



Association
Henri Capitant

Journées internationales malgaches

La propriété foncière et tréfoncière

Rapport allemand

Partie 2- L'exploitation du sol et du sous-sol

Rapporteurs :

Caroline Sophie Rapatz (I.)

Walter Frenz (II.)

Remarques générales :

- Les particularités qu'existent encore sur le territoire de l'ancienne RDA (par ex. propriété indépendante d'un bâtiment, cf. SachenRBerG) ne sont pas prises en compte, comme elles sont de moins en moins pertinentes dans la pratique.
- Traduction commentée du Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch) : Juriscope/Dalloz 2010 (texte en vigueur au 31 octobre 2009).

Deuxième partie : L'exploitation du sol et du sous-sol**I. L'exploitation du sol****1. La réglementation fait-elle une distinction entre occupation et exploitation ?**

En ce qui concerne les droits en droit privé, le droit allemand fait une distinction entre l'usage simple et l'usage avec jouissance des fruits. Le propriétaire peut accorder à un tiers l'usage simple du bien immobilier comme droit obligatoire par un bail (*Miete*, §§ 535 et suivants BGB (*Bürgerliches Gesetzbuch* – Code civil allemand)) et comme droit réel par une servitude (*Dienstbarkeit*, §§ 1018 et suivants, §§ 1090 et suivants BGB). L'usage du bien immobilier avec jouissance supplémentaire des fruits est concédé soit obligatoirement par un bail à ferme (*Pacht*, §§ 581 et suivants BGB) soit réellement par un usufruit (*Nießbrauch*, §§ 1030 et suivants BGB). Comme forme spéciale de fermage, le bail à ferme de terrain (*Landpacht*, § 585 BGB) est utilisé pour la location à bail des immeubles servant principalement des fins agricoles.

2. Existe-t-il une obligation d'exploiter le sol ? Si oui, quelles sont les sanctions en cas de nonexploitation ?

La propriété bénéficie d'une protection constitutionnelle particulière. La fondamentale garantie constitutionnelle de la propriété (article 14, al. 1 GG (*Grundgesetz* – Loi fondamentale de l'Allemagne)) se reflète dans le principe de droit civil selon lequel le propriétaire d'une chose peut se comporter avec elle et en disposer comme il l'entend et exclure sur elle toute intervention d'autrui (§ 903 BGB). Un propriétaire foncier est donc en principe libre de décider si et comment il souhaite utiliser (exploiter) ou non son immeuble.

La loi fondamentale prévoit toutefois des restrictions à la liberté de la propriété (art. 14, al. 1, p. 1 GG) par le biais de dispositions de loi simple relatives au contenu et aux limites de la propriété (art. 14, al. 1, p. 2, al. 2 GG). Outre les obligations générales et spéciales d'assurer la sécurité, cela inclut par exemple les pouvoirs des autorités de sécurité de saisir des logements pour prévenir les risques pour la vie et l'intégrité physique des personnes sans abri. Il n'en résulte généralement pas d'obligation d'utilisation ou exploitation pour les propriétaires fonciers privés. De telles obligations sont discutées en tant qu'obligations complémentaires dans le contexte de projets de construction, notamment en matière d'énergie solaire.

3. L'exploitation du sol diffère-t-elle selon les statuts des terres prévus dans le droit national (domaine privé, domaine public, propriété privée etc.) ?

La propriété privée confère au propriétaire un droit d'exclusion (§ 903 BGB). La jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale impose toutefois des limites à la « discrétion » du propriétaire privé en raison de « l'effet indirect à l'égard des tiers » des droits fondamentaux d'autres personnes, par exemple il peut en résulter un devoir d'accorder l'accès aux stades appartenant à des particuliers.

Par contre, les contraintes des droits fondamentaux s'appliquent directement dans le cas du domaine public et des demandes de son utilisation par des personnes privées. Les lois simples règlent par exemple l'utilisation des routes publiques : Celles-ci sont accessibles à tous dans le cadre de leur affectation (cf. par ex. § 7 *Bundesfernstraßengesetz*, FStrG ; § 20 *Straßen- und Wegegesetz Schleswig-Holstein*, StrWG-SH). De même, l'utilisation des établissements et institutions publics d'une commune est en principe accessible aux habitants et aux personnes extérieures (cf. § 18 *Gemeindeordnung Schleswig-Holstein*, GO-SH) ; cela pose souvent problème en cas de demandes d'utilisation par des partis politiques (extrêmes).

4. La propriété coutumière est-elle reconnue ?

Le droit allemand ne connaît pas la propriété coutumière.

5. Quels sont les régimes des différentes formes d'exploitation selon leur vocation ?

En fonction de la manière d'utilisation d'un immeuble sont applicables différentes dispositions légales spéciales de droit public, par exemple en cas d'exploitation agricole. Les réglementations du droit de la construction (en particulier le code fédéral de la construction (*Baugesetzbuch*, BauGB), les règlements de construction des Länder (*Bauordnungen*)) donnent le cadre pour les constructions et aménagements. La loi fédérale sur la protection contre les émissions (*Bundesimmissionsschutzgesetz*, BImSchG), la loi fédérale sur la protection de la nature (*Bundesnaturschutzgesetz*, BNatSchG) et la loi fédérale sur la protection des sols (*Bundesbodenschutzgesetz*, BBodSchG), qui contient aussi des obligations d'assainissement, servent surtout à prévenir les effets nocifs sur l'environnement.

Une particularité est la loi fédérale sur l'exploitation minière (*Bundesberggesetz* – BBergG) que sert à garantir l'approvisionnement en matières premières, à prévenir les risques et à concilier les intérêts des parties concernées lors de l'extraction de ressources minérales. La prospection, l'extraction et le traitement des ressources minérales sont soumis à des conditions spéciales qui sont examinées dans la procédure de plan d'exploitation prévue par le droit minier (§§ 52, 55 BBergG; voir également question I.7). En outre, toutes les stipulations environnementales de la BImSchG, de la BNatSchG, de la BBodSchG etc. doivent être respectées (§ 48, al. 2 BBergG).

6. Quelles sont les différentes formes d'exploitation du sol (exploitation individuelle, exploitation collective...)?

Le droit allemand postule en principe la propriété individuelle et l'utilisation individuelle ; la collectivisation de l'utilisation des sols pratiquée en RDA n'existe plus. La possibilité d'une socialisation de la propriété foncière (transfert en propriété commune) est certes prévue dans la Constitution (art. 15 GG), mais jusqu'à présent, cette disposition n'a jamais été appliquée en pratique.

Les formes de propriété prévues par le BGB sont la propriété individuelle, la copropriété et la propriété en main commune. Les entités relevant du droit des sociétés (société, coopérative) sont fréquemment utilisées en tant que propriétaires. En outre, des droits d'usage spécifiques peuvent être accordés à plusieurs personnes, avec des effets obligatoires ou réels (voir également question I.7).

7. Est-il possible d'exploiter le sol sans en être le propriétaire ?

Les droits d'usage de droit privé sur des immeubles peuvent être accordés à des tiers (non-propriétaires) de diverses manières. Il est à distinguer les droits obligatoires, qui peuvent être configurés librement (liberté contractuelle) et n'ont d'effet qu'entre les parties, et les droits réels, subordonnés au *numerus clausus* du droit des biens et avec effet *erga omnes*.

En droit des obligations, entrent en ligne de compte notamment le bail (§§ 535 et suivants BGB) et le bail à ferme (§§ 581 et suivants BGB) (voir également question I.1).

Pour constituer en droit réel d'usage, il y existent les possibilités suivantes :

- Usufruit (*Nießbrauch*), §§ 1030 et suivants BGB : Le bénéficiaire de l'usufruit est autorisé, en principe, à percevoir toutes les profits (utilisations) de la chose (immeuble) ; des restrictions peuvent être convenues.
- Servitude (*Dienstbarkeit*) : Une servitude d'usage autorise à l'utilisation de l'immeuble ou à en percevoir les profits sous certains rapports ; elle peut servir à poursuivre tous les objectifs admissibles par la loi. Exemples typiques sont les droits de passage, d'exploitation de gravier, de conduites ou réseaux ou d'utilisation d'ouvrages, édifices ou installations techniques. Sont distingués en fonction du droit de servitude : la servitude foncière (§§ 1018 et suivants BGB) en faveur d'un immeuble dominant, avec ayant droit son propriétaire respectif, et la servitude personnelle restreinte (§§ 1090 et suivants BGB) bénéficiant une personne physique ou morale déterminée.
- Charge réelle (*Reallast*), §§ 1105 et suivants BGB : Le bénéficiaire peut exiger du propriétaire de l'immeuble des prestations périodiques provenant de l'immeuble grevé ; outre les paiements, y peuvent être compris les prestations de service, les obligations d'entretien ou les fournitures naturelles (ex. eau, électricité).
- Droit d'emphytéose / superficie (*Erbbaurecht*), §§ 1 et suivants Gesetz über das Erbbaurecht (loi sur les superficies – Erbbaurecht) : Le droit de superficie donne à son bénéficiaire le droit d'avoir un ouvrage sur ou sous la surface du terrain. Il ne peut être établi qu'en faveur de personnes physiques ou morales (droit subjectif personnel) et peut être aliéné et transmis par héritage. Habituellement, le droit de superficie est concédé pour une période limitée, mais la durée varie fortement.

Des règles spéciales sont applicables à l'exploitation des ressources minières, régie par la loi fédérale sur l'exploitation minière (*Bundesberggesetz*, BBergG). Les ressources minérales dites « de montagne libre » (*bergfrei*, § 3, al. 3 BBergG ; sont y compris toutes les ressources minérales de valeur économique, telles que les minerais ou les combustibles fossiles) ne sont pas incluses dans la propriété immobilière, § 3, al. 2, p. 2 BBergG. Leur exploitation dépend plutôt d'une autorisation de l'État sous forme de concession ou de propriété minière (§§ 6 et suivants BBergG). Le propriétaire de l'immeuble doit la tolérer, tant que l'usage de son immeuble n'en soit pas entravée. Alternativement, il peut être exproprié contre indemnisation, ce qu'il peut exiger tout comme l'entrepreneur minier. La priorité est donnée à l'acquisition de gré à gré à des conditions raisonnables (§§ 77 et suivants BBergG).

8. Dans l'affirmative, quel est le statut juridique de cet exploitant (intermédiaire, superficiaire ou exploitant du sol...)?

Le statut juridique de l'exploitant dépend des modalités de son droit d'usage.

- Le fermier et le fermier à bail sont autorisés à l'utilisation de l'immeuble en vertu d'un droit obligatoire, le fermier à bail ayant en outre le droit de jouissance des fruits.
- L'usufruitier est titulaire d'un droit réel comprenant en principe toutes les utilisations supplémenté par un droit de jouissance des fruits.
- Le bénéficiaire de servitude est titulaire d'un droit réel l'autorisant à des utilisations spécifiques.
- Le bénéficiaire d'une charge réelle est titulaire d'un droit réel aux prestations (émanant de l'immeuble), donc un droit réel d'exploitation.
- Le bénéficiaire d'une emphytéose est titulaire d'un droit de superficie (droit de superstructure/superficialité).
- Le titulaire d'une autorisation minière a le droit de rechercher et d'extraire certaines ressources minérales à l'intérieur du « champ d'autorisation », d'en acquérir la propriété et de construire les installations nécessaires à cet effet (§ 8 BBergG). La propriété minière conférée par l'État confère ces droits en tant que droit exclusif, elle est juridiquement assimilée à un immeuble (§ 9 BBergG).

9. Quel sont les moyens juridiques de protection des droits de l'exploitant non propriétaire ?

Le droit privé protège les utilisateurs des immeubles en fonction de la nature de leur droit d'usage. Normalement ils ont des droits contractuels vis-à-vis du propriétaire foncier duquel ils dérivent leurs droits ; en outre, ils peuvent faire valoir des droits de tolérance relatifs aux droits d'usage leur accordés. Les bénéficiaires d'un droit réel d'usage profitent généralement d'une protection correspondante à celle de la propriété, de sorte qu'ils peuvent faire valoir à l'encontre de tiers notamment des droits à cessation et à indemnisation. En tant que possesseurs autorisés, les utilisateurs peuvent (même s'ils n'ont qu'un droit d'usage obligatoire) faire valoir des droits à l'élimination et l'abstention (§ 862, al. 1 BGB), et sont aussi envisageables des droits délictuels à indemnisation (§§ 823 et suivants BGB) par voie de la protection de la possession.

10. Dans le cadre d'un investissement relatif à l'exploitation du sol, quelles sont les conditions exigées ?

Cela dépend surtout de la manière d'utilisation (voir question I.5).

11. En cas d'investissement étrangers, y a-t-il des conditions ou mesures spécifiques ?

Les investissements étrangers peuvent être soumis au contrôle des investissements du commerce extérieur en vertu de la loi sur le commerce extérieur (*Außenwirtschaftsgesetz*, AWG) et du règlement sur le commerce extérieur (*Außenwirtschaftsverordnung*, AWW), visant à prévenir les atteintes à l'ordre public et à la sécurité publique.

Le livre foncier (*Grundbuch*) ainsi que le registre de transparence (*Transparenzregister*) assurent la transparence des investissements de façon générale, mais ils ne visent pas spécifiquement les investissements étrangers.

Les investisseurs transfrontaliers de l'Union Européenne jouissent de l'interdiction de discrimination vis-à-vis aux investisseurs nationaux et de l'interdiction d'entrave découlantes des libertés fondamentales (liberté d'établissement, liberté de circulation des capitaux).

12. Peut-on en déduire une question de préférence nationale ?

Le droit allemand est en principe favorable aux investissements étrangers dans des biens immobiliers. En outre, la liberté de circulation des capitaux au sein de l'UE pose des limites considérables à une telle préférence.

13. Existe-t-il des outils juridiques, règles ou institutions visant à promouvoir et à garantir la transparence des investissements liés à l'exploitation ?

La transparence quant à l'identité des investisseurs est assurée par le livre foncier et le registre de transparence. En outre, depuis avril 2023, lors d'un achat des immeubles en Allemagne, la contre-prestation ne peut plus être effectuée en argent liquide, crypto valeurs, or, platine ou pierres précieuses (§ 16a loi sur le blanchiment d'argent – *Geldwäschegesetz*, GWG).

14. Quelles sont les pratiques illicites en matière d'exploitation du sol ?

Ils peuvent se manifester des infractions aux règlements en matière de construction, de nuisances et d'autres aspects de droit public (voir question I.5).

Dans le domaine minier, leur respect est garanti par la procédure de plan d'exploitation relevant du droit minier : l'autorisation d'un projet d'extraction n'est accordée que si ces règlements sont respectés. L'inspection des mines veille à ce que cela soit le cas.

II. L'exploitation du sous-sol**1. Quelles sont les différentes formes d'exploitation du sous-sol ?**

Elles correspondent avec celles de l'exploitation du sol (I.6.).

2. Les règlements concernant l'exploitation du sous-sol (ex: les secteurs pétroliers et miniers) sont-elles renforcées par des accords conventionnels ?

Non. Le droit de mines est indispensable et s'applique à toutes les minières qui sont partie du droit minier : les secteurs pétroliers et miniers sont inclus.

3. Dans l'affirmative, les désignent-elles un droit unique ou plutôt plusieurs droits ?

Donc il y a un droit unique.

4. Quelles sont les modalités d'exécution des opérations d'exploration les plus usitées (par exemple, consultation publique, consentement libre préalable) ?

Régulièrement il faut d'une consultation publique. Elle est nécessaire si des conséquences significatives pour l'environnement sont possibles.

5. Quelles sont les principales modalités d'exploitation des activités extractives (donner des exemples)?

Actuellement ces sont sel, potasse et des métaux – surtout pour les besoins de la protection du climat. Ces activités sont déterminées par le droit minier. Il faut d'une permission d'exploitation sur la base d'un droit minier. Donc il y a deux pas. Maintenant il est discuté d'harmoniser ces deux pas. Mais au niveau du droit minier, l'autorité minière peut vérifier quelle entreprise est capable de réaliser le projet minier. Au niveau de l'admission du projet minier concrétisé cette autorité vérifie si les conditions du droit minier et du droit d'environnement sont respectées.

6. L'exigence de consultations publiques pour les activités extractives est-elle prévue par les normes juridiques en vigueur ?

Les consultations publiques sont prévues par l'évaluation de l'impact environnemental réalisée par § 57a BBergG pour la procédure d'admission des projets miniers.

7. Dans l'affirmative, quelle est la portée des consultations publiques, notamment le résultat de ces consultations peut-il affecter la décision de délivrance des permis ?

La décision de délivrance des permis est dépendante du résultat de l'évaluation de l'impact environnemental. Les consultations publiques sont partie de cette évaluation. Elles préparent le résultat. Mais il n'est pas nécessaire qu'il n'y ait pas des objections. Ces objections peuvent être refusées dans la décision de délivrance des permis. En ce cas le projet minier peut être permis.

8. Existe-t-il un droit de regard ou un mécanisme similaire au profit de l'État et de ces organismes ?

9. Dans l'affirmative, comment s'exerçait ce droit de regard de l'État ?

Oui, § 69 BBergG prévoit le contrôle des autorités minières de sorte que les entreprises respectent le droit minier, surtout les exigences pour protéger l'environnement. Régulièrement il y a des contrôles dans les entreprises minières. Dans ce cadre, les autorités ont le droit de poser de questions et de demander des papiers qui sont nécessaires pour le contrôle des activités minières (§ 70 BBergG). La portée de ce contrôle est déterminée par la décision de délivrance des permis sauf s'il y a des dangers pour la vie, la santé ou la propriété: Dans ce cas l'autorité minière peut prendre des dispositions pour éviter ces dangers et protéger les individus (§ 71). En cas des dangers directes pour les employés ou des tiers l'autorité minière peut interrompre les activités minières.

10. Y-a-t-il des limites à ce droit de regard de l'État ?

Le droit de regard est limité par le but de respecter le droit minier et par les droits fondamentaux, surtout les droits de travail (Art. 12 GG) et de propriété (Art. 14 GG). Ces droits limitent les possibilités de contrôle par le principe de proportionnalité. § 70 BBergG permet des activités des autorités minières sur le terrain des entreprises mais les autorités doivent respecter les heures d'ouverture sauf en cas des dangers urgents pour la sécurité et l'ordre public. Le droit de regard est terminé s'il n'y a plus des dangers pour la vie et la santé des tiers, pour autres entreprises minières et pour réservoirs des ressources minérales (§ 69, al. 2 BBergG).

11. Existe-t-il une réglementation régissant le partage de bénéfices entre les exploitants miniers et l'État ?

Oui, il y a la *Feldesabgabe* (§ 30 BBergG: impôt de champ) dépendant du territoire utilisé pour l'exploitation minière et la *Förderabgabe* (§ 31 BBergG: impôt d'exploitation), qui est dépendant des ressources minérales exploitées sauf s'il s'agit des ressources dans la propriété du propriétaire du territoire. Les *Bundesländer* peuvent concrétiser ce règlement et délibérer les entreprises de ces impôts (§ 32 BBergG). Actuellement il est discuté si ces deux impôts sont obligatoires et fixés par le droit minier fédéral et donc sans les possibilités des *Bundesländer* de les modifier ou de les concrétiser ou de renoncer à ces impôts.

12. Si elles existent, quelles sont les pratiques illicites en matière d'exploitation du sous-sol ?

Ces sont les pratiques interdites par le droit minier et les droits d'environnement. Surtout le fractionnement („fracking“) est interdit – aussi dans les secteurs pétroliers. Cette interdiction n'est pas déterminée par le droit minier mais par la loi sur l'eau (§§ 13a, b WHG). Il est demandé d'interdire l'extraction du gaz complètement. L'Allemagne veut abandonner l'utilisation du gaz jusqu'à 2040 et la remplacer par l'énergie verte. Actuellement le gros du gaz est importé du Qatar et des États Unis (gaz fractionné). Donc il est possible d'interdire l'exploitation du gaz en Allemagne. Mais cette interdiction n'est pas certaine. Jusqu'à maintenant il n'y a pas de brouillon pour une loi minière nouvelle.

13. Existe-t-il des dispositions spécifiques sur la responsabilité des promoteurs extractifs en cas de conflits/litiges ?

D'après § 114 BBergG les entreprises minières sont responsables pour les dommages par les activités minières. Ces indemnités sont à réclamer aux tribunaux civils. La causalité est supposée dans le cas de l'exploitation du sous-sol. Une faute n'est pas nécessaire.

14. La norme EITI relative à la divulgation de la propriété réelle („bénéficiaire effectif“ ou „bénéficiaire réel“ est-elle applicable ?

L'Allemagne réalise EITI depuis 2016 avec succès. Le secrétariat D-EITI soutient le ministère de l'économie et de la protection du climat d'assurer les exigences de standard EITI en Allemagne. Mais il y a des difficultés d'appliquer la norme EITI relative à la divulgation de la propriété réelle, parce que la Cour de Justice Européenne a interdit dans son arrêt du 22.11.2022 de donner des informations du portail du registre de transparence au public. Il faut exister un intérêt qualifié qui est supposé en cas de la presse et des organisations non-gouvernementales (NGOs).

Hier der Auszug aus dem deutschen Fortschrittsbericht 2022 S. 17:

Hinsichtlich der standardkonformen Veröffentlichung von Informationen zu wirtschaftlich Berechtigten bei Rohstoffunternehmen in Deutschland sieht sich die D-EITI aufgrund der Vorgaben des EuGH-Urteils vom 22.11.22 vor einer Herausforderung. Nach aktueller Rechtslage muss in Auslegung der europäischen Geldwäsche-Richtlinie und in ihrer Umsetzung erlassenen nationalen Vorschriften ein berechtigtes Interesse zur Einsichtnahme in das Transparenzregister nachgewiesen werden. Für Personen mit hinreichendem Bezug zur Geldwäsche (z.B. NGOs, Presse) wird ein solches Interesse anerkannt. Auf Anfrage der Regierung hat auch der Unabhängige Verwalter für die an D-EITI teilnehmenden Unternehmen Einsicht genommen. Das Ergebnis seiner Prüfung wurde auf dem Berichtsportaal in der Rubrik



Wirtschaftlich Berechtigter veröffentlicht. Darüber hinaus ist es rechtlich nicht zulässig, die Auszüge aus dem Transparenzregister der gesamten Öffentlichkeit ohne weitere Voraussetzungen zugänglich zu machen, da dies die Vorgaben des EuGH aushebeln würde.

Die MSG hat dies zur Kenntnis genommen, diskutiert und wird die Möglichkeiten alternativer bzw. zusätzlicher Offenlegung im Rahmen der rechtlichen Vorgaben im Laufe des Jahres 2023 eruieren.

Der Arbeitsplan für 2023 wird entsprechend angepasst.