi de 1976 pour la protection de l'environnement<sup>32</sup>. Cette séquence est aussi présentée comme un instrument de compromis pour concilier aménagement et environnement dans un système qui recherche un nouveau modèle de développement n'opposant plus l'économie et la nature. A ce titre, les opérations d'aménagement sont pleinement concernées par cette séquence ERC, et ce quelle que soit leur taille aujourd'hui<sup>33</sup>.

---

L'on pense également au projet partenarial d'aménagement (PPA) apporté par la loi ELAN du 23 novembre 2018 dans l'article 1<sup>er</sup>, qui permet la contractualisation d'un projet entre l'État, l'intercommunalité et tous les acteurs locaux, publics ou privés, amenés à intervenir, ce qui donne lieu dans les faits à des instances communes pérennes et un soutien financier de l'Etat.

<sup>27</sup> REY-LEFEBVRE I., « Immobilier : la France souffre d'une grave pénurie de logements abordables », Le Monde. [en ligne]. Site disponible sur : [https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/09/10/immobilier-la-france-souffre-d-une-grave-penurie-de-logements-abordables\\_6094101\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2021/09/10/immobilier-la-france-souffre-d-une-grave-penurie-de-logements-abordables_6094101_3232.html).

<sup>28</sup> Par habitat nous entendons le secteur du bâtiment en lui-même mais aussi et surtout les externalités en matière d'aménagement du territoire à long terme : besoins d'infrastructures de transport notamment, artificialisation des sols agricoles, l'impact sur la biodiversité, réutilisation des friches urbaines, entre autres.

<sup>29</sup> Articles L.122-1 à L. 122-3-4 et R. 122-1 à R. 122-14 du code de l'environnement.

<sup>30</sup> R. 122-5 du code de l'environnement

<sup>31</sup> *Ibidem*.

<sup>32</sup> BIGARD Charlotte, REGNERY Baptiste, PIOCH Sylvain, THOMPSON John, De la théorie à la pratique de la séquence Éviter-Réduire-Compenser (ERC) : éviter ou légitimer la perte de biodiversité ? Développement durable et territoires, Réseau " Développement durable et territoires fragiles ", 2018.

<sup>33</sup> L'on rappellera que les opérations d'aménagement sont soumises à évaluation environnementale, en fonction de seuils définis à la rubrique 39 de l'annexe à l'article R. 122-2 et à l'article R. 122-2-1 du code de l'environnement :

Au titre de l'évitement, l'objectif qui tend à se développer est de « construire la ville sur la ville » entre dans cette rubrique. L'exemple de la reconversion de friches<sup>34</sup> industrielles en secteur urbain ou périurbain en constitue l'exemple emblématique. L'idée globale de la reconquête d'une friche est de valoriser des espaces qui aujourd'hui ont perdu leur usage, sont sous exploités ou laissés à l'abandon par leur propriétaire. Or cela répond à de nombreux enjeux et objectifs de l'aménagement durable du territoire, au premier rang desquels : maîtriser et si possible éviter l'étalement urbain. Pour cette raison, le gouvernement Castex consacra une partie du plan de relance récent à cet enjeu au travers du « fond friches »<sup>35</sup>. Il s'agit alors d'aider les entités ayant un projet à équilibrer leur bilan d'opération et d'assumer financièrement et techniquement la dépollution et la reconversion du site, ce qui est constitutif d'une opération d'aménagement.

Au titre de la compensation, la sauvegarde de la biodiversité est un enjeu crucial. A ce titre, elle tient une place à part en droit français. Cela s'explique tout d'abord par le fait qu'une partie de la biodiversité bénéficie d'un régime renforcé grâce au régime juridique de protection des espèces protégées<sup>36</sup>. Cela se comprend aussi et surtout par la présence dans

- 
- Soit systématiquement si son terrain d'assiette est supérieur à 10 hectares ou crée une emprise au sol supérieure à 4 hectares dans une zone non urbaine d'un PLU ;
  - Soit après examen au cas par cas de la direction régionale et interdépartementale de l'environnement, de l'aménagement et des transports (DRIEAT en Ile-de-France) lorsque terrain d'assiette est compris entre 5 et 10 hectares ou tant que sa surface de plancher ou son emprise au sol demeure supérieure à 1 hectare ;
  - Soit en vertu du récent mécanisme de la « clause-filet » introduite par décret n° 2022-422 du 25 mars 2022 qui permet à l'autorité compétente pour autoriser le projet de soumettre le projet à examen au cas par cas de la DRIEAT.

<sup>34</sup> L'article 222 de la loi climat et résilience précitée en donne pour la première fois une définition à l'article L. 111-26 du code de l'urbanisme :

*« Au sens du présent code, on entend par " friche " tout bien ou droit immobilier, bâti ou non bâti, inutilisé et dont l'état, la configuration ou l'occupation totale ou partielle ne permet pas un réemploi sans un aménagement ou des travaux préalables. »*

L'on notera qu'il ne s'agit pas d'une définition concrète appréciant des caractéristiques physiques d'un site, mais d'une définition négative et fonctionnelle.

<sup>35</sup> Plus précisément, c'est un fond doté de 750 millions d'euros sur 2021-2022 sous forme de subventions pour financer le recyclage des friches ou la transformation de foncier déjà artificialisé (acquisition, dépollution, démolition) ainsi que des projets de reconversion de friches polluées issues d'anciens sites industriels ICPE ou sites miniers, destinées à tous types de maîtres d'ouvrages (collectivités, entreprises publiques locales, bailleurs sociaux, établissements publics d'Etat, entreprises privées).

Source : <https://www.economie.gouv.fr/plan-de-relance/mesures/fonds-recyclage-friches>

<sup>36</sup> En vertu des directives européennes 2009/147/CE du 30 novembre 2009 du Parlement européen et du Conseil concernant la conservation des oiseaux sauvages (JOUE L 020 du 26 janvier 2010) d'une part, et 92/43/CEE du Conseil du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages (JOUE L 020 du 26 janvier 2010) d'autre part, les États membres sont tenus de mettre en œuvre deux grandes catégories de dispositions : ils doivent instaurer un régime de protection strict de toutes les espèces d'oiseaux sauvages en Europe, ainsi que d'autres espèces en danger énumérées annexées dites « espèces protégées » ; il leur faut procéder à la désignation de sites principaux pour la protection des espèces et des types d'habitats énumérés ainsi que pour les oiseaux migrateurs. Ensemble, ces sites désignés forment un réseau écologique de zones naturelles, connu sous le nom de « réseau européen Natura 2000 ».

le code de l'environnement, depuis la loi de 2016 pour la reconquête de la biodiversité<sup>37</sup>, d'un chapitre entier dédié aux mesures de compensation écologique<sup>38</sup>, venant unifier les différents régimes de compensation antérieurs. On le comprend, une opération d'aménagement a de fortes chances de devoir comporter de telles mesures de compensation, soit qu'elle se situe – mais cela est de plus en plus rare – sur des espaces naturels, agricoles et forestier, soit qu'elle se situe en extension urbaine c'est-à-dire sur les franges encore peu urbanisées d'une agglomération, soit qu'elle se situe sur une friche où les années d'abandon du site ont permis un redéveloppement de la biodiversité.

En complément d'une « complexité foncière » et de la pluralité des intervenants, se surajoute ainsi une technicisation environnementale accrue des opérations d'aménagement, d'un double point de vue temporel. D'une part, les incitations à reconvertir des friches poussent à aménager avec l'existant, fruit d'activités industrielles passées. D'autre part, les actions de compensation écologiques exigent, pour être efficaces, de s'assurer de leur pérennité. Un dommage causé à l'environnement en matière de biodiversité pour cause d'aménagement du territoire est par essence définitif. Dès lors, les mesures compensatoires doivent permettre sur le temps long une compensation au moins égale à la perte de biodiversité.

Or quel est le contexte d'une opération d'aménagement ? Sur le premier volet relatif à la gestion d'un passé industriel, bien souvent l'exploitant a disparu juridiquement, ou n'a plus les capacités financières pour gérer sa pollution. De plus, le propriétaire du site peut ne pas avoir la connaissance fine du site pollué et n'a pas nécessairement les compétences requises pour assurer en propre la reconversion de son site pollué. Sur le second volet relatif à la compensation écologique, la temporalité d'un aménageur ne coïncide absolument pas avec la préoccupation de pérenniser ces mesures. Une opération d'aménagement durant entre cinq et vingt-cinq ans, elle ne saurait prétendre au long terme. De plus, à supposer qu'une personne publique mène en régie une opération d'aménagement, les alternances politiques ne sont pas gage de pérennité. Certes, l'existence des personnes publiques est supposée s'inscrire dans la durée, bien davantage que celle des personnes privées lucratives. Pour autant, la personnalité juridique ne suffit pas et un volontarisme politique constant serait nécessaire sur le temps long.

Face à tous ces enjeux – complexité foncière, enjeux environnementaux, technicisation et donc externalisation, prise en compte du long terme – des outils (ré)apparaissent, à savoir les contrats portant des droits réels, généraux ou spéciaux. Il s'agit tout d'abord de contrats, qui permettent une externalisation, puisqu'un contrat suppose une pluralité de volonté tout

---

<sup>37</sup> Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

<sup>38</sup> Code de l'environnement, Livre 1<sup>er</sup> Dispositions communes, Titre VI Prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement, Chapitre III Compensation des atteintes à la biodiversité

en donnant naissance à des obligations<sup>39</sup>. Or le droit de l'environnement s'inscrit dans un mouvement de contractualisation, dans le sens où le droit de l'environnement passe de plus en plus par des outils contractuels<sup>40</sup>. La Doctrine environnementaliste identifie à cet égard des « *contrats environnementaux* », comme ceux relatifs à la gestion des espaces naturels, ou ceux de gestion de la pollution des sols, et remarque que les données environnementales informent de plus en plus certains contrats. Se dégage aussi l'idée que l'action publique en matière environnementale tend à se contractualiser, la forme contractuelle permettant plus aisément de susciter les initiatives privées. Ajoutée à la forme contractuelle, la nature réelle de ces contrats implique que les obligations naissant relativement à un bien – immobilier tel d'un qu'un terrain – sont censées ne pas s'éteindre avec un changement de cocontractant<sup>41</sup>. Passer par des contrats de nature réelle sous-tend également qu'un propriétaire accepte de s'obliger vis-à-vis de son bien, et donc d'encadrer ses pouvoirs de propriétaires, sans se déposséder. L'intérêt d'avoir recours aux mécanismes impliquant des droits réels est donc double : opposables *erga omnes* dès leur publication, ils permettent également une certaine durabilité de la protection du bien. Ces opérations de démembrement de propriété semblent donc être, a priori, un bon compromis entre protection de l'environnement et conciliation avec les propriétaires fonciers, notamment dans le cadre d'opération d'aménagement intéressant de multiples propriétaires.

Dans ce contexte de contractualisation du droit de l'environnement au travers de contrats relatifs à des droits réels, un en particulier reste encore confidentiel et à ce titre méritait l'attention portée par ce mémoire : la fiducie. Cela est assez étonnant, essentiellement au regard du contexte de sa naissance, qui ne préfigurait en rien un usage environnemental, *a fortiori* en matière d'opération d'aménagement.

Cette notion peu connue jusqu'à récemment du droit français fait sa réapparition en droit français au travers d'une loi qui lui est spécifiquement dédiée : la loi n°2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Le terme de réapparition est en effet préférable puisque ce contrat tire ses sources avec évidence du *trust* anglo-saxon et de la *fiducia* romaine<sup>42</sup>. La fiducie de droit français dispose aujourd'hui d'un titre XIV intitulé « De la fiducie » au sein du livre III du Code civil relatif aux différentes manières dont on acquiert la propriété. Son article 2011 énonce sa définition comme suit : « *la fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur*

---

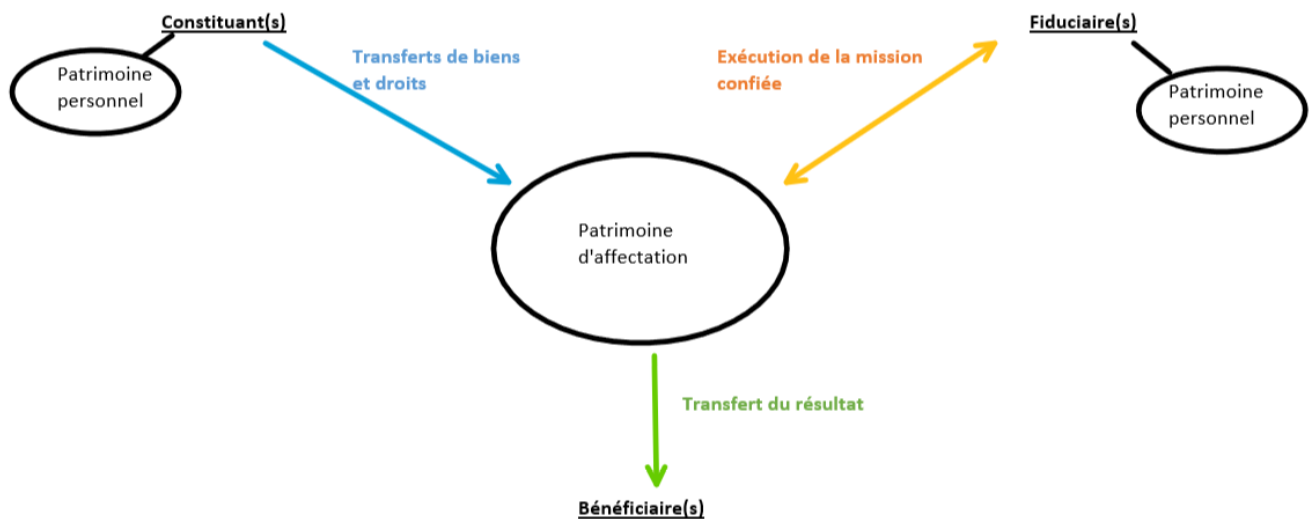
<sup>39</sup> Article 1101 du Code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations.* »

<sup>40</sup> MONTEILLET Vanessa, la contractualisation du droit de l'environnement, Thèse de doctorat d'université, Montpellier : Université, 2017,

<sup>41</sup> Par opposition, les contrats de droits personnels créent des rapports uniquement entre un créancier et un débiteur et portent sur des obligations de faire, de ne pas faire ou de donner. Un droit personnel ne s'exerce donc que contre une personne, ce qui pas idéal juridiquement à défaut de pouvoir personnifier aisément l'environnement.

<sup>42</sup> Ces points seront abordés ci-après.

*patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ». Est donc d'ores-et-déjà perceptible une de ses caractéristiques : la translation de propriété, au sein d'un jeu triangulaire.



Production personnelle

A la lecture tant de l'exposé des motifs de la proposition de loi<sup>43</sup>, que du rapport de la commission des lois de l'Assemblée nationale<sup>44</sup>, il ressort que cet outil n'a pas été pensé pour aborder des sujets environnementaux. En effet, ces deux textes préparatoires exposent que cet outil est déjà à l'époque largement utilisé dans les pays anglo-saxons mais pas uniquement. Or, dans un contexte de concurrence des systèmes juridiques, se priver d'un outil loué hors des frontières françaises pour sa souplesse en matière commerciale, aboutirait nécessairement à des délocalisations juridiques de certaines opérations. Les parlementaires d'alors ont en effet été très à l'écoute des praticiens, nombreux à réclamer l'introduction de la fiducie, dont les applications de gestion ou de garantie ont été vantées. Le sénateur Marini résume la crainte exposée : « *La France ne peut pas rester insensible à la globalisation de cet instrument juridique* », après avoir cité les nombreux Etats qui ont opté jusqu'à très récemment pour une reconnaissance pleine et entière de la fiducie.

Le postulat était donc le suivant : « *le code civil ne prévoit ni ne régit d'institution équivalente au « trust » des pays de droit anglo-américain qui permet, en particulier, à une personne, le constituant (settlor), de transférer la propriété de droits lui appartenant à un «*

<sup>43</sup> Proposition de loi n°178 instituant la fiducie présentée par le sénateur Philippe Marini, le 8 février 2005, rapporteur de la commission des finances du Sénat.

<sup>44</sup> Rapport n°3655 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée Nationale du député Xavier de Roux, député de la commission des lois de l'époque sur la proposition de loi adoptée par le Sénat, instituant la fiducie

*trustee* », afin de les administrer, non dans l'intérêt propre de ce trustee mais pour réaliser un objet déterminé »<sup>45</sup> et pour un bénéficiaire, déterminé ou déterminable.

La principale innovation réside donc dans la possibilité, via un contrat nommé<sup>46</sup>, de créer un patrimoine d'affectation. Cette seule caractéristique justifiait le recours à une loi pour introduire la fiducie, afin de prévoir une exception au principe d'unicité du patrimoine caractérisant le droit français. Sur le fondement de cette théorie d'AUBRY et RAU, il est enseigné qu'une même personne ne peut avoir qu'un seul patrimoine<sup>47</sup>. Ainsi, la théorie concurrente du patrimoine d'affectation a rapidement été écartée pour incompatibilité totale avec le droit français.

La fiducie, constitutive d'une réelle dérogation, a lieu dans un jeu essentiellement triangulaire, dont l'initiative revient au constituant. En tant que propriétaire des biens ou des droits, il lui revient de transférer des actifs en fiducie. Ainsi, la fiducie naît de son intérêt initial. Aussi central soit-il, ce rôle devient rapidement secondaire lorsqu'intervient le rôle du fiduciaire, qui récupèrera ce patrimoine fiduciaire. Ce fiduciaire, par la confiance qu'il reçoit du constituant, mettra en œuvre la fiducie et devra gérer et administrer les biens et droits mis en fiducie conformément au contrat de fiducie. Et ce, au besoin en faisant appel à d'autres intervenants avec lesquelles il contractera. Un troisième rôle doit être assuré : le bénéficiaire. Cette qualité peut se cumuler avec celle de constituant ou de fiduciaire, ou faire appel une autre personne, et il y aura entiercement<sup>48</sup>. Enfin, de multiples professionnels du droit, au premier rang desquels les membres de l'avocature, ou d'autres champs de compétence prendront place au cours de l'exécution du contrat de fiducie (experts techniques, experts-comptables, notaires, administrateurs de biens).

Puisque la fiducie est certes une innovation sur le plan civil mais *a priori* dénuée de toute raison d'être de nature environnementale, pourquoi une partie de la Doctrine s'intéresse-t-elle à cet outil dans un tel contexte ? La raison est la suivante : la fiducie semble offrir une réponse souple aux problématiques d'une opération d'aménagement : externalisation des obligations d'ordre environnemental coïncidant avec l'émergence de

---

<sup>45</sup> Proposition de loi précitée, propos liminaires.

<sup>46</sup> En effet, des succédanés de patrimoine d'affectation, innomés, préexistaient. Voir *infra*.

<sup>47</sup> « Selon la théorie du patrimoine d'affectation, le patrimoine correspond à l'affectation d'une masse de biens à un but, ce but pouvant être soit la conservation des biens, soit leur liquidation, soit leur administration. L'intérêt de cette théorie est d'admettre qu'une même personne puisse avoir plusieurs patrimoines différenciés par la diversité de leurs affectations. Corrélativement, le patrimoine fiduciaire sur lequel repose le trust était inenvisageable. Cette analyse faite à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle est devenue une icône de la pensée juridique française qu'il faudrait (ne) toucher que d'une main tremblante. [...] Comme le relève M. MALAURIE, il en résulte que « la tradition française, issue de 1789, a du mal à admettre que la propriété puisse être mise au service d'intérêts différents de ceux du propriétaire ».

Source : ODY B., « De l'acception du trust dans l'instauration de la fiducie en France. » In : Revue juridique de l'Ouest, N° Spécial 2011. Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie. p. 171-186. [En ligne]. Disponible sur : [https://www.persee.fr/doc/juro\\_0990-1027\\_2011\\_hos\\_24\\_1\\_4327](https://www.persee.fr/doc/juro_0990-1027_2011_hos_24_1_4327).

<sup>48</sup> Voir *infra*.

nouvelles figures juridiques dédiées posées par le Législateur. Et ce, en posant une nouvelle alternative en droit des biens : la propriété affectée.

Tout d'abord, la fiducie revêt bien la forme contractuelle<sup>49</sup> et s'inscrit donc dans les mouvements de contractualisation évoqués ci-avant. Ensuite, il s'inscrit parfaitement dans le jeu de cessions et d'acquisitions propres aux opérations d'aménagement, en ce qu'elle est translatrice de propriété<sup>50</sup>, point qui sera développé ultérieurement. Un propriétaire pérenne sera donc identifié sans ambiguïté, et à ce titre responsable de sa propriété. L'intérêt de la fiducie réside aussi et surtout dans le caractère finalisé de ce transfert de propriété<sup>51</sup>, le Code civil laissant entière liberté contractuelle aux contractants pour définir but assigné au nouveau propriétaire.

Ce faisant, deux obligations d'ordre environnemental pourront informer le contrat de fiducie, que la Doctrine qualifie dans ce cas de « *fiducie-gestion* » (partie seconde). La première obligation environnementale pouvant être l'objet d'une fiducie est celle de compensation écologique, au titre de la séquence ERC telle qu'évoquée précédemment. Une évolution législative récente a également permis au débiteur d'une telle obligation de la faire exécuter par un tiers : l'opérateur de compensation. Dans ce cas de figure, un aménageur ou promoteur immobilier débiteur de l'obligation, sera constituant, et transfèrera le terrain et/ou les fonds nécessaires pour que le fiduciaire assure les opérations de compensation. La seconde est l'obligation de réhabilitation d'un site pollué par une installation classée au titre du code de l'environnement (ICPE) pour rendre compatible les sols avec un usage futur déterminé<sup>52</sup>. En principe, cette obligation pèse sur le dernier exploitant ou le propriétaire du site. Mais une évolution législative relativement récente a permis qu'un tiers puisse prendre à charge cette obligation : le tiers intéressé<sup>53</sup>. A ce titre, la fiducie pourra servir d'*instrumentum* aux transferts de propriété et de l'obligation de réhabilitation à ce tiers, aménageur ou promoteur.

Un second type de fiducie intéresse ce dernier volet, en ce qu'elle peut avoir pour objet de garantir un passif environnemental : la « *fiducie-sûreté* » (Partie première). Cette possibilité de garantir un passif est expressément visée par le titre du Code civil « De la fiducie » puisqu'à de multiples reprises est rappelé qu'elle peut avoir pour objet « *biens, des droits ou des sûretés* »<sup>54</sup>. Le but assigné à ces fonds transférés en guise de sûreté est de

---

<sup>49</sup> Article 2012 du Code civil :

« *La fiducie est établie par la loi ou par contrat* ».

<sup>50</sup> Article 2011 du Code civil précité.

<sup>51</sup> Art. 2011 préc.

<sup>52</sup> Articles L. 512-6-1, L. 512-7-6 et L. 512-12-1 du code de l'environnement.

<sup>53</sup> Article 173 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi ALUR.

<sup>54</sup> Articles 2011, 2012, 2018, 2025, 2030 du Code civil ; rapport de Roux précité : « Les sûretés se trouvent aussi explicitement visées, alors qu'on aurait pu tout aussi bien considérer qu'elles relèvent de la catégorie des droits

pouvoir être appelés en cas de réalisation d'un risque. Concernant le secteur de l'aménagement urbain, il peut être de deux ordres. Une fiducie peut tout d'abord garantir un terrain potentiellement pollué, cas de figure fréquent. Les fonds fiduciaires seront appelés en cas de découverte d'une pollution inconnue au moment de la vente d'un terrain potentiellement pollué. Egalement, une fiducie-sûreté peut être constituée par un tiers intéressé à la reprise en réhabilitation d'un site accueillant une ancienne ICPE. Le code de l'environnement exige en effet de ces acteurs qu'ils constituent des garanties financières pour couvrir le risque de leur propre défaillance à réhabiliter le site ou de leur disparition juridique à la suite d'une procédure collective. Ici, l'aménageur tiers intéressé constituerait une fiducie au profit de l'Etat, qui pourra en mobiliser les fonds en cas de défaillance de l'aménageur, et ainsi éviter de recourir aux deniers publics.

Le caractère novateur de la fiducie explique une autre de ses caractéristiques : restriction légale quant à la qualité de fiduciaire. En effet, les travaux préparatoires de la loi instituant la fiducie relatent les réticences des Ministères de la Justice et des Finances ainsi que d'une partie de la Doctrine quant à la réception en droit français d'une pleine gestion pour le compte d'autrui. Il en résulte aujourd'hui que le Code civil identifie trois catégories de personnes – sur lesquels les pouvoirs publics estiment exercer un contrôle suffisant – pouvant être fiduciaires : les établissements de crédit, des institutions publiques financières telles que la Caisse des dépôts et des consignations (CDC), et les membres de la profession d'avocat<sup>55</sup>. Ainsi, lorsque le bénéficiaire de la fiducie n'est ni le constituant ni le fiduciaire, un entierement est nécessaire, c'est-à-dire que la qualité de bénéficiaire porte sur la tête d'une autre personne. Aussi, en cas de réalisation de l'objectif assigné au fiduciaire, ce dernier se retournera vers le bénéficiaire afin de respecter sa mission.

Au-delà d'un a priori positif, quel est le réel potentiel de la fiducie en matière d'opération d'aménagement ?

---

réels accessoires. M. Henri de Richemont ne cache d'ailleurs pas, dans son rapport, que cette mention figure davantage pour rassurer les milieux économiques concernés que par véritable nécessité juridique. ».

<sup>55</sup> L'article 2015 du Code civil désigne précisément les personnes habilitées à être fiduciaires :

- établissements de crédit cités du code monétaire et financier (personnes morales effectuant à titre de profession habituelle des opérations de banque et des opérations connexes à leurs activités)
- les institutions et services que sont le Trésor public, la Banque de France, La Poste, l'Institut d'émission des départements d'outre-mer et la Caisse des dépôts et consignations ;
- les entreprises d'investissement (personnes morales, autres que les établissements de crédit, qui fournissent des services d'investissement à titre de profession habituelle) ;
- les entreprises d'assurance régies par le code des assurances (assurances sur la vie et assurances sur les risques de dommages corporels) ; les membres de la profession d'avocat.

## PARTIE PREMIERE

### La fiducie-sûreté au service de la maîtrise du risque environnemental d'une opération d'aménagement

L'intérêt pour les sites pollués ne résulte pas d'un attrait pour le risque, mais s'explique en partie par un contexte économique résultant de la rareté foncière. Les centres-villes français ne peuvent être densifiés qu'à la marge. D'un autre côté, la lutte contre l'étalement urbain commande de prendre conscience de l'urbanisation pavillonnaire et de la sanctification des espaces agricoles. Pour autant, les besoins en logements demeurent importants. Dès lors, restent les terrains plus compliqués à aménager. Du fait de l'histoire industrielle française, il s'agit pour l'essentiel de terrains qualifiés de friches, du fait de présences de pollution, de situations géotechniques<sup>56</sup>. L'appréhension de ces terrains passent donc par une meilleure connaissance du risque et une minimisation de ses effets.

#### I. La fiducie : « Reine des sûretés »

Le risque le plus évident pour les acteurs économiques est celui relatif à leur vente. Egalement, lorsqu'un aménageur ou promoteur immobilier désire s'investir dans la réhabilitation de tels sites, des garanties lui seront demandés pour s'assurer de la bonne exécution des opérations, y compris en cas de sa propre défaillance. Pour encadrer ce risque, la fiducie-sûreté présente un intérêt.

En matière de sites pollués, les différents acteurs doivent présenter des garanties vis-à-vis de leur partenaire, soit sur les terrains qu'ils vendent, soit sur leurs capacités. Chaque acteur A est donc susceptible à un moment donné d'être débiteur d'une garantie vis-à-vis d'un autre acteur B, qui sera son créancier. Dès lors, ces débiteurs ont à disposition des outils juridiques pour rassurer leur créancier : les sûretés.

Un principe énonciateur est contenu à l'article 2284 du Code civil, qui entame le livre IV dédié aux sûretés : « *Quiconque s'est obligé personnellement, est tenu de remplir son engagement sur tous ses biens mobiliers et immobiliers, présents et à venir.* ». La fiducie prend place au sein des sûretés dites réelles, reposant sur la technique de l'affectation préférentielle ou exclusive d'un bien ou d'un ensemble de biens au profit du créancier. Le droit réel le plus étendu – à savoir la propriété même – est ainsi conféré au créancier sur un ou plusieurs biens immobiliers<sup>57</sup> – qui produira ses effets en cas de défaillance du débiteur.

---

<sup>56</sup> BOUTONNET M., HERRNBERGER O., MEKKI M., La dépollution est une notion relative à un projet, un objet, elle n'est pas un concept absolu..., JCP N, 2013, n°39, p. 16-20

<sup>57</sup> Articles 2329 et 2375 du Code civil

Le mécanisme de fiducie-sûreté puise son fondement dans une des variantes de la *fiducia* de droit romain, pratiquée couramment jusqu'au Bas-Empire. Comme souvent pour une sûreté, ce n'était pas un contrat autonome mais un *pactum fiduciae* basé sur la confiance adjoint à un transfert de propriété solennel. Ce pacte permettait au propriétaire initial de transférer un bien à un tiers à des fins de gestion pour une durée, au terme de laquelle il le recouvrerait. La variante qui réapparaît sous les traits de la fiducie-sûreté se dénommait *fiducia cum creditore*<sup>58</sup>.

Le régime contemporain de l'aliénation fiduciaire à titre de sûreté à la française calque son régime pour l'essentiel sur cette *fiducia cum creditore*. « Elle se présente comme un contrat par lequel un débiteur transfère à son créancier la propriété d'un bien afin de garantir le paiement de sa dette ; la propriété se voit ainsi mise au service d'un objectif exclusif : le paiement préférentiel d'une créance. »<sup>59</sup>. Si le débiteur-constituant remplit ses obligations vis-à-vis de son créancier, il recouvrera les biens mis en fiducie de la part du fiduciaire, et non le créancier qui ne pourra pas avoir la qualité de bénéficiaire<sup>60</sup>. Dans le cas contraire, deux hypothèses sont à distinguer. Soit le fiduciaire est aussi le créancier et il cumulera alors la qualité de bénéficiaire ; il acquerra définitivement la libre disposition du bien cédé à titre de garantie. Soit le fiduciaire n'est pas le créancier et le bénéficiaire est donc une autre personne (entièrement) ; le bénéficiaire peut exiger du fiduciaire la remise du bien, dont il peut alors librement disposer, ou, si la convention le prévoit, la vente du bien et la remise de tout ou partie du prix<sup>61</sup>.

---

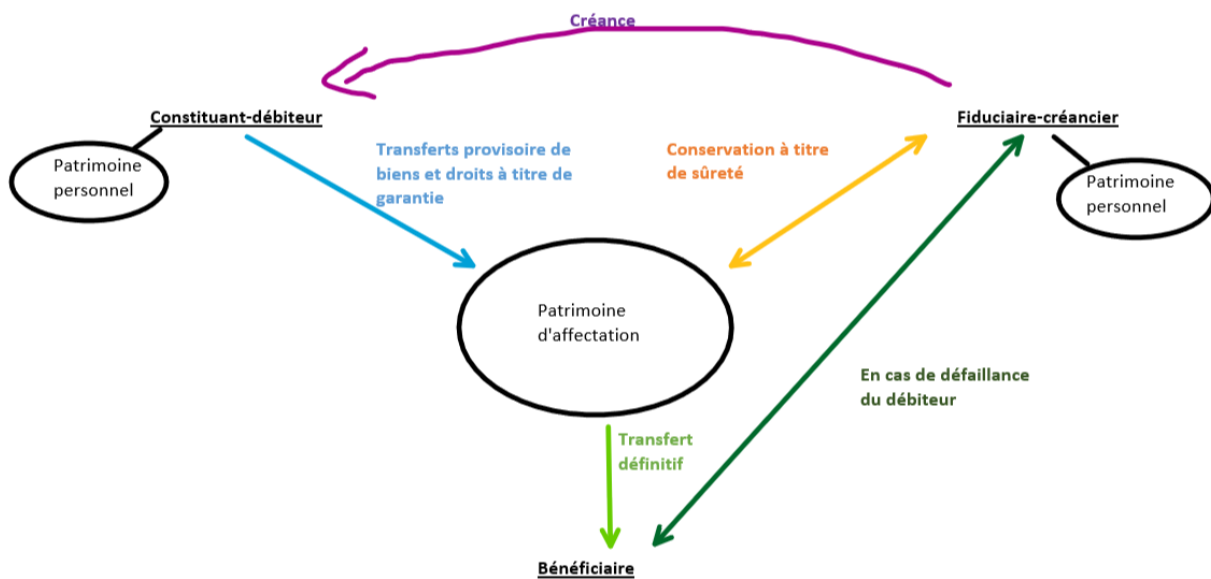
<sup>58</sup> Elle permettait à une personne ayant un besoin de crédit de céder l'un de ses biens à son créancier pour garantir sa dette. En cas de défaillance dans le remboursement de la dette, le créancier pouvait au choix vendre le bien pour se désintéresser sur le prix de vente, ou conserver à titre définitif la propriété du bien. ESTIENNY F., POULMAIRE D., La Fiducie pour les nuls, Paris : First Editions, 2022

<sup>59</sup> Rapport De Roux préc.

<sup>60</sup> Article 2030 du Code civil :

« Lorsque le contrat de fiducie prend fin en l'absence de bénéficiaire, les droits, biens ou sûretés présents dans le patrimoine fiduciaire font de plein droit retour au constituant. »

<sup>61</sup> Article 2488-3 du Code civil



Production personnelle

Quel attrait par rapport aux autres sûretés réelles sur des immeubles – tels que les privilèges, le gage immobilier – et en particulier l’hypothèque ? Tout d’abord, la fiducie officialise l’instrumentalisation de cette propriété aliénée et est le prolongement abouti de fiducies innomées : l’hypothèque et le gage. Quant à l’hypothèque, celle-ci ne transfère pas immédiatement le bien hypothéqué – seule une procédure judiciaire de saisie immobilière existe – et confère essentiellement un droit de préférence sur le prix de vente ainsi qu’un droit de suite sur l’immeuble. En somme, le bien hypothéqué reste dans le patrimoine du débiteur. Quant au gage, si le débiteur n’honore pas sa dette, le créancier gagiste peut seulement demander que la Justice en ordonne la vente pour se désintéresser, même si le gage s’accompagnait d’une dépossession du débiteur.

Comparativement, la fiducie est « réellement » translatrice de propriété vers un patrimoine d’affectation appartenant au fiduciaire. Aussi, en cas de manquement du débiteur-constituant, le bien transféré à titre de garantie ne lui appartient d’ores-et-déjà plus. Également, la fiducie ne confère pas un droit de préférence mais un droit d’exclusivité – caractéristique de la propriété – donnant ainsi une priorité absolue. En conséquence, l’ouverture d’une procédure de sauvegarde, de redressement ou de liquidation judiciaire à

l'encontre du constituant-débiteur n'affecte pas le patrimoine mis en fiducie<sup>62</sup>. Le créancier pourra malgré ces procédures en acquérir la libre disposition de manière définitive.

La fiducie-sûreté se démarque donc par son exclusivité et « *la propriété transférée à titre de garantie devient alors maximale* »<sup>63</sup>. Aucune concurrence des créanciers – mêmes privilégiés – n'est donc en principe à craindre<sup>64</sup>. Le fait que ce patrimoine d'affectation soit transféré au fiduciaire confère un autre avantage pour le créancier : la protection du patrimoine fiduciaire des créanciers du constituant<sup>65</sup>.

Précisons que la fiducie témoigne d'une grande souplesse en ce qu'elle peut être sans dépossession s'il existe une convention laissant le bien à la disposition du constituant ou avec dépossession en l'absence d'une telle convention<sup>66</sup>. De même, si l'article 2018 du Code civil indique que le contrat de fiducie doit préciser la durée du transfert qui ne peut excéder 99 ans, à peine de nullité, la Doctrine estime que rien ne fait obstacle à une éventuelle prorogation ultérieure par avenant. De plus, la fiducie peut prendre fin par la réalisation anticipée du but poursuivi quand celle-ci est antérieure au terme fixé<sup>67</sup>.

## II. Application de la fiducie-sûreté en matière d'opération d'aménagement

### A) En matière de vente de terrains potentiellement pollués

Comme indiqué plus haut, l'attrait pour l'aménagement des sites pollués résulte à la fois de la rareté foncière et des enjeux de politiques publiques. Dès lors, une opération d'aménagement se caractérisant par un jeu de cessions et d'acquisitions immobilières, la fiducie-sûreté trouve essentiellement à s'appliquer en matière de garantie de passif environnemental. « *Le passif environnemental, entendu au sens large, peut revêtir plusieurs formes : une pollution historique sur le site ou sur un terrain voisin, un incident ou un accident, une demande administrative de mise en conformité, une réclamation d'un tiers ou, la non-obtention ou le retrait des autorisations administratives requises pour l'activité exercée sur le*

---

<sup>62</sup> Article 2024 du Code civil.

<sup>63</sup> HELAINE C., Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 9) : la fiducie utilisée à titre de garantie, Dalloz actualité, 23 septembre 2021

<sup>64</sup> En particulier les salariés, le Trésor public et les organismes sociaux.

<sup>65</sup> Article 2025 du code civil.

Cette protection n'est toutefois pas absolue, puisqu'un droit de suite et la fraude aux droits des créanciers excluent cet effet.

<sup>66</sup> La loi n°2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie a officialisé dans l'article 2018-1 du code civil la pratique consistant à conclure une convention en exécution de laquelle le constituant conserve l'usage ou la jouissance du bien fiduciaire, à l'instar du gage.

<sup>67</sup> Article 2029 du Code civil :

« *Le contrat de fiducie prend fin par le décès du constituant personne physique, par la survenance du terme ou par la réalisation du but poursuivi quand celle-ci a lieu avant le terme.* »

site »<sup>68</sup>. Nous retiendrons l'hypothèse classique d'une pollution – avérée mais surtout potentielle – d'une pollution dans le sol.

Cette question peut d'abord intéresser le propriétaire même d'un site potentiellement pollué – par l'exploitant d'une ICPE par exemple mais pas uniquement<sup>69</sup> – en cas de vente à un aménageur. Ce dernier à son tour pourra procéder à des divisions foncières et vendre des terrains à des promoteurs, qui, même s'ils ont été l'objet de diagnostics voire de mesures de dépollution, comportent un risque de pollution. Ces promoteurs vendront à leur tour leur programmation immobilière, pouvant laisser exister un tel risque.

Classiquement, la pratique use des clauses de garantie de passif environnemental dans un contrat de vente immobilière<sup>70</sup>. Une fois identifié, le passif environnemental doit être réparti entre le vendeur et l'acquéreur, ce qui sera le fruit de négociations précontractuelles. La pratique que j'ai observé au sein de ma structure d'accueil est la suivante : les parties décident que l'acquéreur sera indemnisé par le vendeur à hauteur des coûts de dépollution évalués au moment de la réalisation d'un audit par un expert géotechnique, au regard de l'état environnemental connu lors de celui-ci. Par mes recherches juridiques et les négociations auxquelles j'ai pu assister, je me suis également rendu compte que nombre de contentieux en la matière naissent d'une mauvaise connaissance de l'état environnemental d'un terrain. Cela concerne en Ile-de-France notamment les grands propriétaires fonciers ferroviaires.

Les parties peuvent aussi décider que le vendeur assumera seul les conséquences financières d'une réhabilitation du site exigée par l'Administration en cas d'apparition d'une pollution liée à une exploitation antérieure à la cession. Il peut aussi être décidé que l'acquéreur sera indemnisé par le vendeur des coûts afférents aux travaux supplémentaires de dépollution / réhabilitation, par rapport à l'état environnemental connu lors de la cession.

Quelle serait l'utilité de la fiducie-sûreté en matière de garantie de passif environnemental ? Au même titre que les autres sûretés, un contrat de fiducie peut être conclu afin de garantir les risques de dommages résultant d'une pollution dans des projets de longue durée ou la gestion de déchets à long terme<sup>71</sup>. Le vendeur du terrain est alors

---

<sup>68</sup> PLISSON A., ROHMERT A., La clause de garantie environnementale, comment gérer contractuellement es risques environnementaux, IN : CMS Francis Lefebvre. Actualités [en ligne]. Disponible sur : <https://cms.law/fr/fra/news-information/la-clause-de-garantie-environnementale>.

<sup>69</sup> « ces clauses renvoient aux hypothèses, les plus dangereuses, où le vendeur n'est tenu à aucune obligation légale environnementale. Les hypothèses ne sont pas marginales car les biens pollués sont à 70 % hors ICPE et les ventes de biens pollués sont le plus souvent réalisées par des sociétés commerciales qui se contentent de céder leurs actions, avec un actif comportant des biens immobiliers potentiellement pollués. »

Source : MEKKI M., Cession d'un bien pollué et passif environnemental – Petit guide-âne, Revue des contrats – Développement durable, 2015, p.578-586

<sup>70</sup> PLISSON A., ROHMERT A., préc.

<sup>71</sup> BACROT B., MOREAU J., WERTENSCHLAG B., La fiducie en matière environnementale, AJDI, 2015, p. 748

constituant, et l'acquéreur le bénéficiaire. Précisons que la récente réforme du droit des sûretés permet précisément l'usage de la fiducie-sûreté vis-à-vis d'une obligation future – puisque la pollution est potentielle dans notre hypothèse – à condition d'être déterminable<sup>72</sup>. Une fiducie-sûreté peut ainsi se surajouter à une clause de garantie de passif et elle sera alors une « *garantie de la garantie* »<sup>73</sup>, en ce sens qu'elle mettra à disposition du créancier les biens nécessaires à l'exécution de la clause de garantie de passif.

Quelle serait la valeur ajoutée de la fiducie-sûreté en pareille situation ? Comme étudié plus avant, la fiducie est considérée par une partie de la Doctrine comme une sûreté maximale, en ce qu'elle transfère le titre même de propriété en guise de garantie. Dès lors, les hypothèses envisageables concernent des cas particulièrement risqués.

Un cas de figure verrait un aménageur-constituant transférer un patrimoine à un fiduciaire, en garantie d'une cession immobilière à un promoteur immobilier. Il s'agirait d'un terrain à vendre dont l'aménageur ne souhaite pas retarder une vente mais dont un faisceau d'indices rend fort probable l'existence d'une pollution. A ce titre, le promoteur immobilier souhaite avoir l'assurance de disposer en temps voulu de moyens financiers de pouvoir assumer ce surcoût. Comme indiqué précédemment, la qualité de fiduciaire n'est pas accessible aux professionnels de l'aménagement et de la promotion immobilière. Dès lors, un établissement financier tel que la CDC, accueillera – en tant que fiduciaire – la garantie constituée par l'aménageur-constituant.

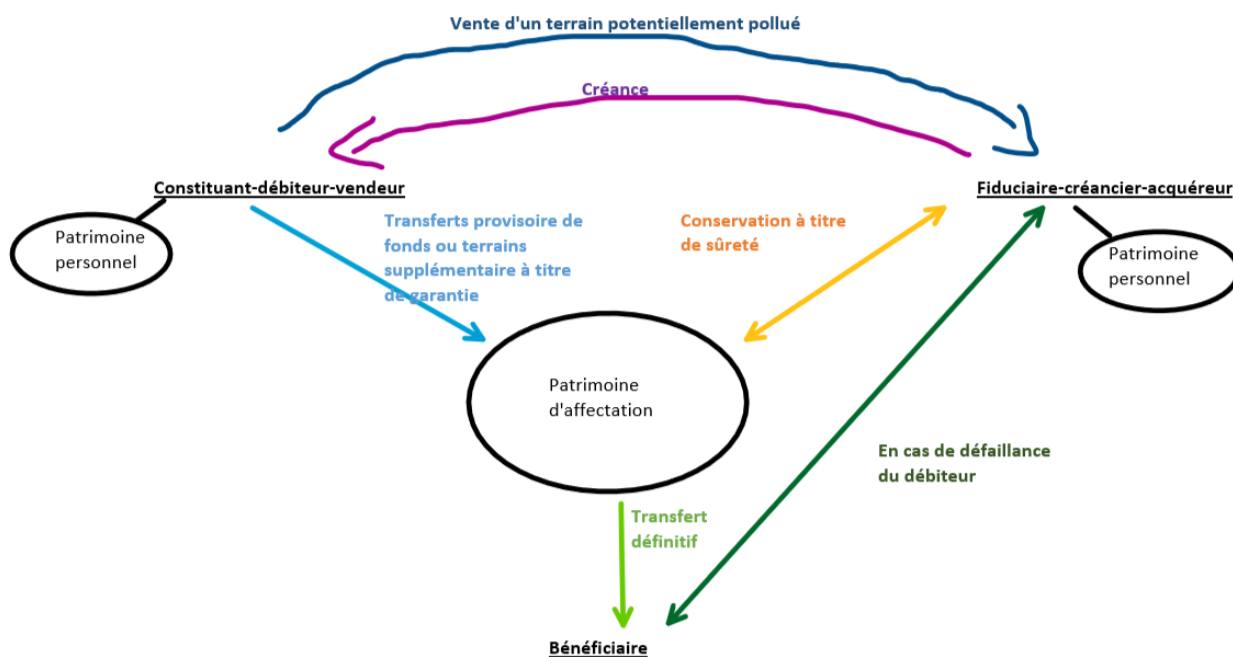
En cas de maîtrise foncière consécutrice de l'aménageur, ce dernier pourrait transférer en fiducie, non pas des fonds, mais un supplément d'assiette foncière qui permettrait en cas de réalisation du risque de permettre au promoteur-bénéficiaire une commercialisation plus conséquente. Les parties pourraient stipuler une franchise de pollution, impliquant que la réalisation du risque sera admise uniquement en cas de dépassement de ce seuil par l'estimation des coûts de réhabilitation du site. Autrement dit, en cas de découverte d'une pollution dont le coût engendré dépasserait la franchise, le promoteur immobilier-bénéficiaire pourra choisir :

- Soit une libre disposition définitive du terrain mis en fiducie, après que la CDC-fiduciaire le lui ait rétrocédé le terrain, anticipant une commercialisation plus importante ;
- Soit si la convention le prévoit, la vente du bien et la remise de tout ou partie du prix, lorsque le besoin de liquidité est sur le court terme.

---

<sup>72</sup> Article 2488-1 du Code civil dans version résultant de l'article 25 de l'ordonnance n°2021-1192 du 15 septembre 2021

<sup>73</sup> MEKKI M., préc.



Production personnelle

Demeure la question du terme du contrat de fiducie. En effet, une date doit être prévue. Puisque cette fiducie-sûreté « garantit » concrètement l'exécution d'une clause de garantie de passif, l'« extinction de la créance garantie par la fiducie-sûreté devrait entraîner, par application du principe de l'accessoire, l'extinction de la fiducie »<sup>74</sup>. Ainsi, la fiducie-sûreté comme la clause de garantie de passif s'éteindrait dans un délai maximal de 10 ans, délai de prescription extinctive des obligations financières liées à la réparation des dommages causés à l'environnement<sup>75</sup>. Les parties pourront également prévoir que la fiducie-sûreté s'éteindra en cas connaissance certaine d'une absence de pollution ou d'une pollution mineure n'ayant aucun impact sur la faisabilité du projet de l'acquéreur-bénéficiaire, notamment à la suite d'une étude géotechnique de sol suffisamment poussée réalisée par l'acquéreur.

#### B) Intérêt de la fiducie en matière de sites et sols pollués : un outil polyvalent au profit des tiers demandeurs

Dans l'optique de reconstruire « la ville sur la ville », ma structure d'accueil projette plusieurs opérations sur situant sur d'anciennes friches ferroviaires dont la SNCF n'a plus l'usage. A condition de relever le défi de leur réhabilitation, ces terrains sont porteurs d'une

<sup>74</sup>BENEDICTE F., Fiducie, 2011 (actualisation mai 2022). In : BENEDICTE F., Répertoire des sociétés Dalloz [En ligne].

<sup>75</sup>MEKKI M., préc., et article L. 152-1 du code de l'environnement.

offre immobilière non négligeable. Les pouvoirs publics ont donc facilité juridiquement la réhabilitation en permettant d'attirer dans le processus de vie des sites ICPE les acteurs susceptibles d'apporter les fonds privés nécessaires à leur réhabilitation : les aménageurs et les promoteurs immobiliers. A cet effet, la loi ALUR a introduit différents mécanismes permettant de faire muter le devenir d'un site ICPE, dont le plus emblématique est la procédure de tiers-demandeur (1). Dans ce contexte, une fiducie-gestion peut servir d'instrument pour organiser et traduire contractuellement les rapports entre les différents intervenants à deux égards : entre l'aménageur/promoteur et les pouvoirs publics (2) et entre le propriétaire-exploitant d'une ICPE et l'aménageur/promoteur (3).

### 1) *Notion de tiers-demandeur*

Après la décennie 1990-2000, ayant vu les politiques publiques dans une démarche d'inventaire des pollutions industrielles et des risques mais aussi sous-tendue par une posture de réparation/sanction, celles-ci ont tourné la gestion de la fin de vie des sites pollués vers un objectif de reconversion et de mise en valeur<sup>76</sup>. « *La friche industrielle, considérée comme un passif industriel presque honteux qu'on reléguait dans les structures de défaisance il y a quelques décennies, est aujourd'hui regardée comme un actif rare. [...] Il n'est qu'à voir les yeux de Chimène que lui réservent les collectivités publiques, les parlementaires, les financiers ou encore les promoteurs, pour comprendre qu'une révolution copernicienne s'est opérée dans les esprits* »<sup>77</sup>. Restait donc à encadrer juridiquement ce processus ; la loi qui en est symptomatique est la loi ALUR de 2014.

La pratique témoignait avant 2014 de constructions contractuelles entre des exploitants en charge de la réhabilitation de leur site et des aménageurs souhaitant accélérer leur reprise, quitte à les remplacer dès l'arrêt définitif. Or l'état de la réglementation de l'époque était toute autre<sup>78</sup>. En effet, jusqu'à cette intervention législative, un mécanisme permettant aux propriétaires ou exploitants d'ICPE initiaux de transférer leurs obligations de remise en état-réhabilitation était sanctionnable. La jurisprudence administrative refusait systématiquement que cette responsabilité soit transférée vers un tiers<sup>79</sup>.

Malgré ces réticences jurisprudentielles face à cette pratique qui se développait, le Ministère de la Transition écologique a choisi de saisir l'opportunité de la loi ALUR pour faire apparaître – au travers de son article 173 – la notion de « tiers-demandeur ». Celle-ci aura pour effet d'étendre considérablement le cercle des débiteurs de l'obligation de

---

<sup>76</sup> BOIVIN J.-P., SOUCHON A., Sites et sols pollués, 3<sup>e</sup> éd., Antony : LE MONITEUR, 2022 (Guides juridiques).

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> CE, 24 mars 1978, n°01291, Société Ka Quinoléine et ses dérivés ; C.E., 8 septembre 1997, no 121904, SARL Sérachrom ; CE, 29 mars 2010, n°318886, Communauté de communes de Fécamp)

réhabilitation, et parallèlement dédoublent un certain nombre d'enjeux sur la tête du « tiers-demandeur ».

Les groupes de travail et le Ministère ont été réceptifs aux attentes des acteurs de la dépollution et de l'aménagement. A donc été créé un article L. 512-21 au code de l'environnement qui permet à un tiers-demandeur de se substituer à l'exploitant pour toute ou partie de son obligation de réhabilitation lors de la mise à l'arrêt définitive de l'installation ou postérieurement, avec l'accord du Préfet<sup>80</sup>.

Cette innovation – qui peut être vu comme une dérogation franche au principe de pollueur-payeur – est au carrefour de plusieurs enjeux. Comme vu précédemment, un des enjeux du réaménagement de friches consiste à la sécurisation de ces opérations au travers du mécanisme de garantie financière. Ce n'est pas le seul. L'aménagement du territoire obéit à des considérations d'intérêt général – besoin en logement, mixités, lutte contre l'habitat indigne. Parallèlement, des contraintes financières spécifiques existent, s'expliquant toutes par l'importance des coûts de dépollution. La première d'entre elles est la prescription en matière de dépollution liée à l'exploitation d'une ICPE. Celle-ci a été légalement fixée à 30 ans à compter de la déclaration de cessation d'activité. La deuxième tient à ce que la disparition de l'exploitant pollueur aura pour conséquence de faire supporter la dette environnementale à l'État<sup>81</sup>, via l'ADEME<sup>82</sup>, ayant grevé par le passé les finances publiques de manière non négligeable<sup>83</sup>. En effet, à défaut d'exploitant et dans le cas où le propriétaire est introuvable,

---

<sup>80</sup> C'est avant tout l'aboutissement d'une mission de plusieurs années d'études et de réflexion conduite par un groupe de travail, à savoir le Conseil supérieur des installations classées depuis 2002 et reprise par le Conseil supérieur de la prévention des risques industriels et technologiques en 2010. Ce travail de fond émergea au moment de la loi ALUR de 2014, qui avait sur ce point notamment pour objectifs de :

- « Encourager l'engagement des acteurs publics et privés dans le redéploiement des friches industrielles vers un usage résidentiel, répondant aux besoins urgents en habitat » ;

- « Opérer une clarification des responsabilités des acteurs et établir un cadre sécurisé propice à la réhabilitation des friches, dans le respect du principe pollueur-payeur, alors que l'incertitude des règles actuelles paralyse les acteurs du secteur, n'ayant pas l'expérience de la gestion des sites pollués ».

Source : JEGOUZO Y., LEBRETON J.-P., STEICHEN P., La réforme du droit des sites pollués : commentaire de l'article 173 de la loi ALUR du 24 mars 2014 [en ligne]. In : GRIDAUH. Disponible sur : <https://www.gridauh.fr/fr/node/13599>.

<sup>81</sup> Article L. 556-3 du code de l'environnement. Notons malgré tout que cette disposition ne mentionne qu'une possibilité :

*« Lorsque, en raison de la disparition ou de l'insolvabilité de l'exploitant du site pollué ou du responsable de la pollution, la mise en œuvre des dispositions du premier alinéa du présent l n'a pas permis d'obtenir la réhabilitation du site pollué, l'Etat peut, avec le concours financier éventuel des collectivités territoriales, confier cette réhabilitation à l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie. »*

<sup>82</sup> L'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie

<sup>83</sup> Les praticiens de ce domaine ont en mémoire les affaires « CITRON » et « LGD Limeil Brévannes », qui ont mis en œuvre les sommes significatives que l'Etat déboursa pour permettre l'élimination des déchets laissés sur site après exploitation. Dans la 1<sup>ère</sup>, le Centre International de Traitement et de Recyclage des Ordures Novices, à Rogerville, ville voisine du Havre, fut mise en liquidation judiciaire en 2010, laissant le site à l'abandon. À la suite de nombreuses plaintes à propos de déchets toxiques, dont une partie est en auto-combustion à l'extérieur de l'usine, laissés sur le site, l'Etat dût débloquer environ 1,5 million d'euros pour l'assainir. Dans la seconde, un immense tas de déchets s'était accumulé sur un site de transit puis de stockage anciennement géré par l'entreprise de récupération et de recyclage de déchets LGD Développement, à Limeil-

un tel site deviendrait sans maître et regagnerait donc la propriété de l'État<sup>84</sup>. Pour pallier cette situation de fait, une des solutions a été d'introduire puis d'élargir le mécanisme des garanties financières<sup>8586</sup>. Egalement, les services déconcentrés de l'État puis la jurisprudence nationale ont essayé, sur le fondement du droit des déchets, fait supporter la dette environnementale des sites et sols pollués au propriétaire du site<sup>87</sup>. Une autre solution consiste à autoriser des acteurs extérieurs intéressés – financièrement parlant – à la réhabilitation de ces friches, vues par eux comme un actif immobilier valorisable : la procédure tiers-demandeur.

Lorsque l'exploitant de l'ICPE substitué est existant et connu, deux étapes principales se succèdent, et illustre le dédoublement des obligations de cessation d'ICPE sur cet autre acteur. Tout d'abord, le projet du tiers demandeur doit recevoir l'aval de l'ensemble des parties prenantes, au premier rang desquels l'ancien exploitant. S'en suivent, lorsque le tiers-intéressé décide de changer l'usage futur du site initialement prévu ou que celui-ci n'était pas défini :

- L'avis favorable du maire ou du président de l'EPCI compétent en matière d'urbanisme ;
- Celui et du propriétaire – si ce n'est déjà l'exploitant.

La seconde étape consiste à obtenir l'accord du Préfet. A cet effet, le tiers demandeur lui adresse une demande d'accord préalable comprenant notamment la proposition du type d'usage envisagé. Le Préfet détermine l'usage qu'il autorise en prenant aussi en compte les documents d'urbanisme applicables et l'utilisation des terrains avoisinants. Il exigera ensuite, dans un délai qu'il fixe, un mémoire détaillant le projet de réhabilitation (présentation de l'état des sols et des eaux souterraines et mesure de gestion de la pollution en vue de la compatibilité avec le projet ; une estimation du montant et de la durée des travaux). Si le Préfet donne son accord, il prendra un arrêté de substitution du tiers demandeur au dernier exploitant qui précisera – le cas échéant en faisant appel à un expert extérieur : les travaux à réaliser et leur délai de réalisation dans des conditions économiquement acceptables ; le montant et la durée des garanties financières.

---

Brévannes, dans le Val-de-Marne. L'Etat y a décrété en 2011 une procédure d'urgence afin de sécuriser le site et ses alentours, en faisant intervenir de deux prestataires, et ce pour un montant de 14 millions d'euros, qui sera pris en charge par l'Etat.

Sources : BOIVIN J.-P., SOUCHON A., préc.

<sup>84</sup> ZERROUK Y., Gestion des sites et sols pollués et fiducie, JCP N, 2014, n°9 ; l'article 713 du code civil, qui disposait initialement que « Les biens qui n'ont pas de maître appartiennent à l'Etat. » organise aujourd'hui, avec le code général de la propriété des personnes publiques, un régime dans lequel l'Etat ou l'un de ses établissements spécialisés se rend propriétaire en cas de renoncement de la commune et de l'EPCI correspondant.

<sup>85</sup> Voir *supra*.

<sup>86</sup> Loi n°93-3 du 4 janvier 1993 relative aux carrières, loi n°2003-699 du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques naturels et naturels et à la réparation de dommages puis décret n°2012-633 du 3 mai 2012 relatif à l'obligation de constituer des garanties financières en vue de la mise en sécurité de certaines ICPE.

<sup>87</sup> Voir *infra*.

2) *La fiducie en matière de garanties présentées par un aménageur-intéressé à la réhabilitation d'un site ICPE*

Comme indiqué ci-dessus, est dupliqué sur la tête du tiers-demandeur – car cet enjeu est préexistant pour l'exploitant d'une ICPE - l'exigence de garanties financières présentées aux pouvoirs publics. Cela rejoint le fait que les sûretés – qui sont un type de garantie de paiement – peuvent naître de la volonté des parties à un contrat – dans le cas d'une vente – mais également de la loi<sup>88</sup>, en l'occurrence du code de l'environnement.

Leur objet est ici de permettre à l'Etat – via les services préfectoraux compétents – de s'assurer que l'exploitant comme le tiers demandeur dispose à tout moment des ressources financières suffisantes pour garantir la protection de l'environnement concerné et l'avenir du site. Et ce, à fin de prévenir toute défaillance voire disparition des intéressés. Ces enjeux se posent en particulier au moment de la cessation d'activité, que la loi Climat et résilience vient clarifier : mise à l'arrêt définitif, mise en sécurité, détermination de l'usage futur et réhabilitation ou remise en état<sup>89</sup>.

Plus spécifiquement, le tiers-demandeur devra, lui, présenter des garanties pour couvrir la réalisation des travaux de réhabilitation permettant d'assurer la compatibilité entre l'état des sols et l'usage futur envisagé<sup>90</sup>. Lorsque le projet de construction ou d'aménagement comporte plusieurs tranches de travaux – ce qui est quasi-systématique pour une opération d'aménagement d'une certaine ampleur – la constitution des garanties financières peut être échelonnée en fonction du calendrier de réalisation de chaque tranche<sup>91</sup>. Le Préfet appellera les garanties financières :

- soit en cas de non-exécution par le tiers demandeur des opérations auxquelles il est tenu ;
- soit en cas d'ouverture d'une procédure de liquidation judiciaire à l'encontre du tiers demandeur ;
- soit en cas de disparition du tiers demandeur personne morale par suite de sa liquidation amiable ou judiciaire ou du décès du tiers demandeur personne physique.

---

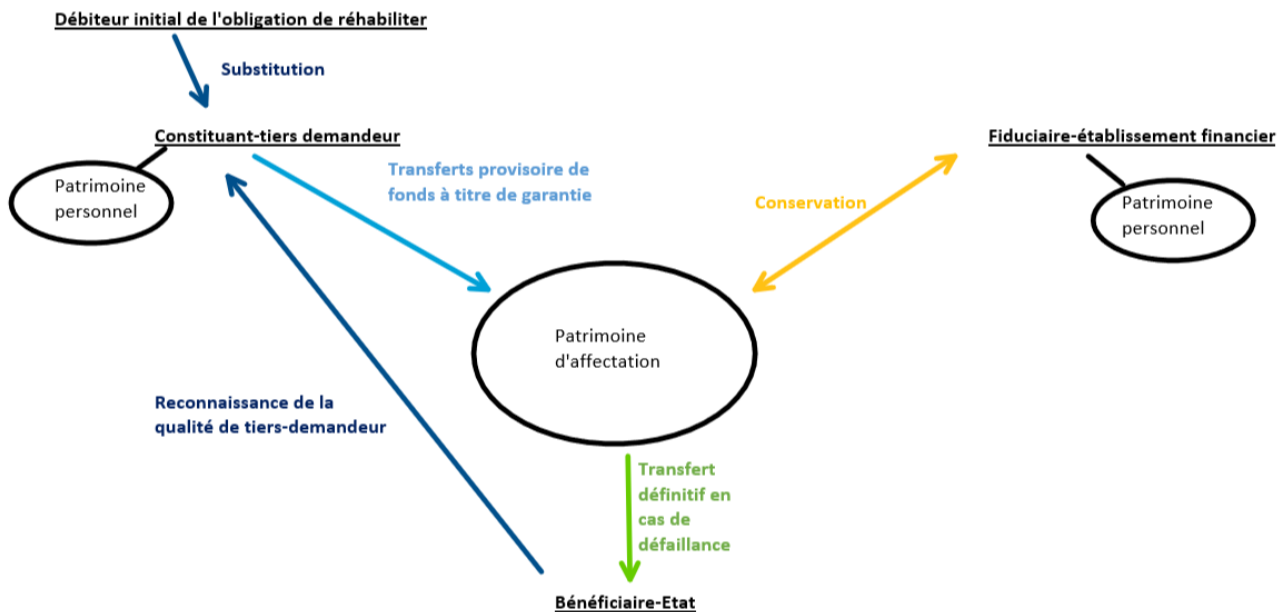
<sup>88</sup> Article 2324 du Code civil

<sup>89</sup> Article R. 512-75-1 du code de l'environnement.

<sup>90</sup> Article L. 512-21 du code de l'environnement

<sup>91</sup> Article R. 512-21 du code de l'environnement

Sans revenir sur les modalités de calcul et d'évolution du montant mis en garantie exigé par le Préfet, la fiducie-sûreté trouverait parfaitement à s'appliquer à cette situation. L'aménageur-tiers demandeur, qui doit présenter des garanties financières devant le représentant de l'Etat, est alors constituant. Il place les fonds nécessaires en fiducie auprès d'une des personnes habilitées à être fiduciaire, tel qu'un établissement financier. Le bénéficiaire de la fiducie est logiquement l'Etat, qui acquerra la libre disposition des fonds mis en fiducie en cas de défaillance de l'aménageur dans ses opérations.



Production personnelle

De plus, l'aménageur-tiers-demandeur – par ailleurs constituant – pourrait augmenter l'utilité des fonds mis en fiducie auprès de l'établissement au travers de la faculté de rechargement<sup>92</sup>. Ce mécanisme évite le gaspillage de crédit<sup>93</sup> puisque la propriété d'un bien ou d'un droit cédée à titre de garantie peut être ultérieurement affectée à la garantie de dettes autres que celles mentionnées par l'acte constitutif, pourvu que celui-ci le prévoit expressément. Et ce, y compris s'il s'agit d'un nouveau créancier, peu important que le premier ait été payé ou non. Ainsi, les fonds mis une première fois en garantie des obligations de réhabilitation – auprès de l'établissement de crédit fiduciaire – pourrait servir à alléger le coût d'une seconde garantie d'un emprunt de l'aménageur-constituant auprès de ce même établissement, mais cette fois-ci à son bénéfice<sup>94</sup>. Cela a son importance puisque le modèle économique de l'aménagement repose sur une rémunération qui ne vient qu'en aval, au moment des cessions de terrains à construire aux promoteurs immobiliers. Au début d'une

<sup>92</sup> Articles 2372-5 pour les meubles et 2488-5 du Code civil pour les immeubles.

<sup>93</sup> BENEDICTE F., préc.

<sup>94</sup> Tout ce dispositif est évidemment possible concrètement si le Préfet accepte que les fonds mis en fiducie servent à garantir un emprunt. A cet effet, celui-ci pourra exiger que l'Etat reste premier dans le rang des créanciers, mais cela reporte la question de la faisabilité sur l'établissement financier-fiduciaire..

opération d'aménagement, seules les subventions et les crédits permettent de financer le début des opérations.

La principale limite à ce raisonnement tient à ce que le Législateur voulut encadrer très strictement cette procédure, et en particulier la forme des garanties financières. Un décret du 18 août 2015, modifié en 2017, précise limitativement les garanties que le tiers-demandeur peut présenter<sup>95</sup>, au sein desquelles prend place la consignation entre les mains de la Caisse des dépôts et consignations des sommes nécessaires<sup>96</sup>.

La première question est simple : la fiducie-sûreté peut-elle être considérée comme une consignation ? Cette question se pose puisque celle-ci est peu étudiée par la Doctrine alors même qu'elle est familière des praticiens de longue date. Outre son lien fort avec la Caisse des dépôts et consignations, trois utilités de la consignation peuvent être distinguées : la fin libératoire ; la fin conservatoire ; et la fin de sûreté. Toutes ont pour essence de protéger un objet et le droit portant sur lui mais seule la consignation à fin de sûreté présente a priori de profondes ressemblances avec la fiducie-sûreté.

Il serait tentant de considérer qu'il s'agit d'une fiducie innommée puisque dans le cadre d'une consignation à fin de sûreté, un débiteur-consignateur, en garantie de sa dette à l'égard d'un créancier-bénéficiaire, remet un objet à un consignataire, la CDC. Comme en présence d'une fiducie-sûreté, un droit exclusif est conféré au bénéficiaire au travers d'un bien spécifiquement affecté à la garantie du créancier, et à cet effet distinct à la fois du patrimoine du débiteur et des autres biens du tiers responsable de la conservation des biens mis en garantie. Enfin, ce droit exclusif survit dans les deux cas à la disparition du tiers-demandeur garanti<sup>97</sup>.

Cependant, lorsque le Législateur fait le choix de mentionner la consignation, cela n'est pas anodin. En effet, la consignation est soumise à un double *numerus clausus* - celui des sûretés réelles, et en conséquence celui de la consignation à fin de sûreté. Cela commande de respecter l'un des cas d'ouverture légaux de la consignation<sup>98</sup> ; c'est le cas en l'espèce.

---

<sup>95</sup> Décret n°2015-1004 du 18 août 2015 portant application de l'article L. 512-21 du code de l'environnement.

<sup>96</sup> L'article R. 512-80 du code de l'environnement rajoute :

- l'engagement écrit d'un établissement de crédit, d'une société de financement, d'une entreprise d'assurance ou d'une société de caution mutuelle
- l'engagement écrit, portant garantie autonome à première demande au sens de l'article 2321 du code civil, de la personne physique ou morale, qui possède plus de la moitié du capital du tiers demandeur ou qui contrôle le tiers demandeur au sens du code de commerce ;
- pour les établissements sous tutelle de l'Etat ou d'une collectivité, respectivement l'engagement de leur ministère ou de leur collectivité de tutelle.

<sup>97</sup> Articles R. 512-80, II. du code de l'environnement et 2024 du Code civil

<sup>98</sup> TOUZAIN A., La consignation. Thèse de doctorat d'université. Paris : Université Panthéon-Assas, 2000, 583 p.

Au-delà de cet argument littéral, la consignation et la fiducie-sûreté présente également des dissemblances<sup>99</sup>, dont certaines intéressent la procédure tiers-demandeur<sup>100</sup>. La plus simple consiste à rappeler que la CDC dispose d'un monopole pour toute consignation, alors qu'en matière de fiducie-sûreté elle n'est qu'habilitée, entre autres, à être fiduciaire. Etant donné que seul le fiduciaire doit être rémunéré et non le consignataire, cela peut avoir un impact dans la mesure où le l'aménageur tiers demandeur-constituant, en cas de fiducie-sûreté, devra prendre en compte le coût de la prestation du fiduciaire, mais pourra parallèlement négocier avec plusieurs partenaires.

Ensuite, la consignation n'opère pas de transfert de propriété au bénéficiaire ; il n'a qu'un droit à l'appropriation de l'objet de la garantie. La Doctrine propose même une absence de propriétaire en cas de consignation - désappropriation totale des intéressés et simple détention par le consignataire – alors que la fiducie transfère bien la propriété au fiduciaire – du moins d'après la Doctrine majoritaire.

Enfin, la faculté de « recharge » de la fiducie ne trouve pas son équivalent en matière de consignation : les fonds consignés par un aménageur-tiers demandeur ne peuvent avoir pour bénéficiaire que l'Etat. Dans la même logique, les textes régissant la fiducie laissent beaucoup plus de liberté contractuelle, de telle sorte que les pouvoirs de gestion et d'administration du fiduciaire sont contractuellement définis par les parties<sup>101</sup>. L'on pourrait imaginer que cette liberté contractuelle couplée à cette faculté de recharge peut être gage d'attractivité financière pour les établissements financiers.

Par conséquent, en l'état actuel du Droit, la fiducie-sûreté ne peut être présentée par le tiers-demandeur lorsqu'il sollicite l'accord du Préfet pour réhabiliter un site ICPE.

---

<sup>99</sup> *Ibidem.*

<sup>100</sup> Par souci d'économie, certaines dissemblances de principe n'ayant pas d'impact dans ce cas précis ne seront pas étudiées.

Rappelons ici qu'en cas de consignation, l'entiercement est systématique – c'est-à-dire que le consignataire doit être la CDC et ne peut jamais être le bénéficiaire. A contrario, les contrats de fiducie-sûreté voient souvent les qualités de fiduciaire et de bénéficiaire réunies sur la même tête du créancier. Cependant, l'Etat n'a pas la qualité pour être fiduciaire lui-même, en plus d'être bénéficiaire. Un entiercement serait donc nécessaire.

Egalement, les sûretés – dont la fiducie-sûreté – peuvent garantir des créances futures, pour autant que celles-ci sont déterminées ou déterminables (article 2018 du Code civil), ce qui n'est pas le cas en matière de consignation. Cette dernière, si elle permet de garantir une situation potentielle, un droit affecté d'une potentialité d'existence – en l'occurrence l'insolvabilité de la créance qu'est la réhabilitation d'un site ICPE – ne peut pas porter sur des droits éventuels, tournés vers le futur. Cependant, cette distinction est vidée de son intérêt ici puisque la procédure de tiers-demandeur – très encadrée – donne lieu à un arrêté préfectoral précisant très exactement le montant des garanties ainsi que leur champ d'application. Autrement dit la fiducie-sûreté qui serait constituée par le tiers-demandeur porterait sur une créance actuelle et non future, comme une consignation.

<sup>101</sup> Article 2018 6° du Code civil :

« Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité :

[...]

6° La mission du ou des fiduciaires et l'étendue de leurs pouvoirs d'administration et de disposition. »

Malgré tout, une évolution voyant la fiducie-sûreté citée parmi les formes de garanties financières présentables par les tiers-demandeurs est-elle possible ? La garantie est avant tout un intitulé regroupant un ensemble de garanties très hétérogènes, par exemple celles à caractère financier, mais toutes tendent à protéger contre un risque. La Doctrine permet de catégoriser. A côté des garanties d'assurance ou les garanties d'exécution ou d'indemnisation, existent les garanties de paiement ou d'insolvabilité, telles que les sûretés. En tant que sûreté-propiété, la fiducie-sûreté fait donc partie des garanties de paiement, et permettrait de respecter l'esprit des textes du code de l'environnement relatifs aux garanties financières<sup>102</sup>.

La possibilité pour les tiers-demandeurs de contracter une fiducie-sûreté serait-elle même souhaitable ? Autrement dit, les caractéristiques spécifiques de la fiducie justifieraient-elles l'intervention du Législateur ? Si l'entiercement reste nécessaire, le fait que le tiers-demandeur se défasse de sa propriété constituerait-il une garantie nettement plus intéressante pour l'Etat, en tant que bénéficiaire ? Sur ce sujet, rappelons que l'Etat souhaite combiner exigence de garanties de la part des acteurs privés intéressés mais également attractivité auprès d'eux. Dès lors, exiger d'eux la « *reine des sûretés* », en lieu et place d'un mécanisme connu de longue date et faisant intervenir un acteur public à la solidité financière reconnue, ne serait pas gage d'attractivité supplémentaire.

Par conséquent, la fiducie-sûreté n'a que peu de chances de devenir un outil attractif pour les aménageurs tiers-demandeurs dans la présentation devant le Préfet de leurs garanties financières, au vu de l'attrait de la consignation auprès de la CDC. Un tiers demandeur aura davantage à l'utiliser dans son versant gestion.

Dépassant la seule gestion du risque, la fiducie-gestion permet aussi d'organiser juridiquement le déroulement même d'une opération d'aménagement.

---

<sup>102</sup> *Ibidem*.

## PARTIE SECONDE

### La fiducie-gestion comme support contractuel du montage d'une opération d'aménagement

Si la fiducie-sûreté présente un caractère accessoire – au sens où sa raison d'être est d'accompagner un objet principal – aux ventes immobilières évoquées et à la procédure de tiers-demandeur, cela tient à ce que la sûreté informe la fiducie. Nous essaierons de démontrer que cette souplesse de la fiducie peut intégrer d'autres régimes juridiques.

Ce faisant, deux obligations d'ordre environnemental intéressant directement une opération d'aménagement pourront informer le contrat de fiducie. La première obligation environnementale est celle de compensation écologique, au titre de la séquence ERC telle qu'évoquée précédemment (II). Une évolution législative récente a également permis au débiteur d'une telle obligation de la faire exécuter par un tiers : un opérateur de compensation. La seconde est l'obligation de réhabilitation d'un site pollué par une installation classée au titre du code de l'environnement (ICPE) pour rendre compatible les sols avec un usage futur déterminé<sup>103</sup>. En principe, cette obligation pèse sur le dernier exploitant ou le propriétaire du site. Mais une évolution législative relativement récente a permis qu'un tiers puisse prendre à charge cette obligation : le tiers intéressé<sup>104</sup>. A ce titre, la fiducie pourra servir d'*instrumentum* aux transferts de propriété et de l'obligation de réhabilitation à ce tiers, aménageur ou promoteur (I).

#### I. La fiducie-gestion comme instrument de la réhabilitation des anciens sites industriels au service d'une opération d'aménagement

##### A) Rappel contextuel de la gestion d'un ancien site industriel

Maître Yasmina ZERROUK résume les enjeux pour les parties prenantes comme suit : « pour l'État : il s'agit d'une part d'éviter d'avoir à supporter le passif environnemental d'une activité polluante » ; « pour l'exploitant : il s'agit de pouvoir isoler un terrain qu'il a pollué dans une structure de défaisance<sup>105</sup> qui sera chargée de sa vente et de sa dépollution » ; « pour le

---

<sup>103</sup> Articles L. 512-6-1, L. 512-7-6 et L. 512-12-1 du code de l'environnement.

<sup>104</sup> Article 173 de la loi n° 2014-366 du 24 mars 2014 pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, dite loi ALUR.

<sup>105</sup> Entité ad hoc créée pour recueillir et gérer des actifs de mauvaise qualité cédés par une institution qui cherche ainsi à améliorer son bilan.

propriétaire non exploitant : il s'agit de pouvoir tirer des revenus d'un site affecté à une activité polluante sans prendre le risque d'être responsable de sa dépollution »<sup>106</sup>. La conjonction de ces trois réticences explique que ces terrains ne trouvent naturellement pas acquéreur. Si ce dernier décide de supporter la charge de dépollution, ce dernier s'engage non seulement à prendre en charge les coûts de dépollution mais aussi engage sa responsabilité en cas de préjudices portés à des tiers ou à l'environnement du fait des opérations de dépollution (atteinte aux nappes phréatiques et cours d'eaux, dépôt de terres polluées dans un centre de traitement inadapté, transmission de la pollution aux voisins, etc.)<sup>107</sup>. La voie possible est alors la suivante : attirer des acteurs privés qui y ont un intérêt et qui accepteront de mener des mesures de dépollution<sup>108</sup>. Dans cette optique, la fiducie, dans son versant gestatif, est présentée par la doctrine comme un véhicule juridique adéquat.

#### B) Application de la fiducie dans le cadre de la procédure tiers-demandeur

Dans une fiducie-gestion, le fiduciaire reçoit en propriété des biens qu'il se charge de gérer pour le compte soit du constituant, soit d'un tiers bénéficiaire. Il gèrera ce patrimoine d'affectation dans un but déterminé par le constituant. Une rémunération du service rendu par le fiduciaire peut être prévue, au titre des clauses du contrat de fiducie.

La Doctrine voit un grand intérêt à l'usage de la fiducie-gestion en matière de dépollution des sols. A titre préliminaire, présentons ses intérêts :

- Son caractère translatif, qui facilitera la reprise du site ;
- Le fiduciaire recevant les biens est spécifiquement missionné pour dépolluer le site ;
- Ce dernier pourra se financer par les fonds éventuellement mis en fiducie accompagnant le terrain et les produits de la dépollution ;
- La concentration de ces enjeux et la mise en relation de l'ensemble des acteurs au sein d'un contrat unique.

Le premier intérêt servi est celui du propriétaire d'un site ICPE en mal d'acquéreur grâce au caractère translatif de propriété : ce propriétaire-constituant transfère son terrain pollué au fiduciaire. Or, le titre de propriété de ces terrains a été instrumentalisé par la jurisprudence et les services de l'Etat pour trouver un débiteur subsidiaire de l'obligation de dépollution, au travers de la police des déchets<sup>109</sup>. Aujourd'hui, à la suite d'une évolution du

---

Source : JORF n°0018 du 22 janvier 2022, Texte n° 58, avis de la Commission d'enrichissement de la langue française relatif au vocabulaire de l'économie et de la finance (liste de termes, expressions et définitions adoptés)

<sup>106</sup> ZERROUK Y., préc.

<sup>107</sup> Comité de Droit Financier - Paris EUROPLACE (juillet 2012 – Paris), La Fiducie en action – Actes du colloque

<sup>108</sup> « Le notariat avait proposé dès 2009 que la charge administrative de la dépollution puisse être transmise à des tiers autres que le dernier exploitant, dès lors que ceux-ci présentent des garanties de compétence et de solvabilité. »

Source : BOUTONNET M., HERRNBERGER O., MEKKI M., préc.

<sup>109</sup> BOIVIN J.-P., SOUCHON A., préc.

droit européen, la jurisprudence française retient toujours cette responsabilité du propriétaire mais seulement à titre subsidiaire, à condition que le propriétaire ait permis ou facilité par négligence ou complaisance l'abandon de déchets sur son terrain<sup>110</sup>. Or, dans le cas de friches n'étant plus l'objet d'une attention particulière, ce cas n'est pas rare. Ainsi, la première conséquence d'une telle fiducie-gestion est de ne pas faire supporter la responsabilité de ce site sur la tête du propriétaire/exploitant initial, puisqu'il n'est plus propriétaire.

D'un point de vue comptable et financier, ce transfert de propriété peut s'assimiler à une opération de « défaisance » (de l'anglais *defeasance*). L'opération d'*in substance defeasance* est résolument une technique d'ingénierie sociétaire et financière qui a pour objet de transférer sa dette à un tiers, afin de l'extraire de son bilan qui entacherait la présentation de ses comptes. En effet, s'agissant de la possibilité de transmettre une situation active et passive à une fiducie, il ressort des travaux préparatoires que l'article 2011 du Code civil – définissant la fiducie – autorise un transfert de dettes, y compris une supériorité du passif sur l'actif<sup>111</sup>. Cela est intéressant pour notre cas dans l'hypothèse où un propriétaire-exploitant de site ICPE en situation économique fragile cherche à se débarrasser d'un passif environnemental lourd qui l'empêcherait de contracter un emprunt, afin de maintenir son activité. Dans cette situation, un aménageur-promoteur l'inciterait à constituer une fiducie et à lui confier son passif environnemental<sup>112</sup>.

Ce montage permet également de servir l'intérêt général puisque le fiduciaire a bien pour mission principale de porter les opérations de réhabilitation. En effet, bien que propriétaire, le fiduciaire-tiers-demandeur doit user de son titre conformément à ce que stipule le contrat de fiducie mais également à l'arrêté préfectoral de substitution du tiers demandeur au dernier exploitant. Au-delà des cas particuliers, sa mission est univoque : mener les opérations de dépollution pour rendre le sol compatible avec la future programmation urbaine telle que présentée dans son mémoire. Ainsi, de même que la propriété transférée ne donne pas lieu à liberté absolue, est perceptible l'idée qu'une telle dépollution sera également relative. En effet, dans le secteur de l'aménagement, les termes de « pollution et « dépolluer » sont toujours relatifs à un usage déterminé<sup>113</sup>. Ainsi, les zones du site pollué devront être plus ou moins dépolluées selon la sensibilité des usagers des futures parcelles à la pollution. Le juge administratif suit cette vision des choses, ce qui a son importance puisqu'il est compétent pour les contentieux relatifs aux arrêtés préfectoraux de substitution et en matière de police des déchets et d'ICPE.

---

<sup>110</sup> CE, 26 juillet 2011, n° 328651, Cne Saint-Palais-sur-Vienne ; Cass. 3e civ., 11 juillet. 2012, n° 11-10.478.

<sup>111</sup> BENEDICTE F., préc.

<sup>112</sup> ESTIENNY F., POULMAIRE D., préc.

<sup>113</sup> BOUTONNET M., HERRNBERGER O., MEKKI M., La dépollution est une notion relative à un projet, un objet, elle n'est pas un concept absolu..., préc.

Cette liberté relative dans la gestion du patrimoine fiduciaire s'exprime également au travers du contrôle que le constituant peut exercer sur son fiduciaire, qui doit lui rendre des comptes de sa gestion<sup>114</sup>. Au sens propre, c'est-à-dire en présentant à une échéance contractuellement déterminée un état comptable du patrimoine fiduciaire, supposant que cette présentation s'accompagne des explications nécessaires permettant sa bonne compréhension<sup>115</sup>. Enfin, « *si le fiduciaire manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés ou encore s'il fait l'objet d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire, le constituant [...] peut demander en justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou solliciter le remplacement du fiduciaire* »<sup>116</sup>.

Pour mener à bien sa mission, le titre de propriété conféré au fiduciaire, couplé à la pleine liberté contractuelle donnée par la loi pour la fixation de sa rémunération<sup>117</sup>, permettent enfin de dégager un modèle économique épargnant en partie les deniers publics. Comme dit précédemment, le patrimoine fiduciaire doit comporter un minimum d'actif. Cela peut prendre la forme de fonds qui ont peut-être été consignés par l'exploitant. Le tiers-demandeur-fiduciaire peut aussi financer la dépollution en faisant fructifier le bien, en tant que propriétaire, qualité qui lui permet de jouir de larges pouvoirs : accorder des baux de longue durée, lancer un programme de vente en l'état futur d'achèvement, constituer des sûretés et ainsi garantir le prêt nécessaire à la dépollution qui n'est, du coup, pas supportée par l'Etat. L'emprunt permettant le financement des opérations de dépollution est remboursé par les revenus issus du droit de superficie consentis à des preneurs ou des revenus de la vente des terrains les moins pollués dans un premier temps<sup>118</sup>.

Ces hypothèses permettent une rémunération au fur et à mesure du fiduciaire, dès le début des opérations. Celles-ci n'auront qu'à être expressément exposées par le contrat de fiducie, qui doit stipuler l'étendue des pouvoirs de disposition dont bénéficie le fiduciaire. En effet, sauf stipulation contraire, et en raison de la notion de patrimoine d'affectation caractérisant la fiducie, le fiduciaire ne peut pas prélever les revenus tirés de l'exploitation de la fiducie pour son patrimoine personnel<sup>119</sup>.

Appliquée à une opération d'aménagement se situant sur un ancien site ICPE pollué, la fiducie-gestion donne lieu à deux hypothèses de répartition des rôles. La première

---

<sup>114</sup> Article 2022 du Code civil :

« Le contrat de fiducie définit les conditions dans lesquelles le fiduciaire rend compte de sa mission au constituant. »

<sup>115</sup> ESTIENNY F., POULMAIRE D., préc.

<sup>116</sup> Article 2027 du Code civil.

<sup>117</sup> « Les services rendus par le fiduciaire doivent donner lieu à rémunération même si cela se traduit implicitement par la nature réelle du contrat de fiducie, contrat de services.

Il peut s'agir d'une somme forfaitaire composée d'un fixe et d'un variable en fonction de la valeur du patrimoine géré et/ou des résultats de sa gestion ».

Source : ESTIENNY F., POULMAIRE D., préc.

<sup>118</sup> Comité de Droit Financier - Paris EUROPLACE, préc.

<sup>119</sup> ESTIENNY F., POULMAIRE D., préc.

hypothèse, classique, fait intervenir le dernier exploitant – par ailleurs propriétaire du site – qui envisage la cessation d’activité de son ICPE. Il sera constituant. Celui-ci est approché par des établissements de crédits ayant développé une activité de réhabilitation ou de la CDC ou de cabinets d’avocats spécialisés potentiels repreneurs, prêts à endosser le rôle de tiers-demandeur. Ils seront fiduciaires.

Cela donne lieu au préalable à des missions d’assistant à maîtrise d’ouvrage (AMO). A titre d’exemple, CITALLIOS est l’AMO d’une filiale d’une entreprise de traitement des déchets sur la commune de Triel-sur-Seine. Il s’agit d’établir avec l’exploitant et les pouvoirs publics locaux la nature et l’étendue de la pollution de cette décharge des déchets – du bâtiment notamment, qui est une ICPE. La seconde étape serait d’établir une procédure tiers-demandeur entre CITALLIOS et l’exploitant, et de définir l’usage futur envisagé. En l’occurrence, la destination de parc urbain privilégiant une dépollution naturelle par la plantation d’espèces adéquates est notamment envisagée.

Quel est le bénéficiaire dans un tel cas de figure ? En cas de fiducie-gestion, le constituant est souvent présenté comme le bénéficiaire, car en matière bancaire – milieu pour lequel la fiducie a d’abord été pensée – le constituant était perçu comme devant récupérer *in fine* la propriété fiduciaire<sup>120</sup>. En matière d’aménagement, l’exploitant/propriétaire d’ICPE – constituant – récupèrera-t-il la propriété mise en fiducie ? Comme dit précédemment, le fiduciaire-tiers-demandeur finance sa dépollution sur les revenus tirés du bien immobilier, au travers de baux mais également de ventes. Si le fiduciaire doit remettre à terme la propriété fiduciaire au constituant, cela signifie qu’il ne consentirait que des droits du superficiel aux futurs utilisateurs<sup>121</sup>. Cela aboutirait à une situation baroque dans laquelle une division volumétrique s’opérerait sur l’ensemble du site réhabilité : l’exploitant/propriétaire d’ICPE-constituant recouvrerait la propriété du sol et du tréfonds, dont serait privé les futurs utilisateurs privés et publics. Les habitants ne disposeraient pas du sous-sol, de même que les personnes publiques. Si la division volumétrique, par un jeu complexe et massif de servitudes, permet en théorie de régir cette situation, elle est excessivement complexe à mettre en œuvre et, partant, manquant d’attractivité pour les acteurs économiques. De plus, l’intérêt de l’exploitant d’ICPE n’est pas de récupérer la propriété partielle du site, mais de se départir de toute responsabilité et de toute dette environnementales à moindre frais, vis-à-vis de l’Etat<sup>122</sup>.

L’Etat – en tant que « créancier » de l’exploitant d’ICPE – peut à ce titre être perçu comme un bénéficiaire théorique, au sens où l’exécution du contrat de fiducie satisfera à l’obligation de réhabilitation de ces sites, qu’il exige en tant qu’autorité de police spéciale des

---

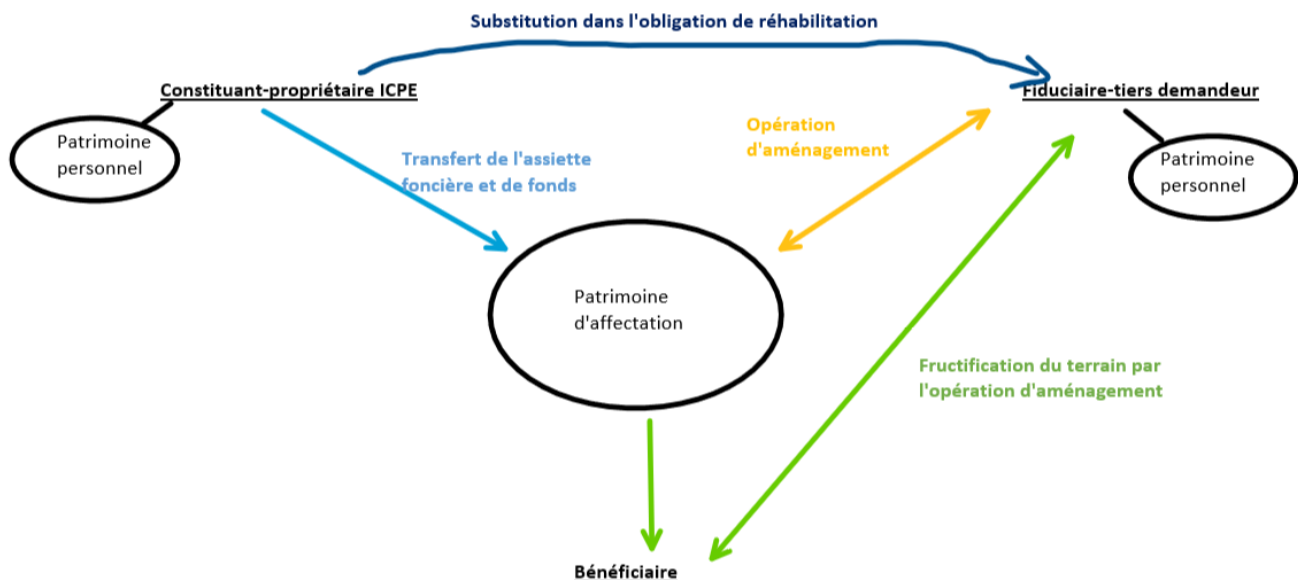
<sup>120</sup> Voir *supra*.

<sup>121</sup> ZERROUK Y., préc.

<sup>122</sup> Voir *supra*.

ICPE. Cette qualification lui permettra, s'il est constaté que le fiduciaire manque à ses devoirs de dépollution, de demander sa révocation en Justice<sup>123</sup>.

Les tiers-demandeurs précités seront plus aisément qualifiés d'un point de vue économique de bénéficiaires. En effet, l'autre expression doctrinale pour les désigner n'est autre que « tiers intéressés », qui vont se rémunérer sur la dépollution.



## Production personnelle

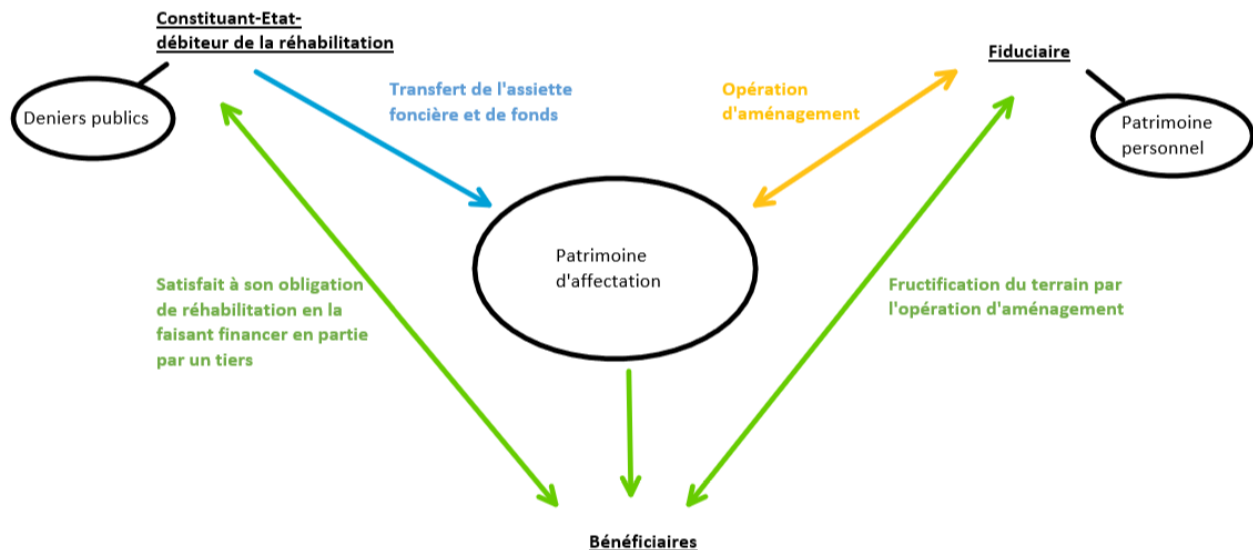
La seconde hypothèse voit un acteur disparaître : l'ancien exploitant-proprétaire de l'ICPE. En effet, il n'est pas rare que l'exploitant ait subi une procédure collective parallèlement à sa cessation d'activité, ou qu'en cas de décès de la personne physique la succession ne permette pas de trouver de nouveaux débiteurs<sup>124</sup>. Dans de pareils cas, l'Etat devient le débiteur de l'obligation de réhabilitation<sup>125</sup>. Il constitue alors une fiducie et transfère à cette dernière les fonds nécessaires à la dépollution d'une première partie du site – par exemple une portion du Fond Friches susvisé. Mais ces fonds peuvent être aussi ceux qui ont été consignés par l'exploitant à la CDC afin d'être autorisé à exploiter l'ICPE. La fiducie est confiée à un fiduciaire – rôle que peut assumer cette même CDC au travers d'une de ses filiales – qui aura également pour mission de procéder à la dépollution du site, en se finançant de la même manière que dans la première hypothèse.

<sup>123</sup> Article 2028 du Code civil.

<sup>124</sup> DECHIR S., Sous nos pieds, la pollution. [En ligne]. In : Public Sénat. Disponible sur : <https://www.youtube.com/watch?v=J-1cl4kJacc>.

<sup>125</sup> Les dispositions du code de l'environnement contenues au chapitre « sites et sols pollués » rappellent fermement le caractère subsidiaire de l'intervention des pouvoirs publics. Celle-ci est donc subordonnée au constat d'échec total des procédures de mises en demeure et d'exécution d'office prévues à l'encontre des débiteurs que l'Administration est fondée à rechercher.

Cette fois-ci, l'Etat est débiteur du passif environnemental et en même temps constituant à la fiducie. Ce double positionnement permet de le qualifier cette fois-ci de bénéficiaire, au côté du fiduciaire comme vu précédemment.



Production personnelle

Ces deux hypothèses permettent donc d'externaliser au moins en partie le coût de dépollution sur un établissement bancaire dont le prêt consenti est remboursé par les revenus tirés des droits de superficie consentis à des preneurs à bail ou des acquéreurs. Aussi et surtout, « elles permettent de participer à la réhabilitation d'un milieu urbain qui a pu retrouver son utilité sociale et économique tant par les résultats bénéfiques des actions de dépollution que par les retombées économiques qui en résultent »<sup>126</sup>. Enfin, en transférant la gestion du site, les parties prenantes mettent en œuvre un « concept cher aux économistes : la spécialisation. Le constituant externalise une tâche ne relevant pas de son « core business ». Il semble, en effet, pertinent qu'un professionnel prenne en charge cet aspect à la place de l'exploitant, qui est sans doute moins compétent et qui emploierait plus de ressources pour arriver à un résultat similaire »<sup>127</sup>.

La fiducie-gestion apparaît donc un véhicule juridique idoine pour porter une opération d'aménagement puisqu'elle réunit à elle seule l'externalisation, l'affectation de la propriété, l'économie des deniers publics, et peut se fondre dans la procédure tiers-demandeur.

<sup>126</sup> ZERROUK Y., préc.

<sup>127</sup> BACROT B., MOREAU J., WERTENSCHLAG B., préc.

Cette unicité de la méthode contractuelle fiduciaire est cohérente avec la pratique. Alors que les dispositions du code de l'environnement postulent que les différents acteurs exécutent leurs obligations successivement et séparément, les travaux de réhabilitation correspondent souvent à un seul et unique chantier d'un opérateur, dont les personnes intéressées se répartissent simplement la charge financière<sup>128</sup>. Dans ce contexte, le contrat de fiducie organise cette interaction entre la police des ICPE et les différents acteurs de la réhabilitation du site.

### C) Une compatibilité à questionner

Au-delà de ces avantages, trois questionnements surviennent quant à la capacité de la fiducie à être informée par la procédure de tiers-demandeur.

La première interrogation porte sur l'identité du bénéficiaire de la fiducie, qui mériterait à être explicitée dans la loi, comme vu précédemment, au regard des conséquences qui en découlent au moment de l'extinction de la fiducie.

Deuxièmement, se pose la question de l'étendue du transfert de responsabilité de l'exploitant-propriétaire vers le tiers-demandeur, au moyen de la fiducie<sup>129</sup>. En effet, les règles relatives aux responsabilités ont longtemps constitué une difficulté majeure dans l'emploi de la fiducie en matière environnementale. Quant à la responsabilité civile contractuelle, et plus précisément sous un angle de la prise en charge financière, les acteurs concernés ont assez vite élaboré des montages contractuels en ce sens<sup>130</sup>. Or initialement, ces conventions étaient inopposables à l'Administration<sup>131</sup>, puisque que le droit administratif a longtemps reconnu l'ancien exploitant pour unique responsable au titre de la réhabilitation de tels sites. Cette situation semble avoir été solutionnée par l'introduction de la procédure de tiers-demandeur par la loi ALUR, puisqu'elle officialise – aux yeux de l'Administration – la prise en charge opérationnelle et juridique de l'obligation de réhabilitation. Cependant, il ne s'agit pas d'un transfert total de responsabilité administrative mais plutôt de la naissance d'un « débiteur de second rang » de cette obligation<sup>132</sup> : en cas de défaillance du tiers-demandeur, la responsabilité administrative rejaillira sur le débiteur originel : l'ancien exploitant<sup>133</sup>. Or, dans un tel cas de figure, le transfert fiduciaire – restant valable – serait indifférent aux yeux de l'administration. De plus, au titre de la responsabilité civile délictuelle – propre ici à la fiducie – la situation est identique à la responsabilité administrative. En cas de défaillance du tiers-

---

<sup>128</sup> BOIVIN J.-P., SOUCHON A., préc.

<sup>129</sup> *Ibidem*.

<sup>130</sup> Voir *supra*.

<sup>131</sup> Voir *supra*.

<sup>132</sup> BOIVIN J.-P., SOUCHON A., préc.

<sup>133</sup> Article L. 521-12, VII, du code de l'environnement.

demandeur-fiduciaire qui ne parviendrait plus à honorer les dettes nées des opérations de réhabilitation, le patrimoine du constituant – i.e. l'exploitant-propriétaire initial – constitue en principe le gage commun des titulaires de ces créances, pour pallier l'insuffisance du patrimoine fiduciaire<sup>134</sup>.

La dernière interrogation touche à une caractéristique intrinsèque à la fiducie : la qualité très règlementée de fiduciaire. Pour rappel, cette qualité est aujourd'hui schématiquement réservée aux établissements de crédits, aux avocats et à la CDC. Si en matière bancaire cela ne pose pas de difficultés, l'aménagement du territoire – auquel participe certes banques et cabinets d'avocat – fait appel en premier lieu à des collectivités, des aménageurs et des promoteurs immobiliers, acteurs ne pouvant pas accéder à la qualité de fiduciaire. La Doctrine est assez unanime aujourd'hui dans son appel à une évolution législative sur ce point. En son attente, une voie permettrait-elle malgré tout d'envisager la fiducie ?

Elle consisterait pour le fiduciaire – acteur bancaire conservant cette qualité – à faire appel aux acteurs de l'aménagement et de l'immobilier pour la bonne exécution de sa mission. Le fiduciaire passerait des contrats d'assistant à maîtrise d'ouvrage pour l'aider dans le choix des maîtres d'œuvre, des entreprises de travaux et des bureaux d'études – centraux en matière de dépollution. Cela contournerait-il l'esprit des textes régissant la fiducie ?

Pour rappel, « la confiance nécessaire entre les contractants est inhérente à ce contrat »<sup>135</sup>. Cette confiance exige-t-elle que le fiduciaire exécute lui-même sa mission sans jamais déléguer<sup>136</sup> ou l'autorise-t-elle tout en maintenant l'entière responsabilité de la bonne exécution sur la tête du fiduciaire ? Concernant le recours du fiduciaire à d'autres professionnels dans le cadre de mission connexes, une délégation paraît logique. Concernant une délégation même partielle de sa mission principale – assurer la réhabilitation, la question mérite d'être posée. Une réponse médiane – telle qu'elle existe en matière de sous-traitance dans les marchés publics – semble à envisager au regard des travaux préparatoires<sup>137</sup>. Le principe serait celui d'une exécution personnelle par l'acteur financier ou le cabinet d'avocat, sous réserve que les parties prévoient que certaines tâches seront déléguées à des professionnels de l'aménagement, qui resteraient néanmoins sous son contrôle et sa responsabilité. Semble donc condamnée l'hypothèse d'un mandat permettant de déléguer complètement sa maîtrise d'ouvrage – à l'image des mandats de maîtrise d'ouvrage

---

<sup>134</sup> Article 2025 du Code civil, qui dispose également que « Le contrat de fiducie peut également limiter l'obligation au passif fiduciaire au seul patrimoine fiduciaire. Une telle clause n'est opposable qu'aux créanciers qui l'ont expressément acceptée. », or gageons que les créanciers du fiduciaire seront rares à l'accepter.

<sup>135</sup> BENEDICTE F., préc.

<sup>136</sup> A cet égard, il ressort du rapport sénatorial préalable à la proposition de loi sénatoriale instituant la fiducie précitée que le Législateur envisageait bien une exécution personnelle par le fiduciaire.

Source : Rapport n° 11 (2006-2007) de M. Henri de RICHEMONT, sénateur, fait au nom de la commission des lois, déposé le 11 octobre 2006

<sup>137</sup> *Ibidem*.

publique<sup>138</sup> ou des contrats de promotion immobilière<sup>139</sup>. Enfin, faut-il que le délégataire remplisse lui aussi les conditions requises pour être fiduciaire ? La réponse paraît négative sous réserve que la délégation ne soit pas trop large et n'aboutisse pas, également, à contourner l'esprit du texte.

Par conséquent, au regard de l'obstacle réel que constitue la limitation légale des personnes pouvant prétendre à la qualité de fiduciaire, la fiducie-gestion, si en théorie elle est un outil idéal pour porter une opération d'aménagement, devrait voir l'esprit de ses textes tordu pour espérer être utilisée en l'état actuel. Par ailleurs, si les transferts de responsabilité de l'exploitant-propriétaire initial semblent assurés, la défaillance du fiduciaire dans la réhabilitation rejaillira nécessairement sur le constituant. Ainsi, les mécanismes que sont la fiducie et la procédure tiers-demandeur ne permettent pas de pallier complètement le désengagement organique de l'Etat, au sens où son intervention via l'ADEME est encore la solution la plus simple.

## II. Fiducie et compensation écologique d'une opération d'aménagement

L'irrigation du droit de l'environnement dans de nombreuses branches du Droit a pour essence d'amener les acteurs à maîtriser les externalités écologiques de leurs actions, du point de vue du risque ou de la pollution<sup>140</sup>, mais aussi de les prévenir en évitant les abandons de sites industriels<sup>141</sup>. Ainsi, l'étude de la fiducie à usage de garantie de passif environnemental ou de gestion d'une opération d'aménagement a mis en lumière deux tendances de l'aménagement. A savoir : une prise en compte plus globale de l'environnement mais aussi l'externalisation – et par voie de conséquence la contractualisation – de plus en plus de séquences de l'aménagement.

En effet, l'époque de l'après-guerre et des Trente Glorieuses où les services déconcentrés des Ministères de la reconstruction et de l'Équipement aménageaient des villes-nouvelles seuls est révolue. Aujourd'hui, la voie classique de réalisation d'une zone d'aménagement concertée (ZAC) est ainsi la concession d'aménagement<sup>142</sup>. Parallèlement, la prise de conscience environnementale des externalités d'une opération d'aménagement se développe de plus en plus<sup>143</sup>, y compris juridiquement, et sous différentes facettes. Dès lors, les

---

<sup>138</sup> Articles L2422-5 à L2422-11 du code de la commande publique

<sup>139</sup> Articles 1831-1 à 1831-5 du Code civil

<sup>140</sup> Voir partie première.

<sup>141</sup> Voir développements précédents.

<sup>142</sup> Article L. 300-4 du Code de l'urbanisme.

<sup>143</sup> L'on peut se contenter de rappeler la promotion des labels « Écoquartiers » par les pouvoirs publics

Législateurs européen et français s'attachent à ce que les opérations d'aménagement d'aujourd'hui prennent en compte cet enjeu (concertation citoyenne, enquête publique, lutte contre l'artificialisation des sols, revégétalisation des villes, etc.).

A ce sujet, demeure une externalité environnementale d'une opération d'aménagement hors de portée – concrète et temporelle – des aménageurs professionnels, et qui est symptomatique des tendances susmentionnées : le maintien de la biodiversité (I). Dès lors, de quels moyens dispose un aménageur pour être neutre d'un point de vue de son impact sur la biodiversité ? La fiducie serait-elle une réponse (II) ?

#### A) La compensation écologique d'une opération d'aménagement

Le code de l'environnement aborde l'objectif de neutralité environnementale au titre, notamment, de la séquence éviter-réduire-compenser dite « ERC ». Cette séquence prend elle-même place au sein de la procédure d'évaluation environnementale qui est un processus d'abord constitué de l'élaboration, par le maître d'ouvrage, d'un rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement, dénommé étude d'impact. Cette étude d'impact – comportant un volet biodiversité – devra préciser les « *mesures prévues par le maître de l'ouvrage pour : – éviter les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine et réduire les effets n'ayant pu être évités ; – compenser, lorsque cela est possible, les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine qui n'ont pu être ni évités ni suffisamment réduits* »<sup>144</sup>. Ensuite, l'autorité compétente pour autoriser le projet examinera l'ensemble de ces documents, et s'assurera que le porteur de projet a bien pris en compte l'avis qu'a rendu l'autorité environnementale<sup>145</sup> à propos de l'étude d'impact, en particulier les remarques relatives à la séquence « ERC ». Puisque les opérations d'aménagement sont en général soumises à évaluation environnementale<sup>146</sup>, celle-ci devront souvent comporter de telles mesures, afin de respecter l'autorisation qui ces prescriptions.

Le code de l'environnement dispose que « *les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité visent un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité. Elles doivent se traduire par une obligation de résultats et être effectives pendant toute la durée des atteintes* ». Et ce, avant de rappeler que, mais cela ne masque pas la démarche sous-jacente qui est à l'œuvre, « *elles ne peuvent pas se substituer aux mesures d'évitement et de réduction* »<sup>147</sup>. Cette séquence priorise donc les mesures d'éviter, puis de réduction, et rend

---

<sup>144</sup> Article R. 122-5, 8°, du code de l'environnement.

<sup>145</sup> Celle-ci ne prend pas une décision administrative au sens du droit administratif, et n'est donc pas un acte administratif unilatéral faisant grief, mais un avis simple.

<sup>146</sup> Voir *supra*.

<sup>147</sup> Article L. 163-1 du code de l'environnement.

théoriquement subsidiaire les mesures de compensation<sup>148</sup>. Or, le code de l'environnement – de manière implicite – semble plutôt opérer une hiérarchie inverse... Depuis la loi de 2016 pour la reconquête de la biodiversité<sup>149</sup>, ce code dispose d'un chapitre entier dédié aux mesures de compensation écologique<sup>150</sup>, venant unifier les différents régimes de compensation antérieurs. En effet, le droit français de l'environnement est prolixe en régimes de compensation<sup>151</sup>. Tous ces éléments justifient qu'elle soit abordée sous l'angle de la biodiversité en matière d'opération d'aménagement au regard de ses impacts<sup>152</sup>.

Précisons tout d'abord qu'une telle compensation peut avoir lieu soit sur le site même des atteintes, soit à proximité. En milieu urbain dense, il est assez difficile de mener des opérations de compensation écologique<sup>153</sup>. L'enjeu est alors de trouver le foncier requis le plus près possible du site aménagé et qui répond aux enjeux de biodiversité mis en lumière par l'étude d'impact. Ensuite, vient la sécurisation du foncier. Puis, devra être élaboré un plan de gestion pour atteindre l'objectif en termes de biodiversité. S'en suivront enfin les travaux proprement dits de réhabilitation et de restauration, afin de faire émerger un lieu propice au redéploiement des espèces auxquelles il a été porté atteinte. Parallèlement, ces travaux initiaux peuvent converger et voir leur effet amplifié par d'autres activités vertueuses de ce point de vue : agroforesterie, maraîchage en permaculture, etc. Cette mixité des usages permet d'imaginer une mutualisation au moins partielle des mesures de compensation de différents maîtres d'ouvrage, permettant de répondre à la question de la rareté foncière pouvant se poser un jour. Au-delà de cette approche surfacique, cette concurrence des mesures de compensation sur un même site est souhaitable puisque plus un milieu est complexe, plus il est résilient. Enfin, un suivi des mesures de gestion devra être assuré<sup>154</sup>.

Se dégagent ainsi deux enjeux, le premier étant opérationnel. Au vu du modèle économique de l'aménagement et des effectifs dont dispose un aménageur, sa plus-value réside dans les compétences de programmation, de maîtrise d'œuvre urbaine, de viabilisation de terrains et dans l'interaction entre les différentes parties prenantes – Administrations, citoyens, promoteurs immobiliers. De même qu'un aménageur ne réalise pas lui-même ses

---

<sup>148</sup> La séquence ERC est entièrement tournée vers l'objectif de neutralité environnementale, mais sa mise en œuvre fait appel à des temporalités différentes. L'évitement et la réduction se situent ex-ante, puisqu'il s'agit d'actions préventives. La compensation, elle, se situe ex-post, puisqu'il s'agit d'actions curatives  
Source : Intervention Philippe Billet colloque L III

<sup>149</sup> Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

<sup>150</sup> Code de l'environnement, Livre 1<sup>er</sup> Dispositions communes, Titre VI Prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement, Chapitre III Compensation des atteintes à la biodiversité

<sup>151</sup> Espaces et habitats protégés, boisements compensatoires, zones humides, zones Natura 2000, etc.

<sup>152</sup> Voir *supra*.

<sup>153</sup> L'on peut malgré tout évoquer les travaux de certains travaux sur ce sujet :

- DUSZA Y., Toitures végétalisées et services écosystémiques : favoriser la multifonctionnalité via les interactions sols-plantes et la diversité végétale. Ecologie, Environnement. Université Pierre et Marie Curie - Paris VI, 2017 ;
- DREVARD T., LA VEGETALISATION DES TOITURES - Vers un droit de la canopée urbaine, Mémoire de Master 2 droit de l'environnement, Université Lyon III, 2016.

<sup>154</sup> THIEVENT P., « La pratique de la compensation écologique », *EEL*, n° 6, 2017, dossier 9

travaux mais fait appel à des entreprises de travaux, il fera appel à des professionnels de la compensation<sup>155</sup>. Le métier d'aménageur est celui d'ensemblier urbain. Pour qu'il puisse satisfaire à ses obligations, la loi pour la reconquête de la biodiversité de 2016 a expressément prévu la possibilité de contracter avec un opérateur de compensation<sup>156</sup>. Il s'agit d'une personne publique ou privée chargée, par le débiteur d'une telle obligation, de les mettre en œuvre pour le compte de cette personne et de les coordonner à long terme.

Le second enjeu qui se dégage est l'exigence de pérennité de ces mesures. Cela est rappelé régulièrement par les dispositions qui en traitent et par la Doctrine<sup>157</sup>, notamment par la docteure en droit de l'environnement Marthe Lucas, lors de son intervention devant la commission d'enquête sénatoriale, créée en 2016, sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures<sup>158</sup> :

*« Comment réussir à garantir une compensation qui soit effective et pérenne sur le très long terme, alors qu'elle est actuellement le fruit de contrats de courte durée, ce qui nécessite une succession de contrats dans le temps ? Comment faire face au changement de gestionnaire de compensation, de propriétaire, voire carrément de site de compensation en cours de projet ou même de maître d'ouvrage ? ».*

Si la temporalité de l'aménageur peut s'accorder avec l'évitement et la réduction – à condition que ce soit possible, il en va différemment pour celle des actions curatives, i.e. des mesures compensatoires. La temporalité de l'aménageur relève en effet du court terme – même si une opération d'aménagement peut durer jusqu'à plus d'une vingtaine d'années – et sa marge de manœuvre reste cantonnée au périmètre de l'opération d'aménagement.

---

<sup>155</sup> Audition de M. Arnaud Gossement, avocat, Mme Marthe Lucas, maître de conférences à l'Université d'Avignon, et M. François-Guy Trébulle, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, du mardi 20 décembre 2016 [en ligne]. In : Sénat, comptes-rendus de la commission d'enquête atteinte à la biodiversité. Disponible sur : [http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20161219/ce\\_biodiv.html#toc2](http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20161219/ce_biodiv.html#toc2) :

« Par ailleurs, je pense qu'il faut lancer un débat sur la spécialisation du travail de définition et d'exécution des mesures compensatoires. Mes clients, lorsqu'il s'agit de petites entreprises qui font appel à des bureaux d'études assez modestes, ne sont pas des spécialistes de la biodiversité et de son ingénierie. Or, faire appel à un tiers peut avoir un coût important qui va grever le budget, voire conduire à son abandon. Pourtant, une telle intervention est nécessaire

<sup>156</sup> Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, article 69.

<sup>157</sup> SOLEILHAC T., « Le temps et le droit de l'environnement », thèse de doctorat, droit public, Lyon : Université Jean-Moulin - Lyon 3, 2006. In: Revue Juridique de l'Environnement, n°1, 2010. p. 187 : « **L'approche juridique de l'environnement révèle une omniprésence du temps**, dimension essentielle de l'objet saisi par le droit ou cadre de l'application de ce dernier, souvent dans l'urgence. Long terme, irréversibilité, processus et équilibres écologiques, patrimoine commun, générations futures et développement durable sont autant d'aspects qui illustrent la richesse de la conception du temps propre au droit de l'environnement. L'émergence de ces temporalités spécifiques démontre que le droit de l'environnement n'est pensé qu'en termes de résolution de la collision entre temps humain et temps naturel. »

<sup>158</sup> Audition précitée.

Devant cette même commission sénatoriale, deux solutions semblent apparaître malgré tout pour François-Guy Trébulle :

« Face à la fragilité d'opérateurs, il y a quelque chose de vertigineux à proprement parler, tant et si bien qu'à l'exception des mécanismes reposant sur le droit réel, particulièrement sur la propriété, éventuellement publique, ou sur une **fiducie bien comprise**, laquelle permettrait de dépasser la vue économique, il sera très difficile d'envisager l'effectivité des mesures ».

B) L'usage de la fiducie-gestion en matière de compensation écologique d'une opération d'aménagement

Une « fiducie bien comprise » - par un aménageur – devra répondre aux incitations de la réglementation en la matière : garantir la pérennité des mesures de compensation et contractualiser avec des opérateurs spécialisés – opérateurs de compensation introduits par la loi Biodiversité<sup>159</sup>.

Sur le premier volet, rappelons que la fiducie peut évidemment revêtir une nature contractuelle. Bien que le titre du Code civil relatif à la fiducie mentionne en premier lieu les fiducies créées par la loi, il n'en demeure pas moins que ces cas resteront marginaux<sup>160</sup>. En effet, le corpus juridique dont s'inspire la fiducie<sup>161</sup> est éminemment contractuel et sa souplesse n'est autre que celle de la liberté contractuelle. « D'ailleurs, le fait que l'article [2012] insiste sur le caractère exprès de la fiducie, c'est-à-dire sur la manifestation de la volonté des parties à travers un acte juridique, en dit long sur la nature intrinsèque de la relation fiduciaire »<sup>162</sup>.

Sur le second volet, il peut paraître hasardeux d'espérer faire reposer la pérennité de mesures compensatoires sur la volonté de cocontractants, notamment sur un aménageur, au vu de sa temporalité. De plus, rappelons que la réforme du droit des contrats de 2016<sup>163</sup> créa un article 1210 au Code civil<sup>164</sup> venant expressément prohiber les engagements perpétuels<sup>165</sup>. En leur présence, les juridictions sont donc appelées à les requalifier – au moins s'agissant des conditions de leur rupture – en contrats à durée indéterminée. Cela aura pour conséquence

---

<sup>159</sup> *Ibidem*.

<sup>160</sup> Article 2012 du Code civil :

« La fiducie est établie par la loi ou par contrat. [...] ».

<sup>161</sup> Voir *supra*.

<sup>162</sup> Rapport de Roux préc.

<sup>163</sup> Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>164</sup> Article 1210 du Code civil :

« Les engagements perpétuels sont prohibés.

Chaque contractant peut y mettre fin dans les conditions prévues pour le contrat à durée indéterminée. »

<sup>165</sup> M. MEKKI, « Réforme du droit des obligations : engagements perpétuels, contrats à durée indéterminée et à durée déterminée », JCP N, n°50, 2016.

d'accorder à chaque partie la possibilité de les résilier unilatéralement. Une technique contractuelle souffrirait donc d'un mauvais *a priori*.

Cette réticence du droit français à l'égard de la perpétuité des engagements pourrait donner par la même occasion un fondement théorique à la réalité des mesures compensatoires : des contrats dont la durée d'application se situant seulement entre quinze et trente ans<sup>166</sup>. Les travaux préparatoires à la loi « Biodiversité » rappellent que le conventionnement avec les exploitants agricoles ou des gestionnaires de site est insuffisant pour garantir la pérennité de compensations concernant des impacts définitifs. En effet, les conventions utilisées établissent des obligations personnelles - et non pas réelles - avec des « exploitants agricoles » et peuvent donc « s'éteindre » en cas de transfert de propriété.

Or, le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale rappelle dans son introduction que « la fiducie est l'un des plus anciens contrats réels visant [notamment] à la gestion d'un patrimoine »<sup>167</sup>. Autrement dit, l'obligation – par exemple d'assurer la gestion vertueuse d'un site d'un point de vue de sa biodiversité – ne s'éteint pas avec la transmission fiduciaire, mais se poursuit. Pour rappel, la fiducie opère notamment le transfert des droits, personnels (portant sur des créances, des contrats), mais aussi les droits réels principaux (à l'instar des droits de propriété, des droits d'usufruit ou des servitudes)<sup>168</sup>. Dès lors, pour quelle raison le caractère réel de la fiducie serait un gage de pérennité des mesures de compensation ?

La raison est la suivante : les attraits de la propriété peuvent être mis à profit d'un but environnemental, puisque la fiducie opère nécessairement une transmission finalisée d'une propriété.

D'un point de vue théorique, les relations entre propriété et environnement irriguent en effet les réflexions sur la protection de la nature depuis plus de trente ans<sup>169 170</sup>. Tout d'abord, la dimension patrimoniale de la propriété implique un devoir de conservation, recoupant les objectifs de protection et de gestion durable de l'environnement. Ensuite, un autre intérêt du mécanisme fiduciaire est la sécurisation du foncier qui accueillera les mesures de compensation. Le risque est en effet qu'une maîtrise insuffisante des espaces compensés –

---

<sup>166</sup> LEVREL H., « VIII / Les outils de mise en œuvre des compensations écologiques » [en ligne]. In : Harold Levrel éd., Les compensations écologiques. Paris, La Découverte, « Repères », 2020, p. 97-109. Disponible sur : <https://www-cairn-info.ezproxy.universite-paris-saclay.fr/--9782707197979-page-97.htm>.

<sup>167</sup> Rapport de Roux préc.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> SOLEIHAC T., « La fiducie environnementale », EEI, n° 6, 2017, dossier 13

<sup>170</sup> De manière symbolique, citons également le 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 1<sup>er</sup> du code de l'environnement :

« Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sons et odeurs qui les caractérisent, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, la qualité de l'eau, les êtres vivants et la biodiversité font partie du **patrimoine commun de la nation**. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage. »

par exemple par le biais de simples servitudes couplées à des obligations personnelles – aboutisse à court ou moyen terme à leur reconversion à d'autres fins, l'utilité de la compensation étant alors perdue. Seule la maîtrise de la propriété permet de le limiter<sup>171</sup>. Troisièmement, l'exclusivité, caractéristique essentielle de la propriété, est bien présente. Celle-ci établit un rapport « privatif » et confère au propriétaire un pouvoir d'exclure. Mais en matière de fiducie, ce point est discuté en Doctrine<sup>172</sup>. En effet, le fiduciaire peut être révoqué par le constituant s'il manque à ses devoirs et sa mission, ce qui engagera par ailleurs sa responsabilité à l'égard de ce dernier. Cependant, de nombreuses situations existantes donnent l'exemple de propriétaires restreints dans cette exclusivité, sans se voir dénier cette qualité<sup>173</sup>. Par conséquent, il est plus prudent d'évoquer une exclusivité qui serait « collective », au bénéfice du fiduciaire à titre principal, et du constituant à titre nécessaire mais subsidiaire.

L'élément qui a cependant été retiré à la propriété telle qu'entendue classiquement est le caractère indéterminé de son usage<sup>174</sup>. Pour rappel, l'article 2011 du code civil définissant la fiducie rappelle que les fiduciaires « agissent dans un but déterminé ». Cette idée s'inscrit dans la veine de la « propriété-fonction » telle que présentée par le Professeur Grimonprez dès lors que « la propriété n'est plus une fin en soi mais un moyen mis au service d'un but »<sup>175</sup>. Les adjectifs « finalisée », « modelée », « instrumentalisée », « affectée » et « conditionnelle » ont tour à tour été mobilisés en Doctrine pour qualifier cette propriété fiduciaire. À titre de comparaison, il est possible de songer aux acquisitions du Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, dont la mission consiste en une politique de maîtrise foncière aux fins de sauvegarde de l'espace littoral et de respect des sites naturels et de l'équilibre écologique<sup>176</sup>. En conséquence, le fiduciaire ne dispose logiquement pas des prérogatives ordinaires d'un propriétaire et le contrat de fiducie déterminera l'étendue de ses pouvoirs d'administration et de disposition<sup>177</sup>. Logiquement, le pouvoir de disposition sera rigoureusement encadré voir retiré.

D'un point de vue opérationnel, il s'agit de mettre à profit les attributs du propriétaire-fiduciaire sur la tête de l'opérateur de compensation, l'objectif étant d'allier externalisation contractuelle et pérennité des mesures. Au vu de la souplesse laissée aux parties pour définir les missions du fiduciaire, la loi Biodiversité – officialisant la notion d'opérateur de

---

<sup>171</sup> SOLEIHAC T., « La fiducie environnementale », préc.

<sup>172</sup> ESTIENNY F., « La fiducie : aspects juridiques et fiscaux - Contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire », thèse de doctorat en Droit, Toulouse : Université Toulouse 1 – Capitole, 2018, 422 p.

<sup>173</sup> Mineur, majeur protégé, gérant d'une société, etc.

<sup>174</sup> Encore que l'absolutisme, qui se dégage de l'article 544 du Code civil n'est – au vu de ses atteintes nombreuses – n'est plus considéré par une partie de la Doctrine comme un caractère distinctif de la propriété.

<sup>175</sup> GRIMONPREZ B., « La fonction environnementale de la propriété », Revue trimestrielle de droit civil, 2015/3, p. 1.

<sup>176</sup> Articles L. 322-1 à L. 322-14 du code de l'environnement.

<sup>177</sup> Article 2018 du Code civil.

compensation – lui offre une nouvelle perspective de mission, inspirée par l'idée de conservation de la nature.

Concrètement, il s'agira pour le fiduciaire-opérateur de compensation de mener les actions de compensation écologique dont est débiteur un maître d'ouvrage au titre de son évaluation environnementale, notamment un aménageur/promoteur. Ce dernier sera le constituant. Il constituera une fiducie pour « réaliser leurs opérations de compensation par des transferts de foncier et la délégation du pilotage des actions nécessaires au fiduciaire, du plan de gestion à la réalisation des travaux de génie écologique et au suivi de la gestion sur le long terme. Le fiduciaire mènera conformément au contrat de fiducie des actions de restauration, reconquête, préservation, gestion et valorisation de la biodiversité remarquable comme ordinaire, rendra compte au constituant ou aux autorités de contrôle et surtout sera le garant d'une gestion qui dépassera la seule conservation d'un milieu »<sup>178</sup>.

Ce contexte permet de comprendre la seconde origine de la fiducie française : le *trust*, signifiant « faire confiance à »<sup>179</sup>. Le *trust* fait lui-même suite à la pratique féodale des *uses* en Angleterre<sup>180</sup>. Suite à l'arrivée au trône de Guillaume le Conquérant au XI<sup>e</sup> siècle, celui-ci institua un régime foncier particulièrement contraignant pour les seigneurs, notamment en raison des droits de successions exorbitants. Les *uses* permettaient alors au seigneur de confier l'ensemble de son patrimoine à un tiers de confiance afin qu'il les gère au bénéfice de sa famille une fois décédé. Cette pratique se répandit à l'époque des Croisades en Terre Sainte, et permettait alors aux chevaliers de confier ses terres le temps de son absence, et de se les faire restituer à son retour, ou à son hériter. La notion de confiance dans la durée était là aussi présente.

Aux Etats-Unis, les *trusts* occupent un rôle de premier ordre en matière de protection de l'environnement, et sont alors dénommés *conservation land trusts*<sup>181</sup>, devant les actions publiques *stricto sensu*.

---

<sup>178</sup> SOLEIHAC T., préc.

<sup>179</sup> En Droit de *common law*, le *trust* est une institution jurisprudentielle datant en réalité de l'essor industriel du Royaume-Uni et concernait de l'actif seulement mobilier, dont la fiducie duplique la grande majorité de son fonctionnement<sup>179</sup>. Le constituant est alors dénommé *settlor*, la fiducie *trust*, le fiduciaire *trustee*.

<sup>180</sup> ESTIENNY F., POULMAIRE D., préc.

<sup>181</sup> « Aux Etats-unis, il existe un recensement des fiducies foncières environnementales établi par l'Alliance pour les land trust : c'est le National Land Trust Census, dont la dernière livraison date de 2010 (sur la base d'un travail analytique mené en fait en 2011). Ce recensement amène à relever l'existence de 1760 organisations, en charge d'une surface cumulée d'environ 19 millions d'hectares. L'étude établit la distinction entre des trust à caractère fédéral (national land trusts) et des trust établis au niveau des Etats fédérés ou des collectivités (state and local groups). »

Citons pour exemple le Green Belt Land Trust, dans l'Oregon, visant préserver les services écosystémiques sur ses parcelles : « maintien d'écosystèmes variés, exploitations agricoles efficaces et pérennes, fourniture d'une eau saine et abondante, maintien d'opportunités en termes d'activités récréatives et d'éducation, préservation des communautés locales en tant que lieux d'existence attractifs, maintien de la beauté paysagère... »

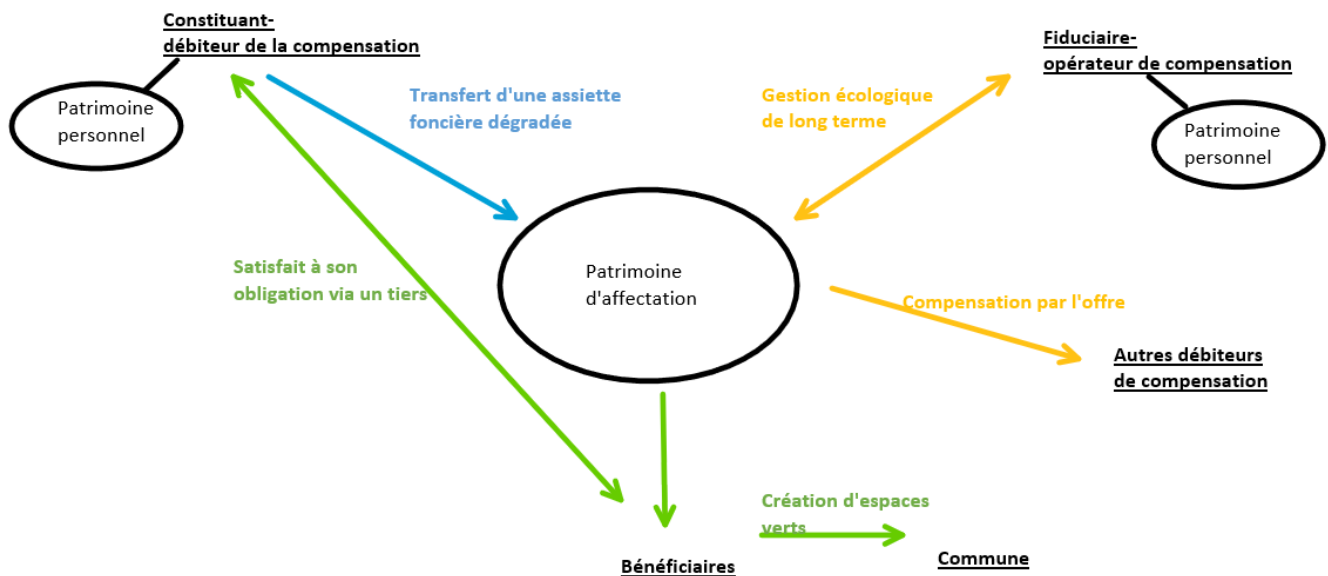
Le patrimoine fiduciaire peut dans un premier cas se composer d'une assiette foncière dégradée d'un point de vue environnemental, fournie par l'aménageur constituant, au fiduciaire-opérateur de compensation, en qui il aura « confiance » pour agir en faveur de la biodiversité. Par exemple, il pourrait s'agir d'une portion de l'assiette de l'opération d'aménagement, permettant une compensation *in situ*. Une telle solution pourrait aussi être couplée avec la création d'espaces verts – certes non accessibles au public – s'insérant au centre du reste de la programmation. Une pluralité de bénéficiaires peut être identifiée. A l'évidence, l'aménageur-constituant est le premier bénéficiaire puisqu'il est débiteur de l'obligation de compensation. Au contraire de la procédure de tiers-demandeur, la contractualisation de la réalisation de la compensation n'emporte pas transfert de l'obligation sur la tête de l'opérateur de compensation. Malgré cela, le constituant demeure bénéficiaire. L'autre bénéficiaire envisageable est la commune sur le territoire de laquelle se déroule l'opération d'aménagement. En effet, une fois l'obligation de compensation environnementale satisfaite, le contrat de fiducie peut prévoir que la commune se verra céder – à titre gratuit ou non – le terrain objet de la compensation<sup>182</sup>. Celle-ci prendra la suite de la gestion, en l'entretenant au titre de ses autres parcs et jardins, en prévoyant des mesures protectrices des espèces.

Par la même occasion, le fiduciaire pourra aussi mener des opérations de compensation par l'offre. En tant que titulaire de la quasi-totalité des droits du propriétaire, le fiduciaire pourra les présenter à la compensation de projets portés par d'autres obligés à la compensation. Or, comme rappelé précédemment, la mutualisation d'opérations de compensation écologique est – jusqu'à une certaine mesure – bénéfique tant pour la résilience du milieu naturel que de leur efficacité.

---

Source : Mission économie de la biodiversité, Humanité et biodiversité, Fondation Nicolas Hulot (co-publication), Les Droits réels au service de la biodiversité, 2014. [En ligne]. In : Mission économie de la biodiversité. Disponible sur : <https://www.mission-economie-biodiversite.com/publication/droits-reels-au-profit-de-la-biodiversite>.

<sup>182</sup> Naturellement, les règles de la commande publique devront être respectées. Mais cette acquisition pourrait a priori bénéficier des exclusions de la commande publique, puisqu'il pourrait s'agir d'un simple contrat d'acquisition immobilière.



Production personnelle

Enfin, précisons que si les qualités de fiduciaire et d'opérateur de compensation peuvent se cumuler, toutes deux peuvent également se cumuler avec celle de tiers-demandeur. Dans ce cas de figure, deux constituants au moins sont présents : le propriétaire d'un terrain pollué et le débiteur de l'obligation de compenser. Il s'agirait pour le fiduciaire-tiers-demandeur à la réhabilitation du site pollué de présenter son opération à la compensation écologique.

La mission d'AMO de CITALLIOS pour le site de Triel-sur-Seine évoquée précédemment permet de comprendre cette configuration. L'exploitant actuel de l'ICPE – une décharge de déchets – procède avec un fiduciaire à une procédure tiers-demandeur. L'usage futur visé est un parc urbain dont l'accès est encadré pour permettre une dépollution naturelle au travers d'espèces végétales ciblées. Cette opération peut parallèlement intéresser des porteurs de projets devant faire accomplir une compensation écologique. En effet, ils pourront aider au financement de la réhabilitation en parc urbain – ne permettant pas en soi un rentabilité importante – et en faire un site naturel de compensation.

La transmission du foncier – au préalable acquis – nécessaire à la compensation demeure la solution la plus simple en théorie. Mais en pratique, outre le coût d'une telle opération, les espaces à vendre dans un périmètre géographique permettant de respecter l'exigence légale de proximité ne sont pas illimités, qui plus est en milieu urbanisé. Les propriétaires demeurent également peu enclins à se défaire de leur bien. Le recours à la procédure – très longue – de l'expropriation serait donc nécessaire. Or, les autorités environnementales compétentes exigent que ces mesures soient prévues le plus en amont possible, avant même la réalisation des atteintes à la biodiversité.

Dès lors, une autre compensation par l'offre, toujours via une fiducie, pourrait voir le jour, avec un réagencement des rôles<sup>183</sup>. L'aménageur constitue une fiducie en transférant cette fois-ci des fonds dont usera le fiduciaire-opérateur de compensation. Les propriétaires d'espaces naturels seraient aussi constituants en transférant leur terrain dans ce patrimoine d'affectation, pour permettre au fiduciaire de mener les opérations de compensation. Pour pallier la réticence de ces propriétaires, le contrat de fiducie stipulera que ceux-ci en conserveront l'usage et la jouissance<sup>184</sup> dans la mesure où leurs activités – par exemple forestières ou agricoles – sont compatibles avec la compensation écologique. Ce contrat stipulera aussi et surtout qu'ils seront bénéficiaires – au côté de l'aménageur pour la même raison que précédemment – signifiant que le terrain réintègrera leur patrimoine à l'expiration des opérations de compensation écologique. Cette dualité de qualité leur assurerait qu'ils ne se dépossèdent pas définitivement de leur propriété.

### C) Interrogations sur l'usage de la fiducie-gestion aux fins de compensation écologique

A titre liminaire, précisons que la restriction des personnes habilitées à accéder à la qualité de fiduciaire<sup>185</sup> n'est ici pas un obstacle. En effet, la Caisse des dépôts et consignations dispose d'une filiale dédiée : CDC biodiversité. De même, certains membres de l'avocature commencent à acquérir une expérience reconnue en matière de compensation écologique<sup>186</sup>  
<sup>187</sup>.

La première réelle interrogation naît dans le prolongement des développements ci-dessus relatifs aux attraits de la propriété pour les mesures de compensation écologique : la propriété-fiduciaire bénéficie-t-elle vraiment de la perpétuité attachée à la propriété ?

*A priori*, la réponse est négative : « Le contrat de fiducie détermine, à peine de nullité [...] la durée du transfert, qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans à compter de la signature du contrat » d'après l'article 2018 du Code civil. Pour autant, cette disposition n'est pas un obstacle, pour au moins deux raisons, à l'objectif de pérennité.

---

<sup>183</sup> SOLEIHAC T., préc.

<sup>184</sup> Voir article 2018-1 du Code civil.

<sup>185</sup> Pour l'essentiel : établissements bancaires, Caisse des dépôts et consignations, avocats.

<sup>186</sup> Nous pensons évidemment à Me Thibault SOLEIHAC, avocat au Barreau de Lyon, qui a créé une société dédiée : HÉLIOS FIDUCIE.

<sup>187</sup> A titre prospectif, le champ d'application personnel de la fiducie gagnerait certes – pour notre cas – à s'inspirer du régime voisin des obligations réelles environnementales, qui peuvent être utilisées à des fins de compensation. Celui-ci fait référence aux établissements publics et aux personnes morales 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, ayant pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques » (article L. 132-3, al. 1<sup>er</sup> du code de l'environnement)

Tout d'abord, il n'est pas sûr que la propriété-fiduciaire souffre d'une grande lacune de ce point de vue par rapport à la propriété entendue classiquement. Certes, bien qu'aucun texte ne consacre expressément ce principe, le droit de propriété est un droit perpétuel. Il est la conséquence de l'absolutisme exprimé à l'article 544 du Code civil, et concentré dans la formule suivante : la « perpétuité » est « l'absolutisme du droit appréciée dans le temps »<sup>188</sup>. Cela étant, perpétuité ne veut pas dire éternité. Ainsi, en Droit, la définition de la perpétuité renvoie à deux éléments : l'absence d'extinction en cas de non-usage de la chose ; une durée aussi longue que celle de la chose sur laquelle le droit de propriété porte. En conséquence, ramenée à l'échelle humaine, une propriété perpétuelle est celle dont la durée n'est pas limitée à la vie de son titulaire<sup>189</sup>. Il en résulte que la propriété fiduciaire n'est pas tant que cela opposée à une propriété « classique » du point de vue du temps. D'une part, rien n'indique que la propriété fiduciaire se perd par le non-usage, le constituant peut même en conserver l'usage et la jouissance<sup>190</sup>. D'autre part, comme toutes les autres propriétés temporaires, elle est considérée comme imprescriptible<sup>191</sup>.

Ensuite, bien que les textes soient silencieux sur ce point, la durée de la fiducie est prorogable<sup>192</sup>, à l'image du régime des sociétés<sup>193</sup>.

Si l'idée de pérennité des mesures compensatoires peut être sauvée, cela vaut sous réserve d'évènements venant affecter le bon déroulement de la fiducie. La deuxième interrogation est donc toujours relative à l'objectif de pérennité, mais sous un angle dynamique : *quid* de la défaillance du fiduciaire ?

A cet égard, l'article 2027 du Code civil prévoit un régime protecteur de l'affectation du patrimoine fiduciaire en cas de défaillance du fiduciaire. Si le fiduciaire « manque à ses devoirs ou met en péril les intérêts qui lui sont confiés », le constituant et le bénéficiaire peuvent procéder à sa suspension ou destitution. Que cela soit prévu contractuellement ou non, ils pourront appliquer les clauses du contrat ou obtenir de la Justice la nomination d'un fiduciaire provisoire ou son remplacement.

Il convient enfin d'étudier les causes d'extinctions de la fiducie propres aux intervenants, qui pourrait être amenés à disparaître juridiquement.

---

<sup>188</sup> BEUDANT C., Cours de droit civil français. Les Biens, avec la collaboration de Pierre VOIRIN, t. IV, 2 éd., Paris, 1998

<sup>189</sup> ESTIENNY F., préc.

<sup>190</sup> Article 2018-1 du Code civil préc.

<sup>191</sup> ESTIENNY F., préc.

<sup>192</sup> SOLEIHAC T., préc.

<sup>193</sup> L. 210-2 du code de commerce : « La forme, la durée qui ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans, la dénomination sociale, le siège social, l'objet social et le montant du capital social sont déterminés par les statuts de la société. »

Existent en premier lieu des causes d'extinction de plein droit, au rang desquelles le décès du constituant personne physique en cas de fiducie-gestion<sup>194</sup>. Cela ne concerne évidemment pas les aménageurs/promoteurs constituants puisque ce sont des personnes morales.

Existent en second lieu des causes d'extinction prévues au Code civil, sous réserve d'aménagements conventionnels. C'est le cas de la renonciation à la fiducie par l'ensemble des bénéficiaires. A l'évidence, le contrat de fiducie devra stipuler que les bénéficiaires ne pourront pas renoncer à la fiducie avant l'atteinte des objectifs des mesures compensatoires. Enfin, le contrat de fiducie prend fin en principe lorsque le fiduciaire est l'objet « d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution ou disparaît par suite d'une cession ou d'une absorption et, s'il est avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau »<sup>195</sup>. De même, le contrat de fiducie devra stipuler une clause de continuation obligeant le(s) constituant(s) à rechercher un nouveau fiduciaire, afin de reprendre l'exécution des mesures de compensation.

Au-delà de ces causes d'extinction « anticipées » du contrat de fiducie, *quid* des autres causes d'extinction ?

La fiducie peut naturellement prendre fin à l'arrivée du terme fixé. Dans ce cas, les parties devront veiller à ce qu'il soit fixé en fonction de la durée des mesures compensatoires<sup>196</sup>. Egalement, la fiducie s'achève par l'atteinte du but visé quand celle-ci a lieu avant le terme<sup>197</sup>. L'atteinte de ce but pose la question du devenir de ce patrimoine fiduciaire une fois que les objectifs assignés à la compensation sont atteints. D'un point de vue fiduciaire, la réponse est simple : la fin du contrat de fiducie entraîne en principe le transfert du patrimoine fiduciaire au bénéficiaire. Cela résulte de la définition même de la fiducie contenue à l'article 2011 du Code civil. En termes de biodiversité toutefois, cela interroge. En effet, les acteurs devront anticiper ce retour au bénéficiaire car à cette échéance, l'affectation de ce patrimoine ne sera plus garantie. Le terrain ne fera plus partie d'un patrimoine séparable du constituant mais réintégrerait le sien, au même titre que ses autres éléments d'actifs et de passif, dont il pourra librement disposer. L'aménageur pourra le revendre entièrement à des promoteurs immobiliers pour alimenter son budget sur d'autres opérations d'aménagement, l'exploitant agricole pourra revenir à une agriculture dite « conventionnelle », usant de produits phytosanitaires. Malgré le fait que cela ne s'inscrive pas dans l'esprit des textes, cela est conforme au droit de la compensation puisque les mesures compensatoires ne sauraient être exigées à titre éternel ni même perpétuel. Par conséquent, le voie la moins imparfaite consisterait à stipuler dans le contrat que figure au rang des bénéficiaires la commune – voir

---

<sup>194</sup> Articles 2029, al. 1<sup>er</sup> (régime général) et 2488-1 (fiducie-sûreté) du Code civil.

<sup>195</sup> Article 2029, al. 2<sup>nd</sup> du Code civil

<sup>196</sup> Article 2029, al. 1<sup>er</sup> du Code civil

<sup>197</sup> *Ibidem*.

le département au titre de sa compétence en matière d'espaces naturels – afin que ceux-ci intègrent le terrain objet de telles mesures dans leur domaine public.

## Conclusion générale

Ces pages ont eu pour but d'effleurer les potentialités de la fiducie en matière d'opération d'aménagement, sous l'angle de la réhabilitation d'anciens sites et sols pollués pour l'essentiel et de la compensation écologique, autrement dit d'un instrument pensé initialement en matière bancaire au service de la police de l'environnement. Cela n'est pas incongru, en témoigne l'anticipation du notariat dès les années quatre-vingt-dix :

« Le contrat un bon garant de la protection de l'environnement ; il ne nie pas l'action publique, il y donne un prolongement »<sup>198</sup>.

Dans ce cadre, la fiducie accompagne l'aménagement du risque entre vendeur et acquéreur d'un bien immobilier et fournit un véhicule juridique unique pour les opérations complexes que sont la réhabilitation d'un ancien site ICPE et l'accomplissement de mesures compensatoires. Pour paraphraser messieurs Boivin et Souchon<sup>199</sup> :

« Dans ces différentes configurations, le contrat compose avec la police, la prolonge avec discernement et vient, en la complétant là où c'est nécessaire, lui donner l'effet le plus utile possible ».

Ce faisant, la fiducie s'inscrit dans un mouvement de transformation, rénovation, de la théorie de la propriété, en ce qu'elle en contredit *a priori* certains principes tout en s'en réclamant. A côté de la division d'un bien, donnant par exemple lieu aux classiques droits de superficie ou une division volumétrique, l'entière d'un bien peut être affecté à une fin environnementale. Pour autant, un dernier obstacle est à lever pour donner à la fiducie environnementale tout son effet : la restriction des personnes pouvant être fiduciaire.

Toujours est-il que la fiducie relève bien de la famille des propriétés-affectées à un but autre que la seule satisfaction économique de son titulaire, et rejoint ainsi le *trust* anglo-saxon, la *Stiftung* allemande, équivalent de notre fondation, le *habous* algérien, institution du droit islamique reconnue en droit algérien, présentant des similitudes avec notre domanialité publique<sup>200</sup>, institutions pouvant toutes recevoir une affectation environnementale.

---

<sup>198</sup> FERRU D., « Protection de l'environnement : de la contrainte au contrat : compte rendu des travaux des commissions / 90e congrès des notaires de France », mai 1994 [...]

<sup>199</sup> BOIVIN J.-P., SOUCHON A., préc.

<sup>200</sup> KHALFOUNE T., « Le Habous, le domaine public et le trust. » In: Revue internationale de droit comparé, n°2, 2005. p. 441-470.



## Bibliographie

### - Articles

BACROT B., MOREAU J., WERTENSCHLAG B., « La fiducie en matière environnementale », *AJDI*, 2015, p. 748

BOSC L., « Propriété et protection des sols. Réflexions civilistes sur la prise en compte de la qualité des sols », *Droit et Ville*, vol. 84, no. 2, 2017, p. 65-80.

BOUTONNET M., HERRNBERGER O., MEKKI M., « La dépollution est une notion relative à un projet, un objet, elle n'est pas un concept absolu... », *JCP N*, 2013, n°39, p. 16-20

COUTON X. et SANTONI L., « 20 ans après Chamonix Mont-Blanc, qu'est devenue la notion d'« opération d'aménagement » ? », *Construction-urbanisme*, 2014, p.9

CROZES A., « Les droits réels au service de l'intérêt environnemental : entre démembrement et obligations consenties », *Droit et Ville*, 2018, n°86

HELAINÉ C., « Réforme du droit des sûretés (Saison 2, Episode 9) : la fiducie utilisée à titre de garantie », *Dalloz actualité*, 23 septembre 2021

ODY B., « De l'acceptation du trust dans l'instauration de la fiducie en France. » In : *Revue juridique de l'Ouest*, N° Spécial 2011. Pérennisation des entreprises patrimoniales : l'apport de la fiducie. p. 171-186.

PLISSON A., ROHMERT A., « La clause de garantie environnementale, comment gérer contractuellement es risques environnementaux », IN : *CMS Francis Lefebvre. Actualités*

SOLEIHAC T., « La fiducie environnementale », *EEL*, n° 6, 2017, dossier 13

ZERROUK Y., « Gestion des sites et sols pollués et fiducie », *JCP N*, 2014, n°9

### - Ouvrages

BOIVIN J.-P., SOUCHON A., *Sites et sols pollués*, 3e éd., Antony : LE MONITEUR, 2022 (Guides juridiques)

Comité de Droit Financier - Paris EUROPLACE (juillet 2012 – Paris), *La Fiducie en action – Actes du colloque*

ESTIENNY F., « La fiducie : aspects juridiques et fiscaux - Contribution à l'étude du patrimoine fiduciaire », thèse de doctorat en Droit, Toulouse : Université Toulouse 1 – Capitole, 2018, 422 p.

ESTIENNY F., POULMAIRE D., La Fiducie pour les nuls, Paris : First Editions, 2022

TOUZAIN A., La consignation. Thèse de doctorat d'université. Paris : Université Panthéon-Assas, 2000, 583 p.

- [Travaux parlementaires](#)

Compte-rendu de l'audition de M. Arnaud GOSSEMENT, avocat, Mme Marthe LUCAS, maître de conférences à l'Université d'Avignon, et M. François-Guy TREBULLE, professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, du mardi 20 décembre 2016

Proposition de loi n°178 instituant la fiducie présentée par le sénateur Philippe MARINI, le 8 février 2005, rapporteur de la commission des finances du Sénat.

Rapport n°3655 fait au nom de la commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République de l'Assemblée Nationale du député Xavier de ROUX, député de la commission des lois de l'époque sur la proposition de loi adoptée par le Sénat, instituant la fiducie

# Table des matières

## Table des matières

<b>SOMMAIRE</b> .....	<b>2</b>
<b>PARTIE PREMIERE</b> .....	<b>17</b>
<b><i>La fiducie-sûreté au service de la maîtrise du risque environnemental d'une opération d'aménagement</i></b> .....	<b>17</b>
<b>I. La fiducie : « Reine des sûretés »</b> .....	<b>17</b>
<b>II. Application de la fiducie-sûreté en matière d'opération d'aménagement</b> .....	<b>20</b>
A) En matière de vente de terrains potentiellement pollués.....	20
B) Intérêt de la fiducie en matière de sites et sols pollués : un outil polyvalent au profit des tiers demandeurs .....	23
<b>PARTIE SECONDE</b> .....	<b>32</b>
<b><i>La fiducie-gestion comme support contractuel du montage d'une opération d'aménagement</i></b> .....	<b>32</b>
<b>I. La fiducie-gestion comme instrument de la réhabilitation des anciens sites industriels au service d'une opération d'aménagement</b> .....	<b>32</b>
A) Rappel contextuel de la gestion d'un ancien site industriel .....	32
B) Application de la fiducie dans le cadre de la procédure tiers-demandeur .....	33
C) Une compatibilité à questionner .....	39
<b>II. Fiducie et compensation écologique d'une opération d'aménagement</b> .....	<b>41</b>
A) La compensation écologique d'une opération d'aménagement .....	42
B) L'usage de la fiducie-gestion en matière de compensation écologique d'une opération d'aménagement .....	45
C) Interrogations sur l'usage de la fiducie-gestion aux fins de compensation écologique .....	51
<b>Conclusion générale</b> .....	<b>55</b>
<b>Bibliographie</b> .....	<b>57</b>
- <b>Articles</b> .....	<b>57</b>
- <b>Ouvrages</b> .....	<b>57</b>
- <b>Travaux parlementaires</b> .....	<b>58</b>
<b>Table des matières</b> .....	<b>59</b>