

REGARD COMPARATIF SUR L'OBLIGATION RÉELLE ENVIRONNEMENTALE ET LE *CONSERVATION EASEMENT* COMME OUTILS POTENTIELS DE MISE EN COMMUN

Yaëll Emerich et Félix-Antoine Lestage*

RÉSUMÉ

Cet article s'intéresse aux méthodes d'intendance privée de protection environnementale sous un angle comparatif, en les mettant en lien avec le mouvement des communs. Depuis 2016, l'obligation réelle environnementale du droit français permet à un propriétaire immobilier de conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection environnementale afin de mettre à sa charge et à celle des propriétaires subséquents des obligations tant négatives que positives. Cela permet donc à un propriétaire de grever son bien d'une obligation en faveur de la protection de l'environnement. Cet instrument constitue le pendant du *conservation easement* reconnu dans les juridictions de common law depuis une soixantaine d'années. Il s'agit de deux outils juridiques innovants qui permettent la conciliation entre la propriété privée et l'intérêt général. Il

* Yaëll Emerich est professeure à la Faculté de droit de l'Université McGill et titulaire de la Chaire de recherche du Canada en droit des biens transsystémique et communautés durables. Félix-Antoine Lestage est détenteur d'un B.C.L./J.D. de l'Université McGill et d'un L.L.M. en théorie du droit de l'Université de Toronto. Cette recherche a notamment été financée par le Programme des chaires de recherche du Canada. Les auteurs tiennent également à souligner le soutien financier du Conseil de recherches en sciences humaines (CRSH) qui a aidé à la production de cet article.

© Yaëll Emerich et Félix-Antoine Lestage 2026

Citation: (2026) 71:1 McGill LJ 155 — Référence : (2026) 71:1 RD McGill 155

Cet article est publié en libre accès, distribué selon les termes de la licence Creative Commons CC-BY-ND (<https://creativecommons.org/licenses/by-nd/4.0/deed.fr>).

est soutenu dans cet article que, bien qu'il puisse exister certains risques à demeurer dans le paradigme propriétaire en ce qui a trait à la protection de l'environnement, il semble nécessaire de développer des outils prenant ancrage dans le cadre propriétaire actuel, afin d'enclencher un mouvement concret vers le cadre alternatif des communs. Plus précisément, la thèse de cet article est que, sous réserve de certaines conditions liées à la limitation de l'absolutisme et de l'exclusivisme propriétaire, des outils d'intendance privée, tels que l'obligation réelle environnementale du droit français et le *conservation easement* de la common law, peuvent servir à une mise en commun de certaines ressources naturelles, renforçant ainsi le mouvement vers les communs nécessaire dans le cadre de l'Anthropocène. Tel pourrait également être le cas au Québec si un outil similaire était introduit par une réforme législative.

* * *

ABSTRACT

This article uses a comparative lens to examine methods of private environmental stewardship, situating them within the broader commons movement. Since 2016, French law has recognized the *obligation réelle environnementale*—a legal device that allows a landowner to enter into an agreement with a public authority, a public body, or a private legal person acting for the protection of the environment in order to impose both negative and positive obligations on the landowner and on subsequent owners. This mechanism enables a property owner to encumber land with an obligation serving environmental protection. It constitutes the civil law counterpart to the conservation easement, which has been recognized in common law jurisdictions for some sixty years. These are two innovative legal tools that make it possible to reconcile private property with the public interest.

This article argues that, although remaining within a proprietary paradigm may entail certain risks for environmental protection, it nevertheless appears necessary to develop tools that are grounded in the existing property framework in order to initiate a concrete transition toward the alternative framework of the commons. More specifically, the article advances the thesis that, subject to certain conditions aimed at limiting proprietary absolutism and exclusivity, private stewardship instruments

such as the *obligation réelle environnementale* in French law and the conservation easement at common law can facilitate the pooling of certain natural resources, thereby strengthening the shift toward the commons that is required in the Anthropocene. The same could hold true in Quebec were a similar instrument to be introduced through legislative reform.

Introduction	159
I. Analyse de l'obligation réelle environnementale et du <i>conservation easement</i> comme outils de protection environnementale d'intendance privée	162
A. L'obligation réelle environnementale française	162
B. Le <i>conservation easement</i> de common law	169
C. Les impacts de ces instruments sur l'institution de la propriété	173
II. La compatibilité possible des outils de protection environnementale d'intendance privée avec les communs	177
A. Le paradigme du commun	178
B. L'absence d'incompatibilité de principe entre les outils d'intendance privée et le commun	181
C. L'obligation réelle environnementale et le <i>conservation easement</i> comme outils potentiels de <i>commoning</i>	186
III. À la recherche d'un outil adéquat de protection environnementale d'intendance privée au Québec	191
A. Les obligations réelles en droit québécois : un fondement incertain?	192
B. La servitude de conservation québécoise : un instrument imparfait?	195
C. Pour une réforme du droit civil québécois en faveur de la reconnaissance expresse d'une obligation réelle environnementale	198
Conclusion	200

INTRODUCTION

IL existe un regain d'intérêt récent, surtout dans les juridictions de droit civil, pour les méthodes d'intendance privée de protection environnementale. La notion d'« intendance privée », qui est le calque du *private stewardship* américain, est généralement conceptualisée comme l'ensemble des « initiatives de conservation prises sous la gouverne de particuliers, de personnes morales de droit privé ou toute autre forme d'organisation à caractère privé »¹. Il s'agit d'une situation « fondée sur l'engagement volontaire d'une personne (individu ou personne morale) à gérer un immeuble [...] possédant des caractéristiques particulières et reconnues d'intérêt pour la collectivité, de manière à en préserver la nature et les caractéristiques »². L'objectif est donc de permettre à un propriétaire privé d'utiliser son bien dans un but de protection environnementale.

En 2016, la France a adopté un outil juridique novateur, l'obligation réelle environnementale (ORE), permettant à un propriétaire immobilier de conclure un contrat avec « une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement », afin de mettre à sa charge et à celle des propriétaires subséquents des obligations tant positives que négatives. Cet instrument représente un équivalent fonctionnel imparfait du *conservation easement* existant dans les juridictions de common law depuis une soixantaine d'années. Ces deux instruments peuvent être considérés comme des outils d'intendance privée en ce qu'ils ont pour effet de placer au moins partiellement la conservation de l'environnement, traditionnellement considérée comme une responsabilité publique, entre les mains d'acteurs privés volontaires.

Des auteurs ont souligné que le développement de méthodes conventionnelles de protection de l'environnement en France, dont l'obligation réelle environnementale, se serait fait dans la continuité du récent article L.110-1 du *Code de l'environnement*, qui dispose que « les espaces,

1 Voir Jean-François Girard, *Les outils juridiques pour la protection et la mise en valeur des territoires sur l'Île de Montréal : les exemples concluants de protection de territoires biologiquement significatifs en milieu urbain*, Montréal, Conférence régionale des élus de Montréal, 2014 aux pp 10–12 [Girard, *Les outils*]. Voir aussi Marcel Lacasse, *L'intendance privée au Québec : une solution prometteuse*, Ministère des Loisirs, Chasse et Pêche, 1993 aux pp 10–12.

2 Voir Girard, *Les outils*, *supra* note 1 à la p 11.

ressources et milieux naturels [...] font partie du patrimoine commun de la nation » et que « [l]eur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, la préservation de leur capacité à évoluer et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général »³. Cette hypothèse est également soutenue par l'article L. 110-2 du *Code de l'environnement*, qui prévoit qu'« [i]l est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde et de contribuer à la protection de l'environnement »⁴.

Il semble donc pertinent de s'interroger pour savoir si l'approche de conservation représentée par les méthodes d'intendance privée, par le biais des outils juridiques que sont l'obligation réelle environnementale du droit civil et le *conservation easement* de la common law, permet de protéger les espaces naturels en accord avec le fait que ces espaces sont constitutifs d'un patrimoine collectif ou commun⁵. Dit autrement, ces méthodes d'intendance privée peuvent-elles être considérées comme des outils de mise en commun ou de *commoning* et, dans l'affirmative, s'agit-il de la voie à emprunter?

Le mouvement des communs, qui gagne en importance depuis les années quatre-vingt-dix, a notamment mis en cause une forme de collaboration grandissante entre l'État néolibéral et les acteurs-propriétaires

3 Cette disposition faisait originellement partie de l'article L. 200-1 du *Code rural et de la pêche maritime*. Voir Judith Rochfeld et al, *L'échelle de communalité : Propositions de réforme pour intégrer les biens communs en droit*, Paris, Mission de recherche Droit et Justice, 2021 à la p 304; Catherine Giraudel, « Un phénomène nouveau : le développement des conventions et du partenariat privé » dans Catherine Giraudel, dir, *La protection conventionnelle des espaces naturel : Étude de droit comparé de l'environnement*, Limoges, Presses universitaires de Limoges, 2000, 13 aux pp 13–14; Nadège Reboul-Maupin et Benoît Grimonprez, « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée » (2016) 35 D 2074 au para 19.

4 Voir art L. 110-2 *Code de l'environnement* [C env].

5 Sur le concept de patrimoine collectif, voir Yaëll Emerich et Alexis Hudon, « Les assises conceptuelles du droit de l'environnement en droit des biens : entre patrimoine collectif et relation fiduciaire » (2017) 47:2 RGD 519. Sur le lien entre patrimoine commun et les communs, voir notamment Rochfeld, *supra* note 3 aux pp 93, 98; Yaëll Emerich et François Peter-Edmond Rivard, « La résurgence des communs en droit des biens contemporain : étude sur les cohabitats écologiques et les ruelles vertes » (2020) 50:1 RGD 245 à la p 282.

privés⁶. Plus largement, le mouvement des communs, qui se répand progressivement à travers le monde, prône la gestion des ressources par les communautés, à travers une forme de propriété commune ou communautaire⁷, vue comme une alternative au modèle traditionnel de la propriété privée absolue et exclusive. La question se pose toutefois de savoir si le fait de fonder la protection de l'environnement sur l'institution de la propriété privée ne constitue pas un ancrage dans la logique propriétaire ayant mené à l'Anthropocène. Dit autrement, l'intendance privée va-t-elle à l'encontre du changement de paradigme proposé par le mouvement des communs?

Étonnamment, la question de la compatibilité entre ces instruments et le mouvement des communs a été peu explorée par la doctrine⁸. Or, il importe selon nous d'accorder les efforts de protection environnementale à la modification du modèle propriétaire véhiculée par le mouvement des communs. Il est soutenu dans cet article que, bien qu'il puisse exister certains risques à demeurer dans le paradigme propriétaire en ce qui a trait à la protection de l'environnement, il semble nécessaire de développer des outils prenant ancrage dans le cadre propriétaire actuel, afin d'enclencher un mouvement concret vers le cadre alternatif des communs. Plus précisément, la thèse de cet article est que, sous réserve de certaines conditions liées à la limitation de l'absolutisme et de l'exclusivisme propriétaire, des outils d'intendance privée, tels que l'obligation réelle environnementale du droit français et le *conservation easement* de common law, peuvent servir à une mise en commun de certaines ressources naturelles. Après avoir analysé l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement* comme outils de protection environnementale d'intendance privée (I), on soulignera la compatibilité possible de ces outils avec le

6 Voir Daniela Festa, « Les communs urbains. L'invention du commun » (2016) 16 *Tracés R sciences humaines* (hors-série) 233 au para 1.

7 Voir Emerich et Rivard, *supra* note 5 aux pp 281 et s. Sur la notion de propriété communautaire et de communauté, voir aussi Mélanie Clément-Fontaine et Gaële Gidrol-Mistral, « Introduction générale au projet » (2022) 50:1/3 *RDUS* 3 à la p 14.

8 Voir toutefois Rochfeld, *supra* note 3 aux pp 303–06; Olivier Jaspart, « L'obligation réelle environnementale : la propriété comme outil de préservation d'un bien commun » (2022) 48 *RJE* (hors-série) 271; Claire Annereau, *Le propre du commun : une lecture juridique des pratiques de commun à partir du tandem indisponibilité-affectation*, mémoire de maîtrise en droit, Université Paris-Nanterre, 2021–2022 [non publié].

paradigme des communs (II), avant d'envisager la possibilité de reconnaître un outil similaire en droit civil québécois (III).

I. ANALYSE DE L'OBLIGATION RÉELLE ENVIRONNEMENTALE ET DU *CONSERVATION EASEMENT* COMME OUTILS DE PROTECTION ENVIRONNEMENTALE D'INTENDANCE PRIVÉE

On présentera d'abord l'obligation réelle environnementale française (A) puis le *conservation easement* de la common law (B), avant d'évoquer les impacts de ces instruments sur la propriété dans les deux traditions (C).

A. L'obligation réelle environnementale française

Le législateur français, avec la *Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*⁹, a consacré un instrument juridique original : l'obligation réelle environnementale. Aux termes du nouvel article L.132-3 du *Code de l'environnement* :

[L]es propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques.

Par le biais d'un contrat avec une personne morale publique ou privée, le propriétaire d'un bien immobilier peut donc créer à sa charge, et à la charge des propriétaires successifs du bien, des obligations réelles environnementales. Comme cela a été souligné à juste titre en doctrine, l'obligation réelle environnementale relève d'une philosophie « alternormative », qui substitue à la norme publique traditionnelle « autoritaire et

9 JO, 9 août 2016, n° 2.

descendante » une démarche « ascendante et négociée », dans laquelle les propriétaires sont auteurs d'une nouvelle norme écologique¹⁰.

L'obligation réelle environnementale revêt plusieurs caractéristiques. En premier lieu, les obligations réelles environnementales sont transmises aux propriétaires subséquents du bien. En second lieu, les obligations émanant de cet instrument peuvent aussi bien être positives que négatives; en d'autres termes, elles peuvent constituer des obligations de *faire* comme de *ne pas faire*¹¹. En troisième lieu, ces obligations ne peuvent pas être perpétuelles. En effet, il est spécifié à l'alinéa 3 de l'article L. 132-3 du *Code de l'environnement* que « [l]a durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat. La durée prévue au contrat ne peut excéder quatre-vingt-dix-neuf ans ». Finalement, les obligations réelles environnementales ne peuvent être réalisées à titre purement gratuit¹² et peuvent faire office de compensation¹³.

L'ORE a été le fruit d'une longue gestation. Les premières revendications pour un outil du genre en France remontent à 1994, lorsque le ministère de l'Environnement a appuyé la recommandation n° 71 du comité permanent de la *Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel* en Europe.¹⁴ Celle-ci stipulait que les parties devraient examiner la possibilité de permettre de :

10 Voir Reboul-Maupin et Grimonprez, *supra* note 3 au para 2.

11 Voir Blandine Mallet-Bricout, « The 'obligation réelle environnementale' in French Law » dans Siel Demeyere et Vincent Sagaert, dir, *Contract and Property with an Environmental Perspective*, Cambridge (R-U), Intersentia, 2020, 215 à la p 218.

12 Cela n'est pas explicitement mentionné dans le *Code de l'environnement* (C env, *supra* note 4, art L. 132-3), mais c'est de cette manière qu'a été interprétée la mention d'« engagements réciproques » à celui-ci. Voir Reboul-Maupin et Grimonprez, *supra* note 3 (« [l]'article L. 132-3 oblige à faire mention dans le contrat des "engagements réciproques". S'ensuit que le contrat d'obligation réelle est forcément un acte à titre onéreux, le bénéficiaire de l'obligation promettant de fournir une prestation (pécuniaire la plupart du temps). Il ne peut exister d'obligation réelle environnementale purement gratuite » au para 30). Voir aussi Mallet-Bricout, *supra* note 11 aux pp 221–22.

13 Voir C env, *supra* note 4 (« [c]es obligations peuvent être utilisées à des fins de compensation », art L. 132-3).

14 Gilles Martin, « Les obligations réelles environnementales au service d'une protection des zones humides » (2021) 62:4 C de D 1091 à la p 1098 [Martin, « Obligations réelles environnementales »].

[d]éroger, lorsque cela est nécessaire, à la législation relative aux servitudes pour en éliminer les exigences de contiguïté et de nécessité d'un fonds dominant; prévoir explicitement que des servitudes peuvent être cédées à des organismes de conservation agréés; et soutenir cette réforme par des dispositions fiscales encourageant les personnes privées à établir des servitudes de conservation de la nature [italiques dans l'original, nos soulignements]¹⁵.

En 1997, une étude présentant la « protection conventionnelle des espaces naturels » sous un regard comparatif était présentée au ministère de l'Environnement, sans toutefois conduire à un résultat¹⁶. Deux autres études ont été présentées en 2004¹⁷ et en 2008¹⁸, visant à proposer l'adoption d'un tel instrument, encore une fois sans résultat auprès de la législature. Finalement, en 2011, la députée Geneviève Gaillard a présenté à nouveau l'idée dans un rapport de la *Commission du développement durable* de l'Assemblée nationale. Tous ces travaux ont finalement conduit à l'insertion de l'obligation réelle environnementale dans le projet de loi cadre n° 1847, inséré dans la *Loi n° 2016-1087 du 28 août 2016 sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*¹⁹.

Comme l'a souligné le professeur Martin, cette longue gestation est probablement redevable à l'importance de la résistance à laquelle ce projet a fait face²⁰. D'abord, des groupes corporatistes, provenant principalement des domaines de l'agriculture et de la chasse, se sont opposés au projet, craignant qu'il mène à l'institution de servitudes d'utilité publique. Certains se sont même inquiétés qu'un tel outil juridique puisse représenter le retour à une forme de servage²¹. D'autres résistances sont

15 *Ibid* aux pp 1098–99.

16 Ce rapport a mené à l'ouvrage publié en 2000 par Catherine Giraudel (voir *ibid*, *supra* note 3). Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 14 à la p 1099; Reboul-Maupin et Grimonprez, *supra* note 3 au para 4.

17 Voir Reboul-Maupin et Grimonprez, *supra* note 3 au para 4.

18 Voir Gilles J Martin, « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement » (2008) RJE 123 (numéro spécial).

19 Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 14 à la p 1101.

20 Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 16 à la p. 1101.

21 Voir *ibid* aux pp 1101–02.

provenues de la classe politique, qui craignait que cet outil puisse entraver des initiatives publiques. Généralement, tant la classe politique que les organismes à but non lucratif ont résisté à l'idée de confier la protection d'un intérêt général à des propriétaires privés. En outre, des juristes ont également résisté à l'idée d'une servitude ne comportant qu'un fonds et pouvant mettre à la charge du propriétaire des obligations positives, au motif qu'un tel instrument dénaturerait les institutions de la servitude et de la propriété privée²².

La nature juridique de l'obligation réelle environnementale a fait l'objet de discussions en doctrine. On pourrait d'abord considérer que l'obligation réelle environnementale peut être comprise à travers le prisme des droits réels²³, principalement en raison de son opposabilité aux tiers. En effet, un droit réel est un droit qui porte directement sur un bien et qui est opposable à tous²⁴. Si l'ORE pourrait être considérée comme proche d'une servitude réelle, cette qualification ne fonctionne toutefois pas. En effet, l'ORE n'existe pas entre deux fonds : c'est un propriétaire qui est obligé et non un fonds qui est grevé. De plus, elle impose une ou des obligations de faire, alors que traditionnellement la possibilité d'accoler des obligations de faire à une servitude ne peut se faire qu'à la marge, par le biais d'obligations accessoires, telles que l'obligation d'entretenir un chemin pour une servitude de passage²⁵.

Une autre qualification pourrait être retenue pour faire de l'ORE un droit réel, par le biais d'un droit réel de jouissance spéciale, qui est le

22 Voir *ibid* à la p 1103.

23 Sur cette question, voir William Dross, « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens » (2017) n° 6 Énergie - Environnement – Infrastructures 53 au para 9. Pour cet auteur cependant, l'ORE ne saurait être qualifiée de droit réel mais devrait plutôt être analysée comme un droit personnel (para 12). Plus spécifiquement, l'ORE devrait être rapprochée de la cession de contrat accessoire à l'immeuble (para 13 et s).

24 Gérard Cornu, dir, *Vocabulaire juridique*, 10^e éd, Paris, Presses Universitaires de France, 2014 (« [d]roit qui porte directement sur une chose (*jus in re*) et procure à son titulaire tout ou partie de l'utilité économique de cette chose », *sub verbo* « droit réel »); Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *Dictionnaire de droit privé – Les biens*, Cowansville, Yvon Blais, 2012, en ligne : <nimbus.mcgill.ca> [perma.cc/2NMN-DF39] (« [d]roit à caractère patrimonial qui est exercé directement sur un bien. [...] On dit des droits réels qu'ils sont opposables aux tiers et qu'ils emportent droit de suite et droit de préférence », *sub verbo* « droit réel »).

25 Voir par ex Mallet-Bricout, *supra* note 11 aux pp 218–19.

pendant français des droits réels innommés du droit civil québécois. Cependant, la doctrine majoritaire le conteste, dès lors que « [l]e droit réel de jouissance confère une simple faculté d'usage à un tiers (pêcher, chasser, passer) sur le bien d'autrui; il n'instaure aucun rapport d'obligation entre son titulaire et le propriétaire du bien concerné, lequel doit seulement souffrir la présence du droit concurrent »²⁶. En outre, le fait que le législateur n'a pas choisi le modèle du droit réel de jouissance spéciale, mais a plutôt choisi de créer la catégorie des obligations réelles environnementales fait en sorte que cette qualification devrait être écartée²⁷.

Certains auteurs considèrent alors que l'ORE ne doit pas s'analyser comme un droit réel, mais plutôt comme un type particulier de droit personnel²⁸. Selon Nadège Reboul-Maupin et Benoît Grimonprez, l'obligation réelle est construite sur le modèle du droit personnel, puisqu'elle engage une personne en raison d'une chose dont elle a la maîtrise²⁹. En effet, la loi fait référence à une charge incombant à tous les propriétaires du bien³⁰, ce qui doit selon eux s'interpréter comme une obligation grevant le patrimoine du propriétaire-débiteur³¹.

Cet outil ne peut toutefois être compris comme ne créant qu'un simple droit personnel. En effet, contrairement au droit personnel qui est un lien de droit entre deux personnes³², une obligation réelle environnementale peut être transmise aux propriétaires subséquents du bien, sous réserve de publication³³. L'obligation réelle environnementale résiste

26 Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 16 à la p 1110, citant Reboul-Maupin et Grimonprez, *supra* note 3 au para 14.

27 Voir *ibid.*

28 Voir Reboul-Maupin et Grimonprez, *supra* note 3 au para 10.

29 *Ibid.*

30 Voir C env, *supra* note 4, art L. 132-3.

31 Voir Reboul-Maupin et Grimonprez, *supra* note 3 au para 15.

32 Cornu, *supra* note 24 (« [r]elatif à un droit de créance, à une obligation; caractérise le droit pour le créancier d'exiger du débiteur (*jus ad personam*) l'exécution de son engagement » *sub verbo* « droit personnel »); Centre Paul-André Crépeau de droit privé et comparé, *supra* note 21 (« [d]roit à caractère patrimonial permettant à son titulaire, le créancier, d'exiger d'une autre personne, le débiteur, une prestation » *sub verbo* « droit personnel »).

33 Voir France, Ministère de la transition écologique et de la cohésion des territoires, *Obligation réelle environnementale : fiches de synthèse*, France, Ministère de la transition

donc à la dichotomie entre le droit réel et le droit personnel et revêt un caractère hybride : elle adopte clairement la forme d'un droit personnel — tel que l'indique le *Code de l'environnement* en établissant que celle-ci incombe aux propriétaires — mais elle revêt également certaines caractéristiques du droit réel, puisqu'elle peut être opposable aux tiers.

Comme toute autre obligation réelle, l'obligation réelle environnementale est une obligation liée à une chose « qui naît entre un débiteur et un créancier, dont au moins l'un des deux n'est pas tenu en tant que tel, mais en raison de sa titularité d'un droit réel principal »³⁴. Il existe cependant certaines particularités de l'obligation réelle environnementale la distinguant de l'obligation réelle généralement conçue. D'abord, il est particulier que le créancier de l'obligation réelle environnementale ne soit pas lui aussi titulaire d'un droit réel³⁵. À strictement parler, cela n'est pas un critère de l'existence d'une obligation réelle³⁶. Cependant, dans la grande majorité des obligations réelles, les deux parties sont titulaires d'un droit réel, si bien que certains auteurs incluent cette condition dans la définition de l'obligation réelle³⁷.

Une autre caractéristique de l'obligation réelle environnementale diverge des obligations réelles généralement conçues : son caractère contractuel. En effet, les obligations réelles existent normalement *de facto* lorsqu'un certain droit réel existe. Cela est le cas, par exemple, des obligations d'entretien d'un mur lié à la mitoyenneté. L'origine contractuelle de l'obligation réelle environnementale fait en sorte que celle-ci déroge à

écologique et de la cohésion des territoires, 2024 à la p 22, en ligne (pdf) : <ecologie.gouv.fr> [perma.cc/M99B-QTJ3].

34 Voir Julien Scapel, *La notion d'obligation réelle*, Aix-en-Provence, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2002 au para 4.

35 Relativement à cette particularité de l'obligation réelle environnementale, voir Mallet-Bricout, *supra* note 11 aux pp 219–20.

36 Voir Scapel, *supra* note 34 aux para 96–101.

37 Voir notamment Hassen Aberkane qui expliquait qu'« il n'y a pas en effet que le débiteur qui soit déterminé par référence à un droit réel. Le créancier est aussi titulaire d'un droit réel » [italiques dans l'original] (voir Hassen Aberkane, *Essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français : contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1957 à la p 18). Cela pourrait être expliqué par la date de parution de l'ouvrage ; en effet, à l'époque, on n'identifiait que trois obligations réelles, toutes impliquant un créancier titulaire d'un droit réel. Voir aussi plus récemment Cyril Grimaldi, *Droit des biens*, 3^e éd, Paris, LGDJ, 2021 au para 771.

ce modèle. L'obligation réelle environnementale n'apparaît pas du simple fait de l'existence d'un droit de propriété; elle n'apparaît que si le titulaire d'un droit réel manifeste explicitement sa volonté de faire naître ces obligations à sa charge. Dès lors, ce ne seront pas tous les droits de propriété qui seront grevés d'une obligation réelle environnementale. En définitive, l'obligation réelle environnementale est une obligation réelle ou *propter rem*, car elle est une charge liant un individu en sa qualité de titulaire d'un droit réel. Toutefois, il s'agit d'une obligation réelle *spéciale*, ou *sui generis*, en raison de son caractère contractuel et de son origine dans une loi spéciale.

S'agissant de son utilisation pratique, l'obligation réelle environnementale peut être utilisée pour mettre en œuvre des mesures de compensation, pour mettre au jour des projets de réserves volontaires, ou pour encourager des propriétaires à donner une destination ou affectation écologique à leur terrain³⁸. Elle n'a toutefois que rarement été utilisée depuis son avènement. Quelques cas de figure méritent toutefois d'être mentionnés. D'abord, la toute première obligation réelle environnementale établie en France, conclue le 14 mai 2018, est le résultat d'une entente entre la commune de Yenne et le Conservatoire d'espaces naturels de Savoie³⁹. L'engagement, d'une durée de 30 ans, prévoit le consentement de l'usage par le Conservatoire du marais des Lagneux, afin que celui-ci assure la gestion écologique de la zone humide et préserve sa biodiversité⁴⁰. Ensuite, la première obligation réelle environnementale émanant d'un propriétaire privé a été conclue en France le 9 mai 2019, entre la famille David, agriculteurs et propriétaires de 20 hectares de terres, et le Conservatoire d'espaces naturels Normandie Ouest⁴¹. Cette obligation réelle

38 Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 14 à la p 1107. Sur l'affectation, voir notamment Serge Guinchard, *L'affectation des biens en droit privé*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1976; Blandine Mallet-Bricout, « Propriété, affectation, destination : réflexion sur les liens entre propriété, usage et finalité » (2014) 48 RJTUM 537. Voir aussi Gaële Gidrol-Mistral, « L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs?: Réflexions autour de l'article 1030 du *Code civil du Québec* » (2016) 46:1 RGD 95 à la p 139 [Gidrol-Mistral, « Affectation »].

39 Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 14 à la p 1105.

40 Voir *ibid* aux pp 1106, 1116.

41 Voir Laurent Radisson, « Biodiversité : un premier agriculteur signe une obligation réelle environnementale », *Actu Environnement* (13 juin 2019), en ligne : <actu-environnement.com> [perma.cc/M9VJ-XTHV].

environnementale prévoyait une obligation de protection des haies et des mares présentes sur le terrain, ainsi qu'une obligation de ne pas effectuer certaines activités qui pourraient menacer l'existence de l'orchis grenouille, une espèce très rare d'orchidée⁴². La durée de cette obligation réelle environnementale est importante, puisque la famille s'est engagée sur une période de 50 ans⁴³. Ainsi, bien que son utilisation soit actuellement limitée, on peut entrevoir les potentialités d'un tel outil, celui-ci ayant déjà permis de greffer des obligations non négligeables à des terres de grande superficie.

Bien que l'obligation réelle environnementale soit spécifique au droit civil français, un instrument fonctionnellement similaire existe depuis plus de soixante ans dans les traditions de common law.

B. *Le conservation easement de common law*

Le *conservation easement* a été l'une des inspirations de l'obligation réelle française⁴⁴. Il s'agit d'un intérêt non possessoire (*non-possessory interest*) qu'un titulaire (*holder*) a sur un bien immobilier/bien réel⁴⁵ et qui impose des obligations (de faire ou de ne pas faire) ayant pour finalité la conservation et/ou la pérennité d'un bien. Selon le *Uniform Conservation Easement Act* américain, le *conservation easement* est un « droit réel sur un bien foncier qui impose des limites ou des obligations expresses, dont les objectifs comprennent la rétention ou la protection des valeurs naturelles, panoramiques ou des espaces verts de la propriété; l'assurance de sa disponibilité à des fins d'utilisation agricole, forestière, récréative ou d'espace ouvert; la protection des ressources naturelles, le maintien ou

42 Voir Communauté Normande des Objectifs de Développement Durable, « Première obligation réelle environnementale signée avec un propriétaire privé », en ligne : <cnodd.anbdd.fr> [perma.cc/SY4J-GF6W].

43 Voir *ibid.*

44 Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 16 aux pp 1095–97.

45 Les biens immobiliers sont des équivalents imparfaits des biens réels de la common law. Voir Yaëll Emerich, *Droit commun des biens : perspective transsystémique*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 2017 aux pp 244–55 [Emerich, *Droit commun*].

l'amélioration de la qualité de l'air ou de l'eau, ainsi que la protection de l'aspect historique, architectural, archéologique ou culturel de la propriété »⁴⁶.

Si la première mouture du *conservation easement* est originaire des États-Unis, l'instrument s'est ensuite répandu dans une multitude de juridictions de common law⁴⁷, incluant les provinces du Canada⁴⁸. Tant au Canada qu'aux États-Unis, l'instrument a été créé par l'adoption de lois spéciales plutôt qu'à travers la jurisprudence. L'exemple du *Uniform Conservation Easement Act* américain, qui en représente la version la plus répandue et typique, sera principalement utilisé dans ce texte. Il convient toutefois de noter qu'il existe certaines variations entre les provinces ayant adopté des lois consacrant cet instrument⁴⁹.

S'agissant de la création d'un *conservation easement*, le *Uniform Conservation Easement Act* permet de créer un tel instrument en retirant certaines exigences imposées par la common law afin de constituer un *easement*⁵⁰. L'exigence la plus restrictive dont il se défait est sans doute l'existence d'un fonds dominant ou, en d'autres termes, la nécessité traditionnelle pour le titulaire d'un *easement* d'être également propriétaire d'un fonds bénéficiant du *easement*⁵¹. Cette modification à la common law rapproche le *conservation easement* de l'obligation réelle environnementale, en lui donnant le même caractère « hybride » : c'est une personne qui

46 Voir *Uniform Conservation Easement Act* § 1(1) (1981) [*Uniform Act*]. La traduction vient de Mathilde Boutonnet et Mustapha Mekki, « Environnement et conservation easements : pour une transposition en droit français? » (2012) 39-1023 *La semaine juridique* 1736 au para 11.

47 Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 16 aux pp 1095–97.

48 Voir Agriculture et Agroalimentaire Canada, *Résumé de l'expérience canadienne en ce qui a trait aux servitudes de conservation et de leur application éventuelle à la politique agroenvironnementale*, par Kimberly Good et Sue Michalsky, n° de catalogue A125-17/2011F-PDF, Ottawa, Agriculture et Agroalimentaire Canada, 22 janvier 2008 à la p 13, en ligne (pdf) : <publications.gc.ca> [perma.cc/WBF3-8875].

49 Voir par ex *Conservation Easements Act*, SNS 2001, c 28. Cette loi, implémentant l'instrument en Nouvelle-Écosse, n'enlève pas des exigences provenant de la common law comme le fait la loi modèle américaine, et accorde une place beaucoup plus grande à l'État dans la gestion des *conservation easements*.

50 Voir *Uniform Act*, *supra* note 46, § 4.

51 Voir *ibid.*, § 4(1).

bénéficie directement du *conservation easement*, même si ce dernier est intimement lié au fonds sur lequel il est institué.

Notons quelques caractéristiques de cet instrument. Le *conservation easement* étant, comme tout *easement*, un intérêt dans la terre, celui-ci ne s'éteint pas en cas de changement de propriétaire du bien. Ainsi, comme l'obligation réelle environnementale, le *conservation easement* suit la terre : « [it] run[s] with the land »⁵². Toutefois, contrairement à l'obligation réelle environnementale, le *conservation easement* peut être perpétuel⁵³. La perpétuité est présumée lors de la création d'un *conservation easement*, même si les parties peuvent inscrire un terme dans le contrat l'instituant⁵⁴. La perpétuité est également encouragée dans certaines juridictions par des avantages fiscaux⁵⁵. De plus, à la différence de l'obligation réelle environnementale, le *conservation easement* peut être conclu à titre gratuit; il n'existe pas d'exigence de contrepartie⁵⁶. Comme tout *easement* de common law, le *conservation easement* peut être tant positif — permettant à son titulaire d'effectuer certains actes positifs sur le fonds servant — que négatif — empêchant le propriétaire du fonds servant de faire certains actes⁵⁷. Finalement, comme pour l'obligation réelle environnementale, le titulaire du *conservation easement* peut être un organisme public ou un organisme de bienfaisance ayant pour vocation la protection de l'environnement⁵⁸.

La nature juridique du *conservation easement* est beaucoup moins ambiguë que celle de l'obligation réelle environnementale. En effet, les lois spéciales permettant la conclusion de *conservation easements* ne créent pas un nouvel instrument; elles ne font que retirer certaines des exigences que la common law impose traditionnellement pour conférer une validité aux *easements*. C'est ainsi que le *Conservation Land Act* de l'Ontario prévoit

52 Voir Boutonnet et Mekki, *supra* note 46 au para 11; Peter Birks, « Real Property: Servitudes » dans F H Lawson et Bernard Rudden, dir, *The Law of Property*, Oxford, Oxford University Press, 2002, 152 à la p 153.

53 Voir *Uniform Act*, *supra* note 46, § 2(c). Voir aussi Good et Michalsky, *supra* note 45 à la p 15.

54 Voir *Uniform Act*, *supra* note 46, § 2(c).

55 Voir Boutonnet et Mekki, *supra* note 46 au para 24.

56 Près de 45 % des *conservation easements* canadiens ont été conclus à titre gratuit (voir Good et Michalsky, *supra* note 48 aux pp 2, 9).

57 Voir Robert Chambers, *The Law of Property*, Toronto, Irwin Law, 2021 à la p 139.

58 Voir *Uniform Act*, *supra* note 46, § 1(2).

la validité d'un *easement*, peu importe que l'organisme de conservation soit propriétaire ou non du fonds de terre voisin et peu importe que la servitude soit positive ou négative⁵⁹. Comme cela est expressément indiqué par le *Uniform Conservation Easement Act*, le *conservation easement* demeure soumis au reste des règles régissant les *easements*, et constitue donc un *easement* au sens large⁶⁰. Ainsi, comme tout autre *easement*, le *conservation easement* s'analyse comme un intérêt propriétaire non possessoire sur un fonds de terre⁶¹.

Comme mentionné précédemment, le *conservation easement* n'est pas un instrument récent. La terminologie de *conservation easement* remonte aux années 1950, lorsque des journalistes suggèrent d'incorporer les terres privées aux efforts de protection de la nature et utilisent pour la première fois le terme⁶². Avant même la première utilisation du terme, des organismes gouvernementaux utilisaient déjà des *easements* afin de protéger l'environnement depuis les années 1930. La pratique a gagné en popularité par la suite, tant aux États-Unis qu'au Canada et dans d'autres juridictions de common law⁶³, notamment par le biais de lois facilitant la création de tels *easements*⁶⁴. C'est toutefois à partir de 1981 que la pratique deviendra réellement omniprésente aux États-Unis avec l'adoption du *Uniform Conservation Easement Act*, qui a été sanctionné dans 25 États⁶⁵. La gestation du *conservation easement* ne semble pas avoir engendré les mêmes oppositions doctrinales que l'obligation réelle environnementale, sans doute car il cadre plus facilement dans le paysage de la common law et en particulier avec la conception de la propriété en émanant. L'exemple américain démontre cependant la volonté étatique de conserver un

59 Voir *Conservation Land Act*, RSO 1990, c C.28, art 3(4).

60 Voir *Uniform Act*, *supra* note 46, Prefatory Note.

61 Voir par ex Mary Jane Mossman et William F Flanagan, *Property Law, Cases and Commentary*, 2^e éd, Toronto, Emond Montgomery, 2004 à la p 548.

62 Voir Federico Cheever et Nancy A McLoughlin, « An Introduction to Conservation Easements in the United States: A Simple Concept and a Complicated Mosaic of Law » (2015) 1 JL, Property & Society 107 à la p 115.

63 Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 16 aux pp 1095–97.

64 Voir Cheever et McLoughlin, *supra* note 62 aux pp 115–16.

65 Voir Uniform Law Commission, « Conservation Easement Act » (dernière consultation le 26 janvier 2026), en ligne : <uniformlaws.org> [perma.cc/34QL-PS3P].

contrôle sur la protection environnementale, même lors de l'élaboration d'instruments d'intendance privée⁶⁶.

Le *conservation easement* existant depuis plus longtemps que l'obligation réelle environnementale, celui-ci a eu l'occasion d'avoir un impact important sur la protection des espaces naturels dans les juridictions l'ayant adopté. Aux États-Unis, près de 40 millions d'acres de terre sont aujourd'hui protégés par des *conservation easements*⁶⁷. La majorité de ceux-ci sont tenus par des organismes non gouvernementaux⁶⁸, dont des *community land trusts* (ou fiducies foncières communautaires) visant à protéger des terres en acquérant des droits sur celles-ci⁶⁹. Au Canada, ce sont plus de 300 000 acres de terre qui font l'objet d'un *conservation easement*⁷⁰.

En somme, le *conservation easement*, bien que fonctionnellement similaire à l'obligation réelle environnementale, diffère de cette dernière sur certains points, notamment quant à sa nature juridique (il s'agit clairement d'un droit réel et même d'un intérêt propriétaire), sa durée et à l'absence d'exigence de contrepartie, autrement dit, la possibilité de la créer à titre gratuit. Avec le recul dû à la relative longévité de l'instrument, le *conservation easement* démontre de manière plus concrète les potentialités de tels outils conventionnels dans la lutte contre la dégradation des espaces naturels.

C. Les impacts de ces instruments sur l'institution de la propriété

En dépit d'un possible rapprochement fonctionnel, la propriété est conceptualisée différemment en droit civil et en common law⁷¹. Il est donc

66 Voir Cheever et McLoughlin, *supra* note 62 aux pp 116–19.

67 Voir National Conservation Easement Database, « Home » (dernière consultation le 26 janvier 2026), en ligne : <conservationeasement.us> [perma.cc/552N-JDS6].

68 Voir National Conservation Easement Database, « Conservation Easements and the National Conservation Easement Database: An Introduction » (dernière consultation le 26 janvier 2026), en ligne : <conservationeasement.us> [perma.cc/8Y4A-TUA7].

69 Voir Cheever et McLoughlin, *supra* note 62 à la p 118. Sur les *community land trusts* ou les fiducies foncières communautaires, voir John Emmeus Davis, « Common Ground: Community-Owned Land as a Platform for Equitable and Sustainable Development » (2017) 51:1 USF L Rev 1 à la p 6; Hubert Lavallée, « La fiducie foncière communautaire, une solution d'avenir » (2016) 785 Relations 22.

70 Voir Good et Michalsky, *supra* note 48 à la p 19.

71 Voir Emerich, *Droit commun*, *supra* note 45 aux pp 143–44.

logique que l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement* affectent le modèle propriétaire associé à leur tradition juridique respective de façon différente sur le plan théorique, bien que l'on puisse tracer des parallèles.

La tradition civiliste analyse traditionnellement la propriété comme étant un titre unique et indivisible⁷². Ainsi, une seule personne, à un moment donné, peut en principe être propriétaire d'un bien. La propriété est également conceptualisée comme comportant trois attributs : l'*usus*, soit « la prérogative en vertu de laquelle le titulaire peut se servir du bien »; le *fructus*, à savoir la prérogative en vertu de laquelle le titulaire peut « recueillir les fruits et les revenus générés par le bien »; et l'*abusus*, soit la prérogative permettant l'altération matérielle du bien ainsi que son aliénation⁷³. La doctrine québécoise a également identifié un quatrième attribut de la propriété : l'*accessio*⁷⁴. Celui-ci est décliné en deux aspects. Le premier est l'aspect matériel, qui permet au titulaire du droit de propriété de s'approprier ce qui est greffé à son bien, ou ce qui est généré par celui-ci. Le second est l'aspect juridique, qui permet au propriétaire de récupérer l'ensemble des attributs de son droit de propriété à l'extinction d'un démembrement. De plus, l'analyse de la propriété en termes abstraits doit être combinée à certains caractères usuellement attribués à la propriété. D'abord, la propriété est traditionnellement décrite comme étant absolue ou à tout le moins comme un droit libre et complet⁷⁵. En d'autres termes, il s'agit du droit réel le plus étendu qui soit, le propriétaire ayant la maîtrise totale du bien. Les autres droits réels ne confèrent quant à eux qu'une maîtrise partielle du bien. Ainsi, « [l]e propriétaire peut à loisir utiliser son bien sans reconnaître l'existence d'un droit supérieur au sien »⁷⁶. Ensuite, la propriété est classiquement considérée comme exclusive, dans le sens où un propriétaire unique exerce traditionnellement l'ensemble des prérogatives sur la chose et où il peut en exclure les tiers⁷⁷.

72 Voir *ibid* aux pp 162–63.

73 Voir Sylvio Normand, *Introduction au droit des biens*, 2^e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2014 aux pp 89–92.

74 Voir *ibid* aux pp 92–98.

75 Voir *ibid* à la p 99.

76 Voir *ibid*.

77 Voir Emerich, *Droit commun*, *supra* note 45 aux pp 160–61.

L'obligation réelle environnementale dans son état actuel bouscule légèrement cette structure propriétaire du droit civil, en raison de la possibilité de rattacher des obligations positives à la propriété immobilière. En effet, une telle possibilité est généralement rejetée à la marge en droit des biens civiliste. Par exemple, le droit des servitudes ne prévoit que des charges passives pour le fonds servant⁷⁸, ce qui est généralement expliqué par la crainte d'un retour à une forme de servage⁷⁹.

On pourrait avancer que la possibilité de créer une obligation réelle environnementale limite également l'*usus* du droit de propriété, ou même donne certains de ces usages à une tierce partie, limitant ainsi l'absolutisme et l'exclusivisme propriétaires. Toutefois, dans son état actuel, les caractéristiques de l'obligation réelle environnementale n'affectent pas réellement l'institution de la propriété. En effet, l'effet de l'obligation réelle environnementale sur la propriété est largement comparable à celui de la constitution volontaire d'un droit réel de type usufruit : bien que des limitations existent, en cas d'extinction de l'obligation réelle environnementale, tout comme dans le cas de l'extinction d'un usufruit, toutes les prérogatives reviendront au propriétaire – faisant en sorte que l'*accessio* demeure intact. Ainsi, en l'absence de perpétuité, l'obligation réelle environnementale n'affecte pas réellement l'*usus* de manière à dénaturer la propriété privée au sens traditionnel.

On peut considérer toutefois que la situation pourrait être différente *de lege ferenda*, à défaut de prévision d'une durée maximale de 99 ans par le *Code de l'environnement* (ou de 100 ans, advenant une réforme du *Code civil du Québec* en ce sens). La perpétuité de cet outil pourrait alors être acceptée; selon cette hypothèse, les usages limités ou donnés à une tierce partie ne reviendraient pas nécessairement au propriétaire, et l'*accessio* serait partiellement affecté, au moins d'un point de vue factuel⁸⁰. C'est

78 Voir Denys-Claude Lamontagne, *Biens et propriété*, 8^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2018 au para 560.

79 Voir par ex Jean Carbonnier, *Droit civil : les biens*, 19^e éd, t 3, Paris, Presses universitaires de France, 2000 à la p 261.

80 On peut toutefois considérer que théoriquement, même si le démembrement était perpétuel, l'accession juridique ne serait pas atteinte. Lorsqu'est constituée une servitude perpétuelle, le propriétaire n'est pas privé pour autant de l'accession juridique. En effet, dans l'hypothèse où il y aurait extinction d'une servitude, le propriétaire du fonds servant bénéficierait de cette extinction. Le même raisonnement vaudrait pour une obligation réelle. Il n'en reste pas moins que, au moins d'un point de vue pratique, en cas de démembrement ou d'obligation réelle perpétuelle, seule une

uniquement dans cette hypothèse que l'obligation réelle environnementale limiterait l'exclusivisme et l'absolutisme propriétaires d'une manière différente des démembrements de la propriété. Telle n'est pas cependant la solution qui a été acceptée en France à ce jour.

La common law, quant à elle, conçoit la propriété comme un titre relatif et divisible⁸¹. La doctrine dominante décrit la propriété comme un faisceau de droits/*bundle of rights*, renvoyant à une coexistence de droits multiples et fragmentaires qui coexistent⁸². Si l'importance de l'exclusivité reste d'actualité en common law, du moins dans le sens où la propriété est généralement vue comme impliquant la possibilité d'exclure autrui⁸³, cela est moins vrai de la possibilité d'avoir un propriétaire unique dans un trait de temps. En effet, il est usuellement accepté en common law qu'il puisse y avoir plusieurs droits ou intérêts exercés sur un bien en même temps⁸⁴. En outre, personne ne conteste aujourd'hui que la common law a une conception de la propriété limitée plutôt qu'absolue⁸⁵. S'il est vrai que le caractère absolu de la propriété a été mitigé par le *Code civil du Québec*, qui y voit désormais un droit « libre et complet » (art 947 C.c.Q.), il est couramment admis en common law qu'il n'y a pas de propriété privée absolue, dès lors que dans cette tradition, tout intérêt propriétaire est techniquement dérivé de la Couronne⁸⁶. Il n'en reste pas moins que les

extinction du démembrement ou de l'obligation laisserait factuellement le jeu de l'*accessio* ouvert.

81 Voir Jack M Beermann et Joseph W Singer, « The Social Origins of Property » (1993) 6:2 Can J Jurisprudence 217 aux pp 223, 228.

82 Voir Emerich, *Droit commun*, *supra* note 45 à la p 150.

83 Voir Kevin Gray et Susan Francis Gray, *Elements of Land Law*, 5^e éd, Oxford, Oxford University Press, 2009 à la p 36; Thomas W Merrill, « Property and the Right to Exclude » (1998) 77:4 Neb L Rev 730 à la p 730.

84 Voir Harry D Anger et John D Honsberger, *Law of Real Property*, 3^e éd par Anne Warner La Forest, Aurora, Canada Law Book, 2006 à la section 1:5.

85 Cela est illustré par l'adoption dominante de la définition moderne de la propriété comme un *bundle of rights* dans la doctrine nord-américaine dominante, reléguant l'ancienne définition de Blackstone (d'ailleurs largement influencée par la doctrine civiliste) comme un droit absolu; « a sole and despotic dominium » (voir William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, 4^e éd, vol 2, Oxford, Clarendon Press, 1770 à la p 2).

86 Voir Gray, *supra* note 83 à la p 15.

deux traditions de droit civil et de common law conçoivent essentiellement la propriété comme une relation d'exclusivité vis-à-vis d'un bien⁸⁷.

Le *conservation easement* ne bouscule pas tant l'institution de la propriété en common law, celle-ci étant déjà analysée comme un droit qui peut être fragmenté sans difficulté. En outre, la common law reconnaît déjà que certains droits concurrents à la propriété peuvent être perpétuels, comme c'est le cas de l'institution du *trust*⁸⁸. Il n'en reste pas moins que le *conservation easement* déroge aux principes de la common law quant aux *easements*, comme nous l'avons observé plus haut. Tant en droit civil qu'en common law, il faut dès lors accepter la modification de certains principes du droit des biens pour donner à l'instrument de l'obligation réelle environnementale ou du *conservation easement* son plein potentiel.

II. LA COMPATIBILITÉ POSSIBLE DES OUTILS DE PROTECTION ENVIRONNEMENTALE D'INTENDANCE PRIVÉE AVEC LES COMMUNS

Le mouvement des communs représente une mouvance prônant une approche communautaire de la propriété permettant de déroger à la dichotomie public/privé généralement acceptée en matière de gestion des ressources. Cette section vise à déterminer si les outils d'intendance privée étudiés précédemment sont compatibles avec l'approche du mouvement des communs.

On présentera le mouvement des communs ou du commun, ainsi que certains des principes en émanant (A). Puis, on tentera de montrer qu'il n'existe pas d'incompatibilité de principe entre les communs et la propriété privée ou la reconnaissance étatique (B). Finalement, on identifiera comment l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement* peuvent être des outils de mise en commun/*commoning* afin de mettre au jour des principes de compatibilité entre les communs et l'intendance privée (C).

87 Voir Emerich, *Droit commun*, *supra* note 45 à la p 161.

88 Tel est le cas du *charitable trust*, qui peut avoir une durée illimitée (voir Lewis M Simes, *Public Policy and the Dead Hand: Five Lectures Delivered at the University of Michigan February 7, 8, 9, 14, and 15*, Ann Arbor, University of Michigan Law School, 1955 aux pp 111–13; Danny Fein, « A Defense of Perpetual Trusts » (2022) 47:23 ACTEC L J 215).

A. *Le paradigme du commun*

Les concepts de communs, de commun et de biens communs sont polysémiques et inévitablement « rétif[s] à toute tentative de définition univoque »⁸⁹. En effet, les notions de commun(s) comme idéal politique, ou de bien commun comme catégorie juridique, sont anciennes⁹⁰, et ont arboré plusieurs significations. Récemment, ces notions sont revenues à l'avant-plan de l'imaginaire collectif et académique. La revitalisation de ces concepts est en partie due aux travaux d'Elinor Ostrom, qui ont démontré la fécondité de méthodes communautaires de gouvernance afin de conserver efficacement et de manière durable certaines ressources naturelles, par le biais des communs⁹¹. Ostrom a ainsi proposé une voie alternative à la gestion étatique ou par le marché des ressources naturelles, en réponse aux échecs constants de l'État à les protéger adéquatement et à éviter leur privatisation. Depuis, le commun a été mobilisé dans un grand nombre de contextes, qu'il s'agisse des « communs urbains », en référence à la gestion communautaire dans le contexte de la ville⁹², ou du « deuxième mouvement des enclosures », en lien avec l'emprise grandissante des droits de propriété sur les biens intangibles, incluant la propriété intellectuelle⁹³.

Les communs ont cessé d'être limités aux domaines du droit des biens et de l'économie quand le principe les animant, le commun, est devenu un véritable mouvement politique sous la plume, entre autres, de

89 Voir Vincent Bonnet, dir, *Dictionnaire de droit des biens*, 1^{re} éd, Bruxelles, Bruylant, 2024, *sub verbo* « communs ».

90 Voir Pierre Dardot et Christian Laval, *Commun : Essai sur la révolution au XXI^e siècle*, Paris, La Découverte, 2014 aux pp 21–51 [Dardot et Laval, *Commun*].

91 Voir Elinor Ostrom, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge (R-U), Cambridge University Press, 1990. Voir la synthèse des modèles justifiant le recours à des méthodes communautaires de gouvernance (*ibid* aux pp 182–85).

92 Voir Festa, *supra* note 6 au para 9. Voir aussi Marie Cornu et Yaëll Emerich, dir, *Les communs urbains saisis par le droit*, Paris, Mare et Martin, 2024.

93 Voir James Boyle, « The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain » (2003) 66:1/2 *Law & Contemp Probs* 33. Même Ostrom, qui originellement limitait son analyse aux « common pool resources », s'attarda à l'intersection du commun et de la propriété intellectuelle (voir Charlotte Hess et Elinor Ostrom, *Understanding Knowledge as a Commons: From Theory to Practice*, Cambridge (Mass), MIT Press, 2007).

Hardt et Negri⁹⁴ ainsi que de Dardot et Laval⁹⁵. Ces auteurs ont identifié les revendications et les motifs de ceux ayant développé le paradigme des communs afin d'en créer un principe plus universel. Dans leur ouvrage sur le commun, Dardot et Laval ont sans doute présenté la vision la plus cohérente et complète du commun, de son histoire, des revendications qui sont à son origine et des principes qui l'animent; c'est donc principalement sur cet ouvrage que notre interprétation du commun s'appuie dans cet article. Si les revendications du commun sont extrêmement nombreuses, nous tenterons d'en présenter ici certains aspects fondamentaux.

En premier lieu, la caractéristique la plus fondamentale du commun est probablement son caractère actif ou en mouvement, le commun étant avant tout une activité⁹⁶. Par conséquent, il est essentiel, selon Dardot et Laval, d'éviter de *réifier* le commun⁹⁷. Pour ces auteurs, ce n'est pas l'essence d'un bien en particulier qui le rend commun, mais plutôt le fait qu'une communauté en fait un usage commun⁹⁸. C'est d'ailleurs la principale critique formulée par Dardot et Laval à la théorie du commun mise de l'avant par Elinor Ostrom. En effet, celle-ci limitait initialement son analyse à certains types de biens mis en commun, les *common pool resources*, et demeurerait ainsi ancrée dans l'essentialisation des biens caractérisant le droit et l'économie classiques, l'empêchant de transcender ces disciplines restrictives⁹⁹. C'est aussi pourquoi ils décident d'utiliser le singulier plutôt que pluriel en désignant le commun; le commun ne devrait pas être réduit à une catégorie de biens¹⁰⁰.

L'activité qu'est le commun comporte deux facettes ou phases¹⁰¹. D'abord, le commun a un aspect défensif, soit la protection de ce qui est déjà en commun, la résistance aux forces de privatisation et

94 Voir Michael Hardt et Antonio Negri, *Commonwealth*, Cambridge (Mass), Belknap Press of Harvard University Press, 2009; Michael Hardt et Antonio Negri, *Déclaration : ceci n'est pas un manifeste*, Paris, Raisons d'agir, 2013.

95 Voir Dardot et Laval, *Commun*, *supra* note 90 aux pp 11–20.

96 Voir *ibid* à la p 23.

97 Voir *ibid* aux pp 32–40.

98 Voir *ibid* aux pp 47–49.

99 Voir *ibid* aux pp 155–56.

100 Voir *ibid* à la p 49.

101 Voir *ibid* à la p 104.

d'appropriation étatique¹⁰². Ensuite, la privatisation de ce qui était auparavant dans le domaine du commun étant déjà bien entamée, le commun se doit également d'être offensif, soit d'aspirer à « reprendre » en son sein certains biens, ce qui pousse à repenser nos institutions et ordres sociaux¹⁰³. Dans tous les cas, l'activité de l'institution du commun demeure la même : créer des droits d'usage collectifs s'opposant au droit de propriété tels que compris dans le cadre propriétaire actuel et permettant à une communauté d'exercer une cogestion ou « autogouvernance »¹⁰⁴. Par cogestion ou autogouvernance, il faut entendre la capacité d'une communauté d'établir démocratiquement, indépendamment de l'État, ses règles de gestion.

En outre, le commun se présente comme une alternative à la dichotomie entre la gestion par le marché et la gestion publique étatique¹⁰⁵. En effet, la pensée politique moderne obscurcit toute alternative à ces deux options, en caractérisant le contrôle étatique des ressources comme la seule manière de résister à l'exploitation excessive des ressources par les acteurs privés¹⁰⁶. Or, dans une ère néolibérale d'emprise grandissante des forces du marché dans toutes les sphères de la société, les États ont démontré leur difficulté à résister à l'accaparement des ressources par les acteurs privés, devenant souvent parties prenantes à la privatisation grandissante des ressources¹⁰⁷. Le mouvement du commun vise à échapper à cette dichotomie. Selon Dardot et Laval, c'est la notion même de propriété, conçue comme un droit absolu sur un objet, qui constitue le problème et mène à la dépossession des communautés. À leur sens, la propriété privée et la propriété « publique » sont les deux côtés d'une même médaille, la seule différence étant le sujet du droit de propriété¹⁰⁸. Ainsi, pour ces auteurs, le commun se doit d'être inappropriable : « le commun, au principe de ce qui nous fait vivre ensemble, c'est

102 Voir *ibid* aux pp 104–05.

103 Voir *ibid*.

104 Voir Dardot et Laval, « Politique des communs : avenues de recherche et projets de société », 91^e Congrès de l'Afcas, présenté à l'Université d'Ottawa, 15 mai 2024 [non publiée].

105 Voir Dardot et Laval, *Commun*, *supra* note 90 aux pp 59–62.

106 Voir *ibid* aux pp 59 et s.

107 Voir *ibid* aux pp 14–15.

108 Voir *ibid* à la p 18.

l'inappropriable comme tel. D'où la thèse que nous soutiendrons ici : si le commun est à instituer, il ne peut l'être que comme inappropriable, en aucun cas comme l'objet d'un droit de propriété » [italiques dans l'original]¹⁰⁹. Le raisonnement est simple : le commun vise à restaurer des droits d'usage collectifs, et la propriété, telle qu'actuellement conçue, vu son caractère absolu et exclusif, exclut cette possibilité.

Finalement, une autre caractéristique essentielle du commun est qu'il doit émaner d'actes volontaires¹¹⁰. Accepter que les actes instituant le commun puissent être engendrés par des motivations économiques ou par une forme de coercition ou d'encouragement étatique dénaturerait le commun. En effet, le commun demeurerait alors entre les mains des forces du marché et des États d'une manière détournée, ceux-ci contrôlant d'une certaine manière les acteurs instituant le commun. La répudiation de *l'homo economicus*, soit l'idée que les humains agissent selon leurs intérêts personnels et directs, et le développement de subjectivités nouvelles, fait partie de l'ethos fondateur du commun¹¹¹. Cet ethos doit se refléter dans l'acte institutif du commun.

Malgré les difficultés nécessairement associées à la définition d'un mouvement auquel une pluralité d'acteurs variés a participé, il est donc possible d'identifier certains principes fondamentaux animant le commun. Reste à déterminer si ces principes sont en contradiction avec les fondements des instruments d'intendance privée qui nous intéressent.

B. L'absence d'incompatibilité de principe entre les outils d'intendance privée et le commun

Il importe avant tout d'établir les raisons pour lesquelles on pourrait croire, à première vue, que l'intendance privée est nécessairement incompatible avec le paradigme du commun. Une première interrogation vient rapidement à l'esprit : le commun n'est-il pas présenté comme échappant à la dichotomie entre la propriété privée, partie prenante de l'économie

109 Voir *ibid* à la p 233.

110 Le commun est une « obligation que tous s'imposent à eux-mêmes » (voir *ibid* à la p 55).

111 Voir *ibid* à la p 155. Voir aussi Olivier Weinstein, « Comment comprendre les "communs" : Elinor Ostrom, la propriété et la nouvelle économie institutionnelle » (2013) 14:2 Revue de la régulation au para 27, en ligne : <journals.openedition.org> [perma.cc/VEG6-GLPT].

de marché, et le domaine public étatique? Comment justifier alors qu'un instrument fondé sur la propriété privée, et pouvant être institué en collaboration avec l'État, puisse également être un vecteur du commun?

Comme nous l'avons exposé plus haut, selon Dardot et Laval, le commun se doit d'être inappropriable. Cette affirmation pourrait être analysée comme un refus de caractériser des initiatives telles que l'obligation réelle environnementale ou le *conservation easement* comme des instruments vecteurs de commun, puisque les propriétaires gardent un droit de propriété sur le bien. Selon nous, une telle interprétation doit toutefois être rejetée pour une raison simple : lorsqu'on parle du commun, nous ne parlons pas ici des ressources comme telles, mais de l'activité de cogestion et d'usage de ces ressources. Ainsi, bien que dans le cadre d'une obligation réelle environnementale ou d'un *conservation easement* une personne garde un droit de propriété sur la ressource, il faut s'assurer que l'activité commune elle-même ne soit pas sujette à un droit de propriété — c'est-à-dire, que le propriétaire de la ressource sujette au droit d'usage n'ait pas le pouvoir de restreindre ou de retirer ce droit d'usage.

L'existence d'un droit de propriété absolu (ou libre et complet) préalablement à l'institution du commun est pratiquement inévitable dans le contexte propriétaire actuel. Comme le soulignent Dardot et Laval, « [l]'heure est aujourd'hui à la création de nouveaux droits d'usage venant imposer, via la reconnaissance d'une norme sociale d'inappropriabilité, des limites à la propriété privée et, en ce sens, un recul de celle-ci »¹¹². Ainsi, l'existence d'un droit de propriété auquel on greffe un droit d'usage devient une condition nécessaire de l'institution du commun, et non l'un de ses obstacles. Nous soutenons ici que l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement* peuvent permettre de modifier, sinon dénaturer le droit de propriété de manière à créer l'espace nécessaire pour que des communautés puissent obtenir des droits d'usage collectifs sur des ressources et puissent cogérer leur protection sans être sujettes à une possible restriction de ces droits par le propriétaire de la ressource. Bien qu'il nous reste à déterminer si, dans les faits, la modification

112 Voir Dardot et Laval, *Commun*, *supra* note 90 à la p 405. « Il ne peut y avoir d'institution du commun à l'échelle de la société sans que le droit de propriété, le *dominium* absolu du propriétaire sur la terre, le capital ou le brevet, ne soit soumis au droit d'usage du commun, ce qui implique qu'il perde son caractère absolu » (voir Dardot et Laval, *Commun*, *supra* note 90 à la p 462).

à la propriété créée par l'utilisation de ces deux instruments est suffisante pour générer du commun, il n'existe donc pas selon nous de raison de principe de rejeter que cela soit possible.

Une seconde question se pose alors. Le commun se définit en opposition à l'idéologie néolibérale, or le transfert au domaine privé de ce qui est traditionnellement une responsabilité étatique est une caractéristique du néolibéralisme¹¹³. Est-ce là une raison de principe de rejeter l'hypothèse selon laquelle le *conservation easement* et l'obligation réelle environnementale pourraient être vecteurs du commun, ces instruments permettant à des propriétaires privés de participer à la protection de l'environnement? Nous rejetons cette possible objection pour une raison similaire : en supposant que ces instruments permettent réellement à des communautés de gérer des ressources en commun, celles-ci ne sont alors pas transférées au domaine privé, mais plutôt au *collectif*¹¹⁴. Cette possible objection se fonde sur la dichotomie que le commun s'efforce précisément de rejeter. Le fait qu'une tâche soit déléguée à un autre acteur que l'État ne signifie pas nécessairement qu'elle deviendra automatiquement sujette aux forces du marché. Un entre-deux, constitué d'une cogestion des ressources par des communautés se régulant elles-mêmes, peut exister, et doit être créé afin d'instituer le commun. Le transfert des processus décisionnels à des communautés cogérées ayant des droits d'usage sur la ressource ne peut donc être assimilé au transfert de ces ressources à des acteurs privés sujets aux forces du marché et vulnérables aux motivations économiques.

Finalement, certains pourraient percevoir une tension entre le commun et des outils tels que l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement*, simplement en raison du fait que ceux-ci sont des instruments juridiques. Par définition, un instrument juridique est un instrument qui vise à être contraignant à travers la possibilité d'en appeler

113 Voir Manfred B Steger et Ravi K Roy, *Neoliberalism: A Very Short Introduction*, Oxford, Oxford University Press, 2021 à la p 14. Dardot et Laval, sans en contester la véracité, remettent cependant en question le fait que cette dynamique permette de décrire *entièrement* le néolibéralisme (voir Pierre Dardot et Christian Laval, « Néolibéralisme et subjectivation capitaliste » (2010) 41:1 Cités 35 aux pp 41–42).

114 Dardot et Laval expliquent que le commun représente le « public non étatique » (voir Dardot et Laval, *Commun*, *supra* note 90 aux pp 267–68). Sur le concept de collectif et sur son lien avec le privé, le public et le commun, voir Emerich et Hudon, *supra* note 5 aux pp 556–57. Sur une distinction possible entre intérêt collectif et intérêt commun, voir Gidrol-Mistral, « Affectation », *supra* note 38 aux pp 134, 136.

au système judiciaire pour le faire appliquer. Ainsi, c'est véritablement l'État qui crée l'applicabilité de l'instrument. Toutefois, désirer que l'instrument permettant de protéger le commun soit contraignant juridiquement vient avec un méta message : s'il est nécessaire de protéger le commun juridiquement, cela signifierait que le commun n'est pas protégé adéquatement sans intervention de l'État. Or, c'est exactement ce type de message que le mouvement du commun tente de démentir.

Le débat à l'origine de la renaissance de la discussion autour du commun est celui ayant opposé Garrett Hardin et sa « tragédie des communs »¹¹⁵ à Elinor Ostrom. Le premier affirmait qu'une propriété commune d'une ressource mènerait nécessairement à sa destruction, et ainsi qu'il fallait soit la sectionner en plusieurs droits de propriété privée, soit en déléguer l'administration à l'État¹¹⁶. Cette conclusion tenait pour acquis que chacun agit dans son intérêt immédiat, à la manière d'une théorie des jeux (*game theory*) inspirée de la philosophie de Hobbes et des théories économiques classiques¹¹⁷, et que l'absence de règles qui accompagne le commun permettrait à chaque acteur de maximiser son usage de la ressource au-delà de sa capacité, menant ainsi à sa destruction¹¹⁸. Au contraire, selon Elinor Ostrom, il est possible d'instaurer des structures *communautaires* de gouvernance permettant de protéger et d'utiliser des ressources de manière durable¹¹⁹. L'innovation de son œuvre est de démontrer que la dichotomie suggérée par Hardin est simplement inexacte : placer une ressource dans le domaine du commun n'équivaut pas à la laisser dans un vide réglementaire. Ainsi, selon Ostrom, il est possible et nécessaire de protéger le commun des forces du marché sans avoir recours à l'État. Dardot et Laval avancent la même idée lorsqu'ils affirment que « la "garde" d'un commun ne peut être confiée qu'à ceux qui en font un co-

115 Voir Garrett Hardin, « The Tragedy of the Commons: The Population Problem Has No Technical Solution; It Requires a Fundamental Extension in Morality » (1968) 162:3859 *Science* 1243.

116 Voir *ibid* à la p 1245.

117 Voir généralement Ejan Mackaay et al, *Analyse économique du droit*, 3^e éd, Paris, Dalloz, 2021.

118 Voir Hardin, *supra* note 115 à la p 1244.

119 Voir généralement Ostrom, *supra* note 91.

usage, et non aux États, qui ne peuvent être regardés comme les gardiens et les veilleurs des “choses communes” »¹²⁰.

Voici notre réponse à cette possible résistance : il pourrait en effet être davantage en accord avec son principe que l'institution du commun se fasse totalement en dehors du cadre juridique. Toutefois, tel qu'exposé précédemment, le commun est principalement un processus, une activité, visant l'atteinte d'un tel idéal. Dans cette optique, un mouvement graduel vers un paradigme propriétaire différent est également désirable, sachant qu'une métamorphose immédiate est simplement impossible. La notion de constitutionnalisme enraciné, développée par Aaron Mills¹²¹, permet d'illustrer une impossibilité similaire dans le contexte du droit autochtone. Le *Léviathan* de Thomas Hobbes, qui souligne l'opposition inhérente existant entre les membres d'une société, et le rôle exclusif de l'État dans la mitigation de cette opposition, fait indéniablement partie du mode d'être au monde/*lifeworld* de notre société libérale¹²². Selon Mills, toutes nos institutions, toutes nos formes de normativité émanent de ce récit de création, et ne peuvent être comprises que dans son contexte. Ainsi, tenter de greffer certains aspects des traditions juridiques autochtones à notre ordre juridique ne fait selon lui que les dénaturer¹²³. Par analogie, on pourrait dire que tenter d'universaliser les pratiques instituant le commun qui visent à déroger au mode de vivre libéral d'un seul coup ne saurait fonctionner. Nous croyons plutôt que l'institution du commun à travers l'usage de certains instruments juridiques peut conduire à un changement de paradigme et qu'il peut s'agir d'une étape nécessaire vers un tel changement. De plus, le commun peut également utilement coexister avec la propriété privée.

Ainsi, il n'existe donc pas selon nous de tension conceptuelle ou théorique insurmontable nous empêchant de croire que l'obligation réelle environnementale ou le *conservation easement* puissent agir comme outils d'institution du commun. À notre sens, le commun comme « troisième

120 Voir Dardot et Laval, *Commun*, *supra* note 90 à la p 481.

121 Voir Aaron James Mills (Waabishki Ma'iingan), *Miinigowiziwin: All That Has Been Given for Living Well Together. One Vision of Anishinaabe Constitutionalism*, thèse de doctorat en droit, Université de Victoria, 2019 [non publiée].

122 Hobbes est largement reconnu comme ayant présenté la première mouture d'une théorie du contrat social (voir Thomas Hobbes, *Leviathan*, Edwin Curley, dir, Indianapolis, Hackett Publishing Company, 1994).

123 Voir Mills, *supra* note 121 à la p 215.

voie » n'exclut pas la possibilité d'utiliser les deux premières voies, soit le privé et le public, comme points d'appui.

C. *L'obligation réelle environnementale et le conservation easement comme outils potentiels de commoning*

Nous avons montré jusqu'à présent que, bien que le commun soit souvent présenté comme une « troisième voie » transcendant le privé et le public, il n'existe pas une incohérence ou une incompatibilité de principe entre ce paradigme et l'existence d'une propriété privée ou d'une reconnaissance étatique de son institution. Il reste toutefois à déterminer si l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement* tels qu'ils existent actuellement permettent d'instituer le commun, en respectant les principes qui animent ce paradigme.

Les résistances au développement de l'obligation réelle environnementale peuvent être un premier indice de la capacité de cet outil, ou de ses équivalents, à modifier l'ordre social propriétaire traditionnel de manière à instaurer le commun. Comme nous l'avons évoqué en exposant la longue gestation de cet outil, plusieurs parties prenantes ont réagi négativement au projet de développement de l'obligation réelle environnementale. D'abord, la réaction des acteurs privés, notamment des domaines agricoles et cynégétiques, peut indiquer une atteinte à l'absolutisme et à l'exclusivisme de leurs droits de propriété, du moins dans les premières versions proposées de l'outil¹²⁴. Cette hypothèse est également supportée par l'intervention du monde académique, certains craignant

124 Les résistances corporatistes semblent particulièrement indiquer un possible lien de l'obligation réelle environnementale avec le commun. Notamment, la peur du retour d'une forme de servage invoque l'idée, répandue dans la théorisation du commun, que le régime propriétaire précédant les *enclosures*, soit le système féodal, protégeait et encourageait plus adéquatement le commun que le système capitaliste post-*enclosures*. Du moins, il semble convenu que l'avènement du capitalisme à la fin du Moyen Âge représente le début de la chute du commun. Voir sur ce point David Bollier, *La renaissance des communs : pour une société de coopération et de partage*, Paris, Charles Léopold Mayer, 2014 aux pp 52, 56–57; Jean-Benoît Zimmerman, *Les Communs. Des Jardins partagés à Wikipédia*, Paris, Libre & Solidaire, 2020 aux pp 23–26; Silvia Federici, *Caliban et la sorcière : Femmes, corps et accumulation primitive*, Genève, Entremonde et Senonevero, 2014. Dardot et Laval résistent cependant partiellement à l'utilisation de ce paradigme comme moteur du commun (Dardot et Laval, *Commun*, *supra* note 90 aux pp 131–36).

une dénaturation du droit des servitudes et une atteinte au droit de propriété. Finalement, la réaction de certains acteurs publics, qui ont décrié le fait qu'un domaine traditionnellement public puisse être pris en charge par des particuliers, semble indiquer une atteinte au monopole de l'État quant aux projets « d'intérêt général » ou aux alternatives à la logique du marché.

Il convient de rappeler ici les éléments essentiels à l'institution du commun afin d'examiner si on les retrouve dans les mécanismes de l'obligation réelle environnementale et du *conservation easement*. Comme nous l'avons vu, le commun représente avant tout une activité, un « agir en commun ». Ainsi, pour déterminer si un instrument juridique est compatible avec le paradigme du commun, il faut déterminer si cet instrument permet d'encadrer une activité qui institue le commun. Une telle activité doit selon nous revêtir les quatre aspects suivants : permettre l'usage d'une ressource à une communauté, autrement dit créer des droits d'usage collectifs; permettre la cogestion de la ressource par la communauté aux moyens de systèmes de gouvernance démocratiques; ne pas être elle-même sujette à un droit de propriété; et être entièrement volontaire.

Le *conservation easement* sous sa forme actuelle, ainsi que l'obligation réelle environnementale sous réserve de certaines modifications, sont susceptibles d'encadrer une activité instituant le commun. Premièrement, ces instruments peuvent être utilisés pour permettre de protéger un droit d'usage de la ressource pour les membres d'une communauté donnée. Cela peut être fait de plusieurs manières. D'une part, ladite communauté peut s'instituer en personne morale et contracter elle-même l'obligation réelle environnementale avec le propriétaire immobilier. Il pourrait être prévu dans le contrat l'instituant que les créanciers de l'obligation réelle environnementale, à savoir la communauté, ont des droits d'usage de la ressource. D'autre part, si la communauté ne désire pas s'instituer une personne morale, il est toujours possible d'inscrire à l'acte instituant l'obligation réelle environnementale ou le *conservation easement* que de tierces personnes d'un certain groupe délimité auront un droit d'accès à la ressource. Il s'agirait donc dans ce cas d'une communauté non personnifiée. Toutefois, le défi dans un tel cas est de pouvoir s'assurer de la pérennité du groupe. En outre, la participation à la gestion de biens tenus

sous une forme collective n'est pas toujours évidente¹²⁵. Dès lors, une troisième possibilité, soit celle de constituer une fiducie d'utilité sociale par le biais d'un patrimoine d'affectation, pourrait aussi être utilement envisagée dans ce cas¹²⁶.

Deuxièmement, le *conservation easement* et l'obligation réelle environnementale peuvent permettre d'organiser ou de protéger une cogestion de la ressource par une communauté. Certes, l'instrument n'est pas à priori taillé afin de permettre la gestion du bien immobilier par de tierces parties¹²⁷. Toutefois, celui-ci peut tout de même permettre une telle cogestion, et ce, de deux manières distinctes. D'abord, si une communauté s'institue comme personne morale et contracte avec un propriétaire foncier afin de créer un *conservation easement* ou une obligation réelle environnementale, rien n'empêche que cette personne morale se réserve dans le contrat les droits de gestion de la ressource. Ainsi, les méthodes de gouvernance choisies par la communauté pourront être appliquées. Dans l'éventualité où la communauté ne désire pas s'instituer comme personne morale, il est important de rappeler que les deux instruments permettent d'imposer des obligations positives aux propriétaires fonciers. Nous ne voyons aucune raison de principe qui exclurait la possibilité qu'un contrat d'obligation réelle environnementale ou de *conservation easement* prévoie que le propriétaire doive respecter certaines règles de gouvernance énoncées par la communauté comme condition pour agir sur son fonds de terre. Par exemple, on pourrait envisager que l'un de ces instruments prévoie qu'un propriétaire doive consulter la communauté, inviter ses

125 Il y a, par exemple, une certaine hésitation dans les copropriétés divisées à accepter de devenir administrateur.

126 Sur les avantages et défis potentiels de la fiducie d'utilité sociale, voir notamment Marie-Anne Marchand, *Les fiducies d'utilité sociale : synthèse des connaissances*, Montréal, Territoires innovants en économie sociale et solidaire, 2019.

127 En effet, « [l]a terminologie "obligation réelle environnementale" témoigne du reste du choix de faire du propriétaire le centre de gravité de l'institution » (voir Rochfeld, *supra* note 3 à la p 304). Cela fait contraste, par exemple, avec un instrument similaire récemment adopté au Chili, soit le droit réel de conservation. Celui-ci « offr[e] aux particuliers l'occasion de s'engager pour la protection d'un site » (voir Aude Denizot, « Obligation réelle environnementale ou droit réel de conservation environnementale?: Brève comparaison franco-chilienne de deux lois estivales » (2016) n° 4 RTD civ 949).

observations, ou même avoir son approbation préalablement à toute coupe d'arbres.

Troisièmement, le *conservation easement* peut être constitué de manière parfaitement volontaire. En effet, il n'existe aucune condition de contrepartie pour le propriétaire immobilier¹²⁸. On rencontre toutefois ici une première limitation de l'obligation réelle environnementale. En effet, le *Code de l'environnement* requiert d'inscrire les « engagements réciproques » au contrat formant l'obligation réelle environnementale¹²⁹, ce qui peut être interprété comme un équivalent à l'exigence d'une contrepartie en common law.

En outre, même s'il advenait que la nécessité d'une contrepartie ou d'un équivalent pour constituer l'obligation réelle environnementale soit retirée du *Code de l'environnement*, tant celle-ci que le *conservation easement* pourraient toujours être institués de manière à perpétuer la logique marchande à laquelle le commun vise à déroger. En effet, le *Code de l'environnement* établit que les obligations réelles environnementales « peuvent être utilisées à des fins de compensation »¹³⁰, et le *conservation easement* est très souvent conclu à titre onéreux¹³¹. Ainsi, nous recommandons *de lege feranda* de retirer l'exigence d'une contrepartie ou d'un « engagement réciproque » en stipulant expressément que l'obligation réelle environnementale peut être contractée à titre gratuit ou par un contrat unilatéral, et suggérons que seules les obligations réelles environnementales et les *conservation easements* constitués de telle manière permettent d'instituer le commun.

Quatrièmement, la cogestion et l'usage permis par le *conservation easement* ne sont pas sujets à un droit de propriété si le *conservation easement* est convenu à titre *perpétuel*. Nous rencontrons ainsi la seconde limitation importante de l'obligation réelle environnementale, soit le fait qu'elle doive être accompagnée d'un terme. En effet, tel qu'exposé plus haut, l'obligation réelle environnementale, ou le *conservation easement* assorti d'un terme, ne dénature pas réellement la propriété de manière à rendre le commun institué inappropriable, le propriétaire de la ressource

128 Good et Michalsky, *supra* note 45 et texte correspondant.

129 *Supra* note 12 et texte correspondant.

130 Voir C env, *supra* note 4, art L. 132-3.

131 54 % des *conservation easements* au Canada ont été conclus à titre onéreux (voir Good et Michalsky, *supra* note 45 aux pp 2, 9-10).

gardant un droit résiduel à la récupération des droits sur le bien – incluant les droits d’usage collectifs institués. Ces instruments sont alors plutôt similaires dans leur effet à un usufruit, sur lequel le propriétaire garde la nue-propriété¹³². Ainsi, nous recommandons *de lege feranda* de considérer la possibilité de retirer l’obligation d’une durée maximale de 99 ans inscrite au contrat d’obligation réelle environnementale, et suggérons que le *conservation easement* permet d’instituer le commun de manière complète et durable uniquement s’il est conclu à perpétuité. Il est vrai qu’une telle perpétuité pourrait en rebuter certains et qu’elle pourrait être considérée contraire au principe traditionnel selon lequel les droits grevant la propriété incluant les droits réels démembrements doivent avoir une durée limitée, seule la propriété étant en principe un droit perpétuel¹³³. Il n’en demeure pas moins que le droit civil québécois admet une perpétuité possible des démembrements innommés¹³⁴, ce qui va dans le sens d’un mouvement jurisprudentiel qui reconnaît la possibilité des démembrements innommés en droit civil, ainsi que leur éventuelle perpétuité¹³⁵. En outre, la servitude est un démembrement perpétuel, ce qui est généralement justifié par le fait qu’elle est intimement attachée au fonds de terre et lui est accessoire¹³⁶. Un même raisonnement pourrait selon nous être appliqué à l’obligation réelle environnementale dès lors qu’elle est rattachée à un fonds de terre de façon accessoire. Devant les difficultés possibles à laquelle une telle proposition de perpétuité pourrait se heurter, nous admettons toutefois qu’une (très longue) durée de 99 ans pour

132 Sur la situation de l’usufruitier et du nu-propriétaire dans le contexte de l’usufruit, voir notamment Normand, *supra* note 73 aux pp 236–51.

133 Sur le principe de la perpétuité de la propriété, voir notamment *ibid* à la p 100.

134 Voir *Matamajaw Salmon Club v Duchaine* (1921), 59 DLR 391 à la p 398, 1921 CanLII 430 (JCPC R-U) [Matamajaw]; *Québec (Procureur général) c Club Appalaches inc.*, 1998 CanLII 9587 aux para 57–59 (QCCS) [Club Appalaches]. Sur la question du *numerus clausus* des droits réels en droit comparé et sur la potentielle durée perpétuelle des démembrements innommés, voir Yaëll Emerich, « Regard comparatif sur le *numerus clausus* des droits réels » (2020) 1:5 R Tribonien 58 à la p 60 [Emerich « Regard comparatif »].

135 Voir notamment Cass civ 3^e, 31 octobre 2012, Bull civ III, n° 159 à la p 134, n° 11-16.304 (France); Cass civ 3^e, 7 juin 2018, Bull civ III, n° 61, n° 17-17.240 (France).

136 Voir Jean-Guy Cardinal, « Un cas singulier de servitude réelle » (1955) 57:7 R du N 478 à la p 484. Voir aussi Normand, *supra* note 73 (« [e]n principe, seul le droit de propriété est perpétuel » à la p 101).

l'obligation réelle environnementale reste possible et intéressante, même si elle permettrait d'instaurer le commun de façon moins pérenne.

Il est donc établi que l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement* sont, sous réserve de certaines modifications ou conditions d'utilisation particulière, compatibles avec le paradigme du commun. En examinant les raisons pour lesquelles ces outils permettent une mise en commun ou *commoning*, il est donc possible de mettre au jour des principes généraux de compatibilité entre l'intendance privée ou la gestion privative et le commun. Nous pouvons ainsi répondre à notre interrogation initiale de savoir ce qui permet au *conservation easement* et à l'obligation réelle environnementale modifiée d'encadrer une véritable institution du commun. Un premier aspect est la limitation du droit d'usage et du droit de disposer du propriétaire que peuvent imposer ces instruments, ainsi que la création d'un droit d'usage collectif pouvant être fait au bénéfice de tierces parties. Le deuxième aspect est la création d'un espace permettant la cogestion des ressources par la communauté recevant le droit d'usage collectif. Le troisième aspect est le fondement volontaire de l'institution du commun que ces instruments permettent. Finalement, le dernier aspect, qui va le plus loin dans le mouvement des communs, serait la perpétuité du mécanisme, allant dans le sens d'une dénaturation du droit de propriété par le biais de la création d'une charge volontaire perpétuelle à des fins environnementales, ou minimalement une très longue durée de 99 ans.

III. À LA RECHERCHE D'UN OUTIL ADÉQUAT DE PROTECTION ENVIRONNEMENTALE D'INTENDANCE PRIVÉE AU QUÉBEC

Ayant tenté de montrer qu'il est possible d'instituer le commun à travers certains instruments d'intendance privée, nous nous tournons maintenant vers le Québec afin de déterminer si un instrument permettant d'en faire de même existe. À première vue, le législateur québécois n'a pas consacré un instrument analogue à l'obligation réelle environnementale du droit français ou au *conservation easement* de la common law. Le seul instrument législatif comparable est la réserve naturelle, consacrée par la *Loi sur la conservation du patrimoine naturel*¹³⁷. Or, l'entente de réserve

137 Voir notamment François Frenette, « La *Loi sur la conservation du patrimoine naturel* : un simple aperçu des mesures de protection édictées et de leur impact sur la pratique notariale » (2005) 107:3 R du N 413 à la p 431.

naturelle est nécessairement initiée par un membre du gouvernement, faisant en sorte que cet instrument ne déroge pas réellement à la dichotomie marché/État. Deux notions de droit civil québécois méritent cependant d'être explorées. En premier lieu, il faut explorer la possibilité de simplement utiliser la notion d'obligation réelle, qui existe également au Québec, afin de créer ce qui serait l'équivalent de l'obligation réelle environnementale française sans intervention législative (A). En deuxième lieu, nous déterminerons les potentialités de la « servitude de conservation », notion développée en doctrine dans la province (B). Finalement, nous proposons une réforme en faveur d'une reconnaissance expresse de l'ORE en droit civil québécois (C).

A. *Les obligations réelles en droit québécois : un fondement incertain?*

L'obligation réelle occupe une place relativement limitée en droit civil québécois. En effet, bien que la notion soit reconnue par la loi¹³⁸ et généralement acceptée, tant en doctrine¹³⁹ qu'en jurisprudence¹⁴⁰, celle-ci est encore utilisée avec parcimonie¹⁴¹. Comme le rappellent la Professeure Élise Charpentier et le Juge Benoît Moore, l'obligation réelle peut être définie comme « une obligation [personnelle accessoire] dont une personne est tenue uniquement en raison de sa qualité de titulaire de droit réel »¹⁴². On peut y voir dans un sens large « l'obligation personnelle accessoire dont une personne est tenue uniquement en raison des rapports qu'elle entretient avec une chose » [italiques omis]¹⁴³.

Le concept d'obligation réelle est généralement utilisé dans la jurisprudence dans le contexte d'une obligation positive accessoire à une

138 Voir par exemple les obligations *propter rem* légales des arts 978, 1002 al 2 CcQ.

139 Voir Élise Charpentier et Benoît Moore, « Responsabilité civile et rapports de voisinage : Responsable ou obligé? Commentaire de l'arrêt *Ciment du St-Laurent c. Barrette* » (2009) 43:2 RJT 467 aux pp 478–80; Lamontagne, *supra* note 78 au para 114.

140 Voir notamment *Ciment du St-Laurent inc c Barrette*, 2006 QCCA 1437.

141 Voir par ex Lamontagne, *supra* note 78 (« [é]tant donné la connotation des droits réels et des obligations réelles, nous estimons qu'il faut adopter une conception restrictive du domaine d'application de ces obligations » au para 114).

142 Voir Charpentier et Moore, *supra* note 139 à la p 479, citant France Allard et al, dir, *Dictionnaire de droit privé et lexiques bilingues : Les obligations*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2003, *sub verbo* « obligation réelle ».

143 Voir Charpentier et Moore, *supra* note 139 à la p 479.

servitude¹⁴⁴. C'est ainsi que les parties peuvent, en suivant l'article 1178 du *Code civil du Québec*, « convenir d'imposer au propriétaire du fonds servant une obligation de faire, par exemple de construire le chemin d'une servitude de passage [...] Une telle obligation lie le propriétaire du fonds servant, de même que ses ayants droits, et ne peut s'éteindre qu'avec la servitude dont elle est l'accessoire ou dans les circonstances prévues par la loi » [notes omises]¹⁴⁵.

La retenue à utiliser le concept d'obligation réelle peut être illustrée par l'affaire *Ciment Saint-Laurent*¹⁴⁶, rendue par la Cour suprême du Canada. Dans cette affaire, la plus haute Cour a retenu une responsabilité sans faute ou objective dans le contexte des troubles de voisinage. Ce faisant, elle a rejeté la théorie de la responsabilité *propter rem* (responsabilité réelle), qui avait été retenue par la Cour d'appel et aurait fait en sorte que « l'obligation de ne pas causer d'inconvénient anormal à un voisin serait inhérente au droit de propriété »¹⁴⁷. La cour considère qu'« il existe derrière toute obligation *propter rem* (obligation réelle) une “personne débitrice de la charge réelle” tenue d'indemniser le voisin subissant les inconvénients excessifs »¹⁴⁸ et que, dès lors, le recours pour troubles de voisinage fondé sur l'article 976 du *Code civil du Québec* « reste avant tout un droit de créance appartenant à une personne (et non à un fonds) et opposable à une autre »¹⁴⁹. Après avoir souligné que l'approche de la Cour d'appel priverait de ce recours les locataires ou occupants¹⁵⁰, puisqu'ils ne sont pas titulaires d'un droit réel et que, pour des raisons procédurales, elle « rendrait difficile, sinon impossible l'exercice de recours collectifs »¹⁵¹, la Cour conclut que la théorie de la responsabilité *propter rem* « semble indûment limiter l'interprétation de l'art. 976 C.c.Q. »¹⁵². Bien que ce rejet de la théorie de l'obligation réelle dans le contexte des troubles de voisinage ne rende pas la notion d'obligation réelle non

144 Voir notamment *Bagur c Massonat*, 2023 QCCA 805.

145 Voir *ibid* au para 25.

146 Voir *Ciment du Saint-Laurent inc c Barrette*, 2008 CSC 64.

147 Voir *ibid* au para 81.

148 Voir *ibid* au para 82.

149 Voir *ibid*.

150 Voir *ibid* au para 83.

151 Voir *ibid* au para 84.

152 Voir *ibid* au para 85.

pertinente ou caduque¹⁵³, cette affaire permet d'illustrer le fait que les tribunaux font montre d'une certaine retenue avant d'utiliser ce concept.

Malgré cette retenue, l'affaire *Syndicat des copropriétaires Les Résidences Mont-Royal c. Soltron Realty GP inc.* de la Cour d'appel du Québec a eu recours à la notion d'obligation réelle afin d'accepter une obligation qui a été créée par contrat comme étant contraignante envers les acquéreurs subséquents d'un fonds¹⁵⁴. Or, la Cour d'appel considère que « [m]ême si l'obligation réelle — concept élastique auquel notre droit recourt avec parcimonie — est souvent tenue pour découler de la loi, elle peut [...] résulter d'un acte volitif »¹⁵⁵. Dans cette affaire, la Cour d'appel fait donc preuve d'une interprétation large du concept d'obligation réelle, en acceptant qu'elle puisse naître d'un contrat et qu'elle puisse imposer des actions positives. En effet, selon la Cour, « [s]i on l'associe parfois à des obligations de caractère passif, l'obligation réelle peut comporter une prestation positive, ce dont l'article 1178 C.c.Q. (qui présente une dimension contractuelle) offre d'ailleurs un exemple, tout comme l'obligation d'entretien incombant à l'usufruitier en vertu de l'article 1151 ou l'obligation de réparer de l'emphytéote, selon l'article 1203 »¹⁵⁶. On peut considérer cependant que cette interprétation large résulte du contexte spécifique de l'affaire — qui d'ailleurs, ne relevait pas d'un contexte environnemental — et que rien n'obligerait un tribunal à suivre cette approche en raison de l'absence de règle de précédent en droit civil¹⁵⁷.

S'il n'est donc pas impossible qu'un tribunal puisse décider de créer une obligation de faire par le biais d'une obligation réelle dans un but de protection environnementale, cette possibilité peut sembler incertaine ou trop peu susceptible d'être mise en pratique, la France ayant d'ailleurs dû agir par voie législative afin d'instaurer un tel instrument.

153 Voir généralement Yaëll Emerich, « Contribution à une étude des troubles de voisinage et de la nuisance : la notion de devoirs de la propriété » (2011) 52:1 C de D 3.

154 2018 QCCA 1102.

155 Voir *ibid* au para 39.

156 Voir *ibid* au para 40.

157 La cour relève elle-même que « le constituant impose une obligation de faire au propriétaire du centre commercial, qui qu'il soit [...] et ce, en raison de la disposition physique du complexe, de la destination du Centre commercial et deux tours d'habitation [...] et de l'aménagement juridique général de cet ensemble immobilier » (voir *ibid* au para 42).

B. La servitude de conservation québécoise : un instrument imparfait?

Des auteurs et praticiens ont avancé la possibilité d'utiliser la servitude québécoise afin de conserver les espaces naturels. Cet outil est parfois dénommé « servitude de conservation »¹⁵⁸, ce qui évoque évidemment le *conservation easement* de common law. Ces outils sont-ils véritablement équivalents, et la servitude de conservation permet-elle d'instituer le commun à l'instar de sa cousine de la common law? M^e Jean-François Girard, l'auteur ayant dépeint l'image la plus exhaustive de la notion de servitude de conservation, la définit de la manière suivante : « contrat conclu entre un propriétaire et un organisme de conservation par lequel le propriétaire renonce à faire chez lui des activités dommageables pour l'environnement ou par lequel le propriétaire permet à l'organisme d'utiliser son terrain pour y faire certaines activités »¹⁵⁹. Il faut toutefois comprendre que la servitude de conservation est essentiellement un instrument doctrinal et une création de la pratique¹⁶⁰; celle-ci n'est pas expressément entérinée ni même mentionnée par le *Code civil du Québec*¹⁶¹. Pour répondre à la question qui nous concerne, il faut donc déterminer quelle est la nature juridique de la servitude de conservation (et plus spécifiquement si elle constitue une servitude réelle ou personnelle) et si elle comporte les éléments que nous avons identifiés comme permettant aux instruments d'intendance privée d'instituer le commun.

Aux termes de l'article 1177 du *Code civil du Québec*,

La servitude est une charge imposée sur un immeuble, le fonds servant, en faveur d'un autre immeuble, le fonds dominant, et qui appartient à un propriétaire différent. Cette charge oblige le propriétaire du fonds servant à supporter, de la part du

158 Voir Jean-François Girard, « La vraie nature de la servitude de conservation : analyse d'un outil juridique méconnu » dans Barreau du Québec, dir, *Développements récents en droit de l'environnement*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2012, 137 à la p 147; Gaële Gidrol-Mistral, « L'environnement à l'épreuve du droit des biens » 62:3 RD McGill 687 aux pp 712–23.

159 Voir Girard, *supra* note 158 à la p 147.

160 Pour un exemple de ce type de servitudes de conservation sanctionnées par la jurisprudence, voir notamment *The Ruiter Valley Land Trust c Canton de Potton*, 2020 QCTAQ 0141; *Complexe Enviro Connexions ltée*, 2021 CanLII 75935 (QCCPTA).

161 Voir Girard, *supra* note 158 à la p 152.

propriétaire du fonds dominant, certains actes d'usage ou à s'abstenir lui-même d'exercer certains droits inhérents à la propriété.

La servitude réelle peut, à première vue, sembler être une solution idéale afin de créer une servitude qui soit fonctionnellement équivalente à un *conservation easement*. La servitude réelle a vocation à être perpétuelle¹⁶². De plus, la servitude réelle est rattachée à un immeuble et va donc survivre aux changements de propriétaires de l'immeuble à conserver¹⁶³. Finalement, celle-ci peut permettre d'imposer des obligations négatives ainsi que des obligations positives *accessoires*¹⁶⁴.

Une première difficulté émerge toutefois ici : l'impossibilité de rattacher une obligation positive à une servitude réelle, à moins qu'elle ne soit accessoire. Il est loin d'être certain que l'on puisse, par exemple, obliger un propriétaire à consulter une communauté, ou même à s'assurer de l'approbation de celle-ci, avant de prendre une décision par rapport à son immeuble de façon accessoire dans le cadre d'une servitude réelle. Or, comme nous l'avons vu précédemment, il semble souvent nécessaire de pouvoir imposer des obligations positives aux propriétaires fonciers dans le but d'instituer le commun par le biais d'instruments conventionnels, particulièrement quand l'organisation n'est pas affiliée ou directement représentative d'une communauté. De plus, un autre enjeu relatif à l'utilisation de la servitude réelle pour protéger l'environnement est lié à l'exigence traditionnelle d'un fonds dominant et d'un fonds servant contigus en matière de servitude¹⁶⁵, ce qui n'est pas toujours le cas dans un contexte de protection environnementale.

Une autre difficulté liée à la servitude réelle est son manque de flexibilité. En effet, le droit québécois impose plusieurs exigences de forme afin de pouvoir constituer une servitude réelle. Ces conditions, prévues à l'article 1177 du *Code civil du Québec*, et formulées par Cardinal sous forme de six conditions, sont couramment reprises par la jurisprudence¹⁶⁶ :

162 Voir Cardinal, *supra* note 136 à la p 484. Sur la vocation perpétuelle de la servitude réelle, voir aussi *Girard c Ménard*, [1995] RDI 24 à la p 28, 1995 CarswellQue 1311 (QCCA), juge Rousseau-Houle. Elle peut cependant être à durée déterminée.

163 Voir art 1182 CcQ.

164 Voir arts 1177–78 CcQ.

165 Voir toutefois, pour un allègement de cette exigence, *Association Mitawanga c Avrith*, [1993] RDI 335 à la p 339, 1993 CarswellQue 101 (QCCS).

166 Voir par ex *Morency c Lacasse*, 2005 CanLII 44122 au para 7 (QCCS).

l'existence de deux fonds de terre voisins, appartenant à deux propriétaires différents, un fonds servant rendant un service foncier au fond dominant, et un propriétaire obligé à souffrir ou à ne pas faire quelque chose pour une durée perpétuelle¹⁶⁷. Ainsi, en l'absence d'une intervention législative, comme dans le cas de l'obligation réelle environnementale et du *conservation easement*, un propriétaire voulant créer une servitude réelle de conservation devra respecter ces exigences de forme, qui sont assez contraignantes.

Passons maintenant à l'hypothèse de l'utilisation de la servitude personnelle comme outil conventionnel de conservation respectant le paradigme du commun. En droit québécois, les termes « servitude personnelle » peuvent désigner deux notions distinctes. D'une part, la terminologie est parfois utilisée pour faire référence à une forme de démembrement nommé. Dans un tel sens, la servitude personnelle est comprise en jurisprudence comme désignant un droit réel de jouissance constitué au bénéfice d'une personne désignée. Plusieurs critères ont été retenus pour reconnaître l'existence d'une servitude personnelle : il doit s'agir d'un droit réel sur le bien-fonds; en faveur d'une personne; pour une durée limitée¹⁶⁸. Toutefois, si le caractère réel de cette servitude personnelle lui permet de suivre le bien, elle est toutefois le plus souvent viagère en raison de son lien à la personne du bénéficiaire. Ainsi, l'absence de perpétuité assurée de la servitude personnelle prise au sens d'un droit réel nommé ne permet pas une protection environnementale totalement compatible avec l'idéal du commun.

D'autre part, la terminologie « servitude personnelle » est parfois utilisée pour désigner les droits réels innommés. En effet, il a été admis que la doctrine du *numerus clausus*, selon laquelle seuls les droits réels explicitement énumérés par le législateur peuvent être créés, ne trouve pas d'application en droit civil québécois¹⁶⁹. Il ne résulte toutefois pas de cette possibilité de reconnaissance de droits réels innommés sous la dénomination de servitude personnelle qu'un tel droit soit nécessairement

167 Voir Cardinal, *supra* note 136 à la p 485.

168 Voir Pierre-Claude Lafond, *Précis de droit des biens*, Montréal, Thémis, 1999 aux pp 844-47.

169 Voir Matamajaw, *supra* note 134 à la p 394; Club Appalaches, *supra* note 134 à la p 22. Voir aussi la formulation non limitative de l'art 1119 CcQ qui prévoit simplement que « [l]'usufruit, l'usage, la servitude et l'emphytéose sont des démembrements du droit de propriété et constituent des droits réels » [nos italiques].

perpétuel, remettant ainsi en cause la centralité du droit de propriété dans le *Code civil du Québec*¹⁷⁰. Dès lors, l'absence de perpétuité d'office d'une servitude personnelle prise au sens d'un droit réel innommé ne permet pas non plus une protection suffisante. Cette absence de protection suffisante laisse donc ouverte la possibilité d'une intervention législative qui permettrait clairement de créer un instrument similaire à l'obligation réelle environnementale du droit français et au *conservation easement* de la common law. Il n'en demeure pas moins qu'à défaut d'intervention législative, les tribunaux auraient la latitude d'utiliser la reconnaissance des droits réels innommés, y compris perpétuels, par le droit civil québécois pour reconnaître la validité d'une obligation réelle environnementale.

C. *Pour une réforme du droit civil québécois en faveur de la reconnaissance expresse d'une obligation réelle environnementale*

Nous proposons ici une réforme législative du droit civil québécois. Cette réforme pourrait, selon nous, s'appuyer sur les forces et les limites des deux instruments d'intendance privée étudiés, à savoir l'obligation réelle environnementale du droit civil français d'une part et le *conservation easement* de la common law d'autre part. Comme nous l'avons vu, ces deux outils permettent de protéger l'environnement tout en étant susceptibles de s'ancrer dans le paradigme du commun à certaines conditions.

En ce sens, nous proposons une réforme du *Code civil du Québec*, ou minimalement une réforme par le biais d'une loi spéciale dans le contexte de la protection environnementale, qui reconnaisse de façon expresse l'obligation réelle environnementale en droit civil québécois, constituant ainsi le pendant souhaitable du *conservation easement* reconnu aux États-Unis et dans les provinces canadiennes. Tout comme en droit français, l'obligation réelle québécoise devrait être distinguée de la servitude réelle en raison de l'absence de nécessité de deux fonds comme condition de la constitution d'une obligation réelle¹⁷¹. De plus, l'obligation réelle environnementale devrait permettre une obligation de faire ou de ne pas faire, contrairement à la servitude réelle qui peut seulement imposer des obligations de ne pas faire¹⁷².

170 Voir Emerich, « Regard comparatif », *supra* note 134 aux pp 68–70.

171 Voir Mallet-Bricout, *supra* note 11 à la p 218.

172 Voir *ibid* aux pp 218–19.

Toutefois, au vu des limites de l'obligation réelle française, nous suggérons qu'un tel instrument soit doté d'une potentialité de durée perpétuelle et qu'il puisse être constitué sans contrepartie, ou dit autrement, à titre gratuit. Cette dernière possibilité permettrait en effet d'élargir son impact en ne lui imposant pas d'être constitué à titre onéreux, tout en permettant d'ouvrir la voie au commun.

En outre, contrairement à la prohibition des engagements perpétuels présente en droit français (art 1210 du *Code civil* français), le droit civil québécois ne semble pas reconnaître une telle prohibition. Dans l'affaire *Uniprix inc. c. Gestion Gosselin et Bérubé inc.*¹⁷³, une clause prévoyait le renouvellement automatique d'un contrat d'affiliation entre Uniprix inc et un groupe de sociétés. Le contrat avait une durée initiale de cinq ans, qui pouvait être renouvelée de façon automatique, sans qu'une limite au nombre de renouvellements ait été fixée. Or, la Cour suprême du Canada estime dans cette affaire que rien n'interdit en principe les contrats perpétuels en droit civil québécois¹⁷⁴. S'il est vrai qu'une telle perpétuité s'oppose au cadre propriétaire classique qui n'admet traditionnellement de droit perpétuel que la propriété¹⁷⁵, il reste que la servitude réelle est perpétuelle par exception¹⁷⁶, puisqu'elle est rattachée à un fonds de terre. Dès lors, l'obligation réelle environnementale québécoise pourrait se fonder sur ce même rattachement réel au fond pour en faire un instrument de protection perpétuelle.

Par ailleurs, s'agissant d'un instrument juridique opposable aux tiers et susceptible d'affecter leurs droits, il conviendrait bien entendu d'en prévoir la publicité, de manière similaire à ce qui est prévu pour le *conservation easement* et pour l'obligation réelle environnementale du droit français, qui doivent respectivement être publiés au registre de publicité des droits affectant la terre¹⁷⁷ ou au fichier immobilier¹⁷⁸. S'agissant d'un droit affectant un fonds de terre, nous suggérons que la publicité de

173 2017 CSC 43.

174 Voir *ibid* au para 70.

175 Voir *ibid* aux para 18, 84. Voir aussi par ex Emerich, « Droit commun », *supra* note 45 à la p 161.

176 Voir Cardinal, *supra* note 136 à la p 485.

177 Voir par ex *Conservation Land Act*, *supra* note 59, art 5.

178 Voir Martin, « Obligations réelles environnementales », *supra* note 16 à la p 1126. Voir aussi François Frenette, « L'obligation accessoire de faire d'une servitude et le problème de son opposabilité aux tiers » (2015) 117:2 R du N 201 aux pp 209-12.

l'obligation réelle environnementale québécoise se fasse au registre de la publicité foncière, au même titre que les droits réels affectant un bien immobilier.

CONCLUSION

Dans cet article, nous avons tenté de broser un portrait de deux instruments conventionnels de conservation des espaces naturels, à savoir l'obligation réelle environnementale française et le *conservation easement* de common law. Nous avons ensuite évalué ces instruments au regard de l'idéal politique du commun afin de déterminer la possibilité d'arrimer les principes animant le commun à des instruments juridiques prenant ancrage dans la propriété privée. Finalement, nous nous sommes tournés vers le Québec afin de déterminer si le droit en vigueur permettait l'instauration d'un instrument conventionnel de protection de la nature.

Ce projet nous a permis d'arriver à trois conclusions. Premièrement, nous considérons que le commun est compatible avec l'utilisation d'outils conventionnels de protection environnementale émanant de la propriété privée. Tout instrument se fondant sur la propriété privée ne sera pas nécessairement vecteur du commun; on peut facilement imaginer qu'une telle affirmation ne ferait qu'appuyer une privatisation néolibérale de la responsabilité commune qu'est la protection environnementale. Ainsi, cette compatibilité est conditionnelle au fait que les instruments fondés sur la propriété privée permettent de porter atteinte à la conception traditionnelle de la propriété en dénaturant l'absolutisme et l'exclusivisme propriétaires encore dominants aujourd'hui. Pour ce faire, ces instruments doivent instaurer des droits d'usage et de cogestion collectifs, et doivent éviter d'être soumis à la logique propriétaire en étant établis volontairement et en perpétuité.

Deuxièmement, nous concluons que le *conservation easement* peut permettre d'instaurer le commun en respectant les critères ci-dessus mentionnés, mais que l'obligation réelle environnementale française sous sa forme actuelle comporte quelques lacunes. En effet, l'instrument tel qu'il existe actuellement ne peut être conclu à titre perpétuel ou à titre gratuit. Ainsi, nous recommandons de retirer ces exigences du *Code de l'environnement* afin que l'obligation réelle environnementale puisse réellement permettre d'instituer le commun.

Troisièmement, nous avançons que le droit québécois pourrait permettre une forme de troisième voie, entre l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement*, si le législateur souhaitait intervenir pour créer un instrument similaire à l'obligation réelle environnementale, en le dotant si possible de la perpétuité. C'est à cette condition que le droit civil québécois pourrait créer un mécanisme de protection environnemental fort, ancré dans une protection du commun.

Cet essai a pris comme cadre d'analyse la protection environnementale, car c'est dans ce domaine que les instruments innovateurs prenant assise sur la propriété privée ont été créés. Le commun ne devant pas être essentialisé ou réifié, l'activité de mise en commun ne devrait donc pas être limitée à certains types de biens, telles que les ressources naturelles. Bien que la protection de telles ressources ait motivé le développement des outils juridiques, tels que l'obligation réelle environnementale et le *conservation easement*, il serait judicieux de penser à étendre le champ d'application de ces instruments. De manière analogue à l'évolution des travaux d'Elinor Ostrom, le développement de méthodes conventionnelles de *commoning* ne devrait pas se limiter à la protection des ressources naturelles et devrait aspirer à une certaine universalité, afin qu'un propriétaire voulant faire profiter sa communauté de son bien puisse le faire de manière pérenne. En ce sens, nous appuyons la recommandation du rapport *L'échelle de communalité* en droit français, selon laquelle le législateur devrait « [g]énéraliser l'obligation réelle environnementale pour permettre la défense d'autres intérêts communs sous la forme d'une "obligation réelle d'intérêt commun" »¹⁷⁹. Nous croyons qu'un tel instrument à vocation davantage universelle pourrait également être bénéfique au Québec. Les modalités d'une reconnaissance potentielle d'une obligation réelle d'intérêt commun ou collectif en droit civil québécois restent toutefois à être précisées.

179 Voir Rochfeld, *supra* note 3, Annexe 1, n° 10 – Propositions de réformes relatives aux techniques d'affectation volontaire, Proposition n° 4.