

La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ?

Valérie Dupont et Marthe Lucas



Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/cdst/548>

DOI : 10.4000/cdst.548

ISSN : 2431-8663

Éditeur

Presses universitaires d'Aix-Marseille - PUAM

Édition imprimée

Pagination : 143-165

ISSN : 1967-0311

Référence électronique

Valérie Dupont et Marthe Lucas, « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies* [En ligne], 7 | 2017, mis en ligne le 09 janvier 2018, consulté le 21 février 2018. URL : <http://journals.openedition.org/cdst/548> ; DOI : 10.4000/cdst.548

La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ?

VALÉRIE DUPONT*

MARTHE LUCAS**

Résumé : Dans un contexte marqué par une perte sans précédent de biodiversité, la compensation écologique fait beaucoup parler d'elle. Au-delà des débats idéologiques, tous s'accordent sur la nécessité de réglementer strictement le mécanisme, tant la compensation soulève des défis juridiques, scientifiques et pratiques. Attendue depuis longtemps, la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (RBNP), publiée le 8 août 2016, apporte ainsi des modifications significatives à son régime juridique dans le but d'en améliorer l'efficacité et d'en faciliter la mise en œuvre. Loin de constituer une révolution, cette réforme entérine certaines pratiques ainsi que des standards issus des recherches et des retours d'expériences depuis une dizaine d'années.

Abstract: In a context whereby biodiversity has known an alarming decline, compensatory measures, also known as biodiversity offsets, have been the object of heated debate. Aside from the ethical considerations, the lack of a legal framework that sets clear guidelines and safeguards as regards ecological equivalency, additionality, proportionality, long-term protection, and stakeholder participation opens the door to a "licence to trash". It was therefore essential for the legislator to tackle the issue. In line with the criteria and solutions developed by the scientific community, the new French Biodiversity Act establishes a series of standards aimed at improving the effectiveness of compensatory measures. Additionally, it endorses some of the tools developed by stakeholders to facilitate their implementation.

Introduction

Décriée tout autant par les aménageurs que par les défenseurs de l'environnement, la compensation écologique est devenue, à défaut de mieux, un instrument incontournable. Dans un contexte marqué par une perte sans précédent de biodiversité, notamment du fait de l'intensification des pressions humaines, la compensation écologique tente, en dernier ressort, de réconcilier les activités humaines avec les impératifs de conservation de la nature dans une perspective de développement durable. Elle vise à contrebalancer les impacts dommageables non réductibles causés à des espèces ou des écosystèmes par

* Boursière FRESH, SERES, Université catholique de Louvain (auteure des parties I. B et II.A.2).

** Maître de conférences, Droit public, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse (auteure des parties I. A, II.A.1, et II. B).

un projet ou un plan, de façon à maintenir la biodiversité ou l'environnement dans un état équivalent ou meilleur à celui observé avant la réalisation du projet¹.

Initialement prévue par la loi relative à la protection de la nature du 10 juillet 1976 comme une des rubriques de l'étude d'impact², la compensation écologique a petit à petit infiltré d'autres domaines plus spécifiques : forêt, eau et milieux aquatiques, espèces protégées, trame verte et bleue, etc.³. Compte tenu du caractère fragmenté du droit de l'environnement, cette dernière a évolué au sein de diverses polices administratives, aboutissant à une mosaïque de cadres superposés et hétérogènes⁴. Loin de consister en une obligation unique, les régimes de police administrative en vertu desquels des mesures compensatoires sont adoptées délimitent l'objet de la compensation (environnement, biodiversité ou composantes spécifiques de celle-ci), le type d'activités et d'impacts couverts (activités dangereuses, infrastructures, carrières, défrichements, impacts significatifs, etc.), leur procédure d'adoption (étude d'impacts générale ou spécifique, participation du public), la marge de manœuvre des autorités publiques (pouvoir discrétionnaire ou compétence liée) et les modalités de contrôle de l'exécution des mesures⁵.

144

1 2009 *Glossary with updates*, BUSINESS AND BIODIVERSITY OFFSETS PROGRAMME (BBOP), Washington D.C., 2012, p. 8.

2 Art. 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (*JORF* du 13 juillet 1976). Pour un commentaire sur l'application initiale de la compensation, voir J. UNTERMAIER, « De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé », *RJE*, 1986/4, p. 381-412.

3 En ce qui concerne les compensations écologiques circonscrites par le droit de l'Union européenne, on peut citer : étude d'impact de droit commun (Art. L. 122-1 et s., R. 122-5 C. env.), évaluation de certains plans et documents ayant une incidence notable sur l'environnement (Art. L. 122-6 C. env.), évaluation des incidences au titre de Natura 2000 (Art. L. 414-4 et R.414-23 C. env.), dérogation « espèces protégées » (arrêté du 19 février 2007 fixant les conditions de demande et d'instruction des dérogations définies au 4° de l'article L. 411-2 du code de l'environnement portant sur des espèces de faune et de flore sauvages protégées), documents d'incidence au titre des lois sur l'eau (Art. L. 214-1 et s., R. 214-6, R. 214-32 C. env.), compensation dans le cadre de la réparation des dommages environnementaux (Art. L. 162-9 C. env.). En ce qui concerne les compensations écologiques ressortissant uniquement du droit français, citons : boisements compensateurs pour cause de défrichement (Art. L. 341-6 C. forest.), compensation au titre des trames verte et bleue (Art. L. 371-2 C. env. (continuités écologiques) ; Art. L. 371-3 C. env. (schémas régionaux de cohérence écologique)).

4 M. LUCAS, « La compensation environnementale, un mécanisme inefficace à améliorer », *RJE*, 2009/1, p. 59-68.

5 P. STEICHEN, « Le principe de compensation, un nouveau principe du droit de l'environnement ? », in *La responsabilité environnementale, prévention, imputation, réparation* (sous la dir. de C. CANS), Dalloz, Paris, 2009, p. 143-152 ; M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, LGDJ, Paris, 2015, p. 103-163 ; M. WEMAËRE ET F.-D. ANOUK, *Cadre légal et institutionnel de la compensation biodiversité*, INVALUABLE Working Paper 0415, 2015 <http://invaluable.fr/publications/working-papers-policy-briefs-reports/working-papers-biodiversity-offsets/> consulté le 21 mars 2017.

Malgré un nombre croissant de textes y faisant référence, les dispositions légales et réglementaires se contentent souvent de prévoir la compensation écologique, sans en préciser le contenu ni les modalités d'exécution. Pendant près de quarante ans, aucune définition juridique n'est adoptée. Par ailleurs, d'importantes difficultés techniques entravent la bonne exécution des mesures. L'évaluation du dommage et de son équivalence écologique, la difficulté de restaurer certains habitats naturels, la détermination de la valeur additionnelle ou encore la maîtrise foncière et la protection pérenne des sites de compensation rendent la mise en œuvre des mesures de compensation très complexe. Il s'ensuit des résultats mitigés.

Face à ces défis, une première série de dispositions visant à améliorer l'effectivité des mesures envisagées dans l'étude d'impact de droit commun sont prises à l'occasion du Grenelle de l'Environnement : obligation pour l'autorité administrative de reprendre les mesures dans le corps de la décision d'autorisation, obligation pour le débiteur de l'obligation d'effectuer un suivi des mesures, renforcement des moyens donnés aux agents habilités à les contrôler et détermination de sanctions administratives⁶. Deux ans plus tard, le ministère en charge de l'environnement adopte une doctrine et des lignes directrices sur la séquence « Éviter, Réduire, Compenser » (ERC) en collaboration avec les acteurs concernés, apportant de la sorte un cadre méthodologique commun aux différentes obligations de compensation⁷.

145

La loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (RBNP)⁸, publiée le 8 août 2016 après deux ans de gestation, se situe dans le prolongement de ce travail. La loi apporte des modifications significatives au régime juridique de la compensation écologique non seulement dans le but d'en améliorer l'efficacité par l'adoption d'un cadre commun (**I**) mais encore en vue d'en faciliter la mise en œuvre (**II**).

I. L'ADOPTION D'UN CADRE COMMUN SPÉCIFIQUE À LA COMPENSATION

Après avoir instauré à tort la compensation écologique comme application du principe de prévention (**A**), la loi édicte les critères auxquels doivent répondre les mesures compensatoires, quelle que soit leur base juridique (**B**).

⁶ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (*JORF* du 13 juil.) ; Décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact (*JORF* du 30 déc.)

⁷ MEDDTL, *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, mai 2012, 8 p. ; CGDD, *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, MEDDE, oct. 2013, 230 p.

⁸ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (*JORF* du 9 août 2016).

A. L'ADOSSEMENT CRITIQUABLE DU TRIPTYQUE ERC AU PRINCIPE DE PRÉVENTION ET DE CORRECTION À LA SOURCE

La loi RBNP adosse le triptyque ERC au principe de prévention et de correction à la source défini à l'article L. 110-1 II 2° du Code de l'environnement. Pourtant, non seulement la portée que lui confère cette consécration demeure relative (1), mais ce rapprochement est de surcroît injustifié en matière de compensation (2).

1. LA PORTÉE RELATIVE D'UNE TELLE RECONNAISSANCE

En sus de l'introduction des principes de non-régression et de solidarité écologique, la loi RBNP a entrepris de compléter le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement. Ainsi, « ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées »⁹.

146

En citant le triptyque ERC comme une application du principe de prévention, le législateur lui confère une meilleure visibilité. Ce faisant, il prend toutefois garde à ne pas en faire un nouveau principe du droit de l'environnement¹⁰, ce dont on peut se féliciter au regard de la définition et des fonctions dévolues à un principe juridique¹¹. Cette consécration est l'aboutissement d'un travail porté par les services de l'État, le ministère, les associations, les fédérations et les chercheurs de toutes disciplines confondues qui n'ont eu de cesse ces dix dernières années de produire des rapports, organiser des colloques, co-construire des guides destinés à informer et former les acteurs sur la hiérarchie de cette séquence et sa mise en œuvre.

Pour autant, quelles sont les conséquences juridiques de ce rattachement ? Quasiment aucune. La force juridique du triptyque ne s'en trouve pas accrue, puisqu'il avait déjà valeur législative depuis 1976¹². En outre, son champ d'application demeure inchangé dans la mesure où l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement prévoit que les mesures de compensation sont celles « rendues obligatoires par un texte législatif ou réglementaire pour compenser ». Il s'agit ni plus ni moins des compensations pour lesquelles l'administration a déjà une compétence liée ainsi que celles délivrées en application de son pouvoir discrétionnaire. Cette reconnaissance ne donnerait donc pas

⁹ Art. L. 110-1 II 2° C. env.

¹⁰ J. UNTERMAIER, « De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé », *op. cit.*, p. 382 ; P. STEICHEN, « Le principe de compensation, un nouveau principe du droit de l'environnement ? », *op. cit.*, p. 143.

¹¹ Sur l'inadéquation d'un principe juridique de compensation, M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, *op. cit.*, p. 544 et s. ; G.-J. MARTIN, « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *RJE*, 2016/4, p. 606.

¹² Art. 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (*JORF* du 13 juillet 1976).

non plus lieu à une extension de l'ERC à des domaines qui échappent à l'évaluation environnementale soit de façon récurrente (activités agricoles hors installations classées par ex.), soit du fait des dernières réformes qui ont réduit son champ d'application¹³.

Ainsi, la portée juridique de ce rattachement est-elle toute relative. Cet ajout est encore critiquable au regard de l'inadéquation entre la finalité du principe de prévention et celle de la compensation.

2. UN RATTACHEMENT EN PARTIE ERRONÉ

Rattacher l'ensemble des mesures éviter, réduire, compenser au principe de prévention revient à considérer le triptyque comme un tout indissociable. Ce raisonnement est fondé sur la hiérarchisation de la séquence qu'il ne convient en aucun cas de remettre en cause. Cette rédaction « évite à tout le moins de considérer que la compensation est le droit commun s'imposant aux aménageurs et constructeurs »¹⁴. Cependant, la finalité des deux premières phases diffère de la troisième. Les mesures d'évitement et de réduction se distinguent des mesures compensatoires en ce qu'elles permettent véritablement de limiter les impacts prévus tandis que les mesures compensatoires réparent le dommage causé par la réalisation du plan ou du projet autorisé. Si les premières peuvent donc légitimement être rattachées au principe de prévention, la compensation écologique, quant à elle, ne devrait pas l'être¹⁵. Le chapitre relatif à la compensation des atteintes à la biodiversité (art L. 163-1 et s.) se situe d'ailleurs dans le titre VI du Code de l'environnement qui s'intitule plus largement « prévention et réparation de certains dommages causés à l'environnement ». Bien qu'elle soit susceptible d'avoir un effet dissuasif dans certaines conditions¹⁶, sa finalité est avant tout curative.

Quitte à les adosser à un principe, les mesures compensatoires sont davantage une manifestation du principe pollueur-payeur¹⁷ dans la mesure où le débiteur de l'obligation

13 V. not. récemment Ord. n° 2016-1058 du 3 août 2016 (*JORF* du 5 août 2016) et le décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 (*JORF* du 14 août 2016) relatifs à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes.

14 A. VAN LANG, « La loi Biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée. Le droit nouveau : la course à l'armement (1^{re} Partie) », *AJDA*, 2016, p. 2381.

15 M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, op. cit., p. 66 et s. ; I. DOUSSAN, « Pour une "vision renouvelée" de la biodiversité », *Dr Env.*, n° 226, sept. 2014, p. 294.

16 M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, op. cit., p. 362 et s.

17 « Il semble logique que, conformément au « principe du pollueur-payeur », le promoteur d'un projet supporte le coût des mesures compensatoires » (COMMISSION EUROPÉENNE, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4 de la directive « Habitats », clarification des concepts de : solutions alternatives, raisons impératives d'intérêt public majeur, mesures compensatoires, cohérence globale, avis de la Commission, janv. 2007, p. 21). F. HAUMONT, « L'application des mesures compensatoires prévues par Natura 2000 », *ERA Forum*, vol. 10, n° 4, déc. 2009, p. 611, spéc. p. 618 ; C.-H. BORN, V. DUPONT et C. PONCELET, « La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité : un mal nécessaire ? », *Amén.*, NS 2012/3, p. 15 ; M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, op. cit., p. 74 et s.

de compenser est celui-là même qui a causé l'atteinte à l'environnement. Il y a là une illustration de l'article 4 de la Charte de l'environnement selon lequel « toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi ». Au demeurant, elles se rapprochent également du principe de solidarité écologique¹⁸, ce dernier appelant « à prendre en compte, dans toute prise de décision publique ayant une incidence notable sur l'environnement des territoires concernés, les interactions des écosystèmes, des êtres vivants et des milieux naturels ou aménagés »¹⁹. En effet, « la compensation écologique rétablit un équilibre bénéficiant à la fois aux écosystèmes et aux êtres humains, un équilibre tenant compte des multiples interdépendances entre les composants d'un même habitat et celles du rapport homme/nature »²⁰.

148 Il est compréhensible que le législateur n'ait pas voulu scinder le triptyque en deux afin de ne pas créer de confusion et prendre le risque que les acteurs se focalisent sur les mesures compensatoires au détriment des phases de suppression et de réduction²¹. Seulement, ce choix a deux effets préjudiciables. Le premier est la négation de la singularité de la compensation écologique à la fois *ex ante* et *ex post*, en d'autres termes la compensation issue d'une évaluation environnementale et celle prise suite à un dommage avéré en complément d'une réparation primaire²². Quel dommage alors que sont reconnus dans la même loi le préjudice écologique et sa réparation en nature²³... Le second est la dissociation de l'ERC de l'étude d'impact elle-même. Les parlementaires confortent ainsi l'obsession actuelle vis-à-vis de cette séquence, laquelle fait perdre de vue l'ensemble de la démarche de l'étude d'impact et déconnecte les mesures de l'évaluation des impacts.

Pour finir, soulignons que le principe de prévention et de correction à la source ainsi précisé perd en généralité. De l'ensemble des principes énumérés, il est le seul à mentionner un cas d'application et ce dernier se cantonne à la biodiversité. Le risque est alors de ne voir la prévention qu'à travers le prisme du triptyque ERC. Ce raccourci est d'ailleurs induit par le nouveau but assigné à ce principe à savoir « un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité »²⁴. Or, cette finalité est plus sûrement celle de la compensation que de la prévention.

18 A. LANGLAIS, « Le droit de la biodiversité à l'aune du développement durable ou l'ouverture à de nouvelles formes d'équité environnementale ? L'exemple controversé de la compensation écologique », in *Équité et environnement. Quel(s) modèle(s) de justice environnementale ?* (sous la dir. de A. MICHELOT), Larcier, Bruxelles, 2012, p 231.

19 Art. L. 110-1 II 6° C. env.

20 M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, op. cit., p. 552.

21 Le législateur insiste d'ailleurs sur ce point en indiquant noir sur blanc qu'« elles ne peuvent pas se substituer aux mesures d'évitement et de réduction » (art. L. 163-1 I al. 2 C. env.).

22 Art. L. 162-9 C. env.

23 Art. 1246 et s. C. civ.

24 Art. L. 110-1 II 2° der. al. C. env.

À défaut d'avoir correctement identifié le principe auquel se rattache la compensation écologique, la loi procède à une réelle avancée grâce à l'établissement de critères légaux à l'aune desquels évaluer l'adéquation des mesures compensatoires.

B. L'INTÉGRATION DE CRITÈRES LÉGAUX PROPRES A RENFORCER LA FINALITE CURATIVE ENCADRANT LA DÉTERMINATION DES MESURES DE COMPENSATION

Sans surprise et en conformité avec la doctrine ERC, la définition des mesures compensatoires doit respecter un certain nombre de critères écologiques (1) et garantir leur ancrage dans le temps et l'espace (2).

1. LES CRITÈRES ATTENDUS AUTOUR DE LEUR DÉFINITION

La compensation doit permettre d'atteindre une absence de perte nette de biodiversité (a), ce qui implique une réelle équivalence entre les ressources impactées et les mesures compensatoires (b) ainsi que l'additionalité écologique de ces dernières (c).

149

a. L'objectif d'absence de perte nette assorti d'une obligation de résultat

Le législateur a édicté, à l'issue de nombreux débats, un « objectif d'absence de perte nette, voire un gain de biodiversité »²⁵. Au-delà de l'objectif général désormais poursuivi par le principe de prévention, il détermine la finalité des mesures compensatoires. Plus connu sous sa dénomination anglaise, *no net loss*, cet objectif a été instauré au début des années 1990 aux États-Unis dans le cadre de la protection des zones humides pour fonder une compensation en nature. Il a donc légitimé le fait que les autorités favorisent la compensation *in situ* ou sur un site adjacent portant sur des ressources identiques à celles impactées, en termes de fonctions et de valeurs²⁶. Le même effet est ainsi escompté en droit français : la consécration légale d'un tel objectif vise à renforcer le caractère écologique de la compensation. L'objectif de *no net loss* explique ainsi plusieurs changements opérés dans le régime juridique de la compensation.

Premièrement, les mesures visant à compenser ou réparer les dommages écologiques doivent être en nature, de manière à ne pas substituer le capital naturel par d'autres

²⁵ Art. L. 163-1 I al. 2° C. env.

²⁶ Memorandum of Agreement between the Department of the Army and Environmental Protection Agency Concerning the Determination of Mitigation under the Clean Water Act Section 404(b)(1) (November 4 1989), amended February 6 1990, 55 Fed. Reg. 9210. Depuis lors, une certaine souplesse a été intégrée dans la réglementation, notamment en ce qui concerne la localisation des mesures (Compensatory Mitigation for Losses of Aquatic Resources, Final Rule, 73 C.F.R. 19594 (April 10 2008) (codified at 40 C.F.R. Part 230, Subpart J)).

formes de capital²⁷. Selon cette caractéristique, les compensations financières ne peuvent valablement être prescrites sous peine de dénaturer le mécanisme. Les financements de programmes de recherche ou d'éducation sont dorénavant à proscrire en tant que mesures compensatoires. Ils ne pourront faire l'objet que de mesures d'accompagnement²⁸. Plus encore, la neutralité écologique²⁹ induite par l'objectif de non-perte nette exige que les pertes de biodiversité soient contrebalancées par des gains équivalents et additionnels sur le plan écologique (voir *infra*).

Deuxièmement, cet objectif d'absence de perte nette se double désormais d'une obligation de résultat³⁰. Une telle obligation peut sembler ambitieuse dans un domaine fortement impacté par l'incertitude scientifique. À la lumière de la doctrine ERC édictée par le ministère, il faut l'entendre comme l'obligation pour les autorités non seulement de prescrire des actions à entreprendre mais encore d'exiger des résultats écologiques précis et mesurables reflétant l'état écologique recherché³¹. Dénommés « performance standards » aux États-Unis³², ces objectifs sont cruciaux pour établir un programme de suivi, contrôler et évaluer le succès des mesures et éventuellement rectifier les actions à mener (voir *infra*). Il n'en reste pas moins que le recours à une obligation qualifiée « de résultat » est inapproprié au regard de sa signification juridique et risque de donner lieu à un contentieux³³.

150

Troisièmement, l'article L. 163-1 I 2° conclut par cette phrase : « si les atteintes liées au projet ne peuvent être ni évitées, ni réduites, ni compensées de façon satisfaisante, celui-ci n'est pas autorisé en l'état ». Il convient de le souligner d'autant que cette disposition devra s'articuler avec l'article L. 122-1-1 du Code de l'environnement qui maintient que la compensation ne doit être envisagée que « si possible »³⁴. L'appréciation de ce caractère « satisfaisant » reviendra *in fine* au juge, lequel pourra en l'occurrence s'appuyer sur l'objectif de non-perte nette pour l'évaluer. En tout état de cause, cette disposition oblige l'autorité compétente à motiver davantage sa décision.

27 Sur la substituabilité du capital naturel, A.-C. VAISSIÈRE, H. LEVREL ET P. SCAMAMA, « Biodiversity offsetting : Clearing up misunderstandings between conservation and economics to take further action », *Biological Conservation*, vol. 206, février 2017, p. 259-260.

28 M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, *op. cit.*, p. 352.

29 Sur la neutralité écologique et ses déclinaisons, voir P. BILLET, « Les Faux-Semblants de la Neutralité Environnementale », *Énergie – Environnement – Infrastructures*, n° 10, octobre 2016, alerte 296.

30 Art. L. 163-1 I al. 2° C. env.

31 MEDDTL, *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, *op. cit.*, p. 8.

32 U.S. Compensatory Mitigation Guidelines, § 230.92 et § 230.93(m). Voir R. L. KIHSLINGER, « Success of wetland mitigation projects », *National Wetlands Newsletter*, vol. 30, n° 2, 2008, p. 14-16.

33 Y. LAURANS *et al.*, *La nouvelle loi pour la biodiversité en France : une boîte à outils*, IDDRI Issue Brief n° 12/16, septembre 2016, p. 3 ; G.-J. MARTIN, « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *op. cit.*, p. 609.

34 Le cas échéant, le maître d'ouvrage doit justifier de l'impossibilité de compenser les pertes engendrées par son projet (art. R. 122-5 II 8° C. env. et R 181-14 I 3° C. env.).

b. La recherche ardue d'une équivalence écologique

Premier corollaire de l'absence de perte nette, la loi exige brièvement que les mesures de compensation respectent « leur équivalence écologique »³⁵. Autrement dit, elles doivent être capables de rétablir, dans des proportions comparables tant sur le plan quantitatif que qualitatif, les éléments de la biodiversité ayant subi une atteinte. Bien qu'intrinsèque à la compensation, évaluer cette équivalence demeure une véritable gageure. Quand il s'agit de biodiversité, la comparaison entre deux sites est nécessairement imparfaite. Schématisée en trois niveaux écologiques par les écologues (gènes, espèces, écosystèmes), la biodiversité représente la variabilité des organismes vivants et leur interaction constante dans le temps et l'espace³⁶. La biodiversité et ses composantes sont dès lors des éléments non fongibles pour lesquels il n'existe pas d'unité de mesure capable d'en saisir toute la complexité³⁷.

Afin de guider les acteurs, la loi précise que la compensation doit tenir compte « des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées »³⁸. En pratique, conformément au principe de proportionnalité, l'objet des mesures compensatoires sera déterminé par le régime juridique dont elles relèvent (espèces protégées et leurs habitats, zones humides, forêts, continuités écologiques, habitats naturels d'intérêt communautaire, etc.). Au sein des études d'impact de droit commun, le choix d'indicateurs écologiques capables de représenter la biodiversité dans son ensemble sera déterminant pour la compensation de la nature ordinaire³⁹. Cette précision étant faite, le niveau d'équivalence et le dimensionnement des mesures peuvent varier en fonction de la sensibilité des composantes de la biodiversité impactées. À l'heure actuelle, la loi ne donne aucune indication quant aux méthodes et ratios à utiliser. Un des enjeux majeurs des années à venir sera de développer des méthodologies qui soient à même de dimensionner les mesures de manière cohérentes et transparentes⁴⁰.

35 Art. L. 163-1 al. I C. env.

36 L'article L. 110-1 I der. al. du Code de l'environnement (inséré par l'article 1 de la loi RBNP) définit dorénavant la biodiversité comme « la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants. »

37 J. UNTERMAIER, « La compensation dans l'utilisation et la protection de l'espace », in *La règle et l'urbanisme*, adef, 1987, p. 213 ; J. SALZMAN et J. B. RUHL, « Currencies and the commodification of environmental law », *Stanford Law Review*, vol. 53, 2000, p. 607-694.

38 Art. L. 110-1 II 2° C. env.

39 B. REGNERY *et al.*, « Mesures compensatoires pour la biodiversité : comment améliorer les dossiers environnementaux et la gouvernance ? », *Sciences Eaux & Territoires*, hors-série, 2013, p. 5 ; Sur le concept de biodiversité ordinaire, voir B. CHEVASSUS-AU-LOUIS *et al.*, *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes : contribution à la décision publique*, Centre d'analyse stratégique, 2009, p. 122 et s.

40 Par ex., *Guide de la méthode nationale d'évaluation des fonctions des zones humides*, ONEMA, Version 1.0 – mai 2016, <http://www.onema.fr/node/3981> consulté le 21 mars 2017.

Notons enfin que la précision susmentionnée omet toute référence aux services écosystémiques. Il y a là une différence notable avec les mesures d'évitement et de réduction qui portent, pour leur part, sur les atteintes « à la biodiversité et aux services écosystémiques »⁴¹. Cette distinction s'explique au regard des fortes incertitudes qui entourent la notion de services écosystémiques compte tenu de l'état des connaissances scientifiques actuelles⁴². Leur utilisation en matière de compensation n'est pas sans risque et pourrait aboutir à une focalisation sur les services les plus avantageux, au détriment de la valeur intrinsèque de la biodiversité ou de services moins apparents mais pourtant essentiels à l'intégrité des écosystèmes⁴³. C'est donc à travers le concept de fonctions écologiques que les services sont appréhendés.

c. L'additionnalité écologique : un critère implicite ?

152

Considérée comme le deuxième corollaire de l'absence de perte nette, la compensation doit être additionnelle, c'est-à-dire apporter une plus-value démontrée par rapport à l'état initial du site de compensation et des engagements publics et privés existants⁴⁴. Ici, force est de constater l'absence de toute référence à l'additionnalité des mesures écologiques dans la loi RBNP. Est-ce à dire que cette dernière ne s'applique pas aux mesures compensatoires ? Nous ne le pensons pas. L'objectif d'absence de perte nette devrait selon nous conduire à une reconnaissance implicite de ce critère, tant ce dernier lui est consubstantiel. L'additionnalité implique d'établir un scénario de référence⁴⁵ et de mesurer les gains par rapport à ce scénario, aussi bien sur le plan écologique que sur les plans juridique et financier.

Sur le plan écologique, les mesures devraient apporter un gain par rapport à l'état initial du site choisi pour réaliser la compensation, en prenant en compte l'évolution dynamique du milieu. C'est pourquoi la compensation écologique se traduit généralement par des mesures de restauration, réhabilitation ou création des milieux naturels. Ces mesures doivent être préférées à la seule préservation de milieux existants, cette opération n'apportant a priori aucun gain écologique, à moins de démontrer que le site préservé aurait été détruit en l'absence des mesures (*averted-loss offset*). Le calcul

⁴¹ Art. L. 110-1 II 2° C. env.

⁴² Ces derniers se définissent comme les bénéfices que les hommes tirent des écosystèmes. Voir MILLENIUM ECOSYSTEM ASSESSMENT, *Ecosystems and Human Well-Being : Biodiversity Synthesis*, Washington D.C., World Resources Institute, 2005, p. 1.

⁴³ C. JACOB *et al.*, « Investigating the inclusion of ecosystem services in biodiversity offsetting », *Ecosystem Services*, vol. 21, Part A, oct. 2016, p. 92-102. Voir aussi M. FÈVRE, « Services écologiques et compensation environnementale : perspectives et limites d'une nouvelle synergie dans le champ du droit », *Amén.*, NS 2012/3, p. 71-80 ; M. LUCAS, « La compensation écologique des zones humides en France : vers une intégration des services écosystémiques ? », *Dr Env.*, n° 219, janv. 2014, p. 19-25.

⁴⁴ CGDD, *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁵ J. W. BULL *et al.*, « Importance of baseline specification in evaluating conservation interventions and achieving No Net Loss of biodiversity », *Conservation Biology*, vol. 28, n° 3, juin 2014, p. 799-809.

de ce gain supposerait en outre l'évaluation de l'état initial du site choisi pour implanter les mesures compensatoires, ce qui n'est pour l'instant pas coutumier.

Sur les plans juridique et financier, l'additionnalité implique que les mesures soient prises en complément des engagements publics et privés préexistants (ou prévus) en matière de protection de l'environnement. Elles ne peuvent s'y substituer ou les remplacer. De manière assez évidente, des mesures qui seraient mises en œuvre dans une aire protégée ou sur un site pour lequel le propriétaire reçoit déjà un financement (mesures agro-environnementales, projets Life, etc.) ne peuvent être prises en compte que pour les gains additionnels qu'elles apportent. De même, il n'y a pas d'additionnalité lorsqu'une disposition légale oblige par ailleurs les acteurs à entreprendre les mesures envisagées⁴⁶. Plus difficile à cerner sont les cas où la possibilité d'être rémunéré pour des actions de compensation évince les démarches volontaires de conservation de la nature⁴⁷.

Au regard de ces précisions, il est donc dommage que la loi n'ait pas formellement intégré le critère d'additionnalité écologique, lequel ne doit pas être confondu avec l'objectif d'absence de perte nette.

2. LA CONCRÉTISATION DES MESURES DANS LE TEMPS ET L'ESPACE

153

En sus des critères relatifs à la détermination des mesures compensatoires, l'objectif d'absence de perte nette circonscrit aussi la localisation **(a)** et la durée des mesures compensatoires **(b)**.

a. La généralisation du critère de proximité

Là où les lignes directrices sur la séquence ERC favorisaient l'exécution des mesures compensatoires « à proximité fonctionnelle » du site impacté par le projet⁴⁸, la loi RBNP reprend l'obligation de localiser la compensation « en priorité sur le site endommagé ou, en tout état de cause, à proximité de celui-ci afin de garantir ses fonctionnalités [...] »⁴⁹, initialement introduite par le décret n° 2011-2019⁵⁰. Le législateur confirme ainsi doublement l'importance que jouent les fonctions écologiques sur le site d'implantation du projet et la nécessité de leur maintien⁵¹.

⁴⁶ Par ex., les mesures compensatoires doivent venir s'ajouter aux mesures prises normalement pour maintenir l'état de conservation favorable des espèces et/ou habitats d'intérêt communautaire. (COMMISSION EUROPÉENNE, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4 de la directive « Habitats », *op. cit.*, p. 10).

⁴⁷ A. LANGLAIS, « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques », *Droit rural*, 2013, § 10.

⁴⁸ MEDDTL, *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, *op. cit.*, p. 7 ; CGDD, *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁹ Art. L. 163-1 II der. al. C. env.

⁵⁰ Décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact (*JORF* du 30 déc.).

⁵¹ Art. L. 110-1 II 2° et L. 163-1 II der. al. C. env.

La standardisation d'une compensation réalisée en priorité sur site pose toutefois question au regard de certains enseignements scientifiques. Des retours d'expérience au niveau international ont montré à plusieurs reprises que la compensation sur site aboutissait souvent à « une mosaïque d'habitats isolés, dégradés et difficiles à gérer »⁵². Aussi, une compensation hors site (*ex situ*) envisagée dans une perspective fonctionnelle et paysagère peut être plus adéquate en termes écologiques qu'une compensation sur site. Les mesures devraient en effet être situées là où les chances de succès en termes de reconstitution ou de restauration sont élevées, en tenant compte de caractéristiques telles que la diversité des habitats, la connectivité de l'habitat, les exigences écologiques des espèces et l'occupation des sols sur les terrains adjacents. Suivant une approche fonctionnelle, les mesures compensatoires peuvent en outre être localisées stratégiquement de manière à contribuer au réseau écologique⁵³.

Considérant la priorité donnée à la compensation sur site, il appartiendra au maître d'ouvrage et aux autorités compétentes de motiver le choix d'implanter les mesures *ex situ*.

154

b. Une durée désormais corrélée à celle des impacts

Derrière la dimension temporelle de la compensation, deux questions se posent : celle du calendrier de mise en œuvre des mesures et celle de leur pérennité. Le législateur a traduit cette préoccupation en exigeant que la compensation soit « effective » pendant toute la durée de l'impact⁵⁴. Alors que certains scientifiques recommandent la mise en place des mesures de façon anticipée⁵⁵, le législateur n'a pas souhaité modifier le droit applicable si bien que ces dernières sont mises en œuvre de manière concomitante à l'impact. Cette pratique pose problème au niveau écologique dans la mesure où les pertes intermédiaires générées par le laps de temps nécessaire à la restauration des fonctions impactées pourraient engendrer des atteintes irrémédiables⁵⁶. Pour contrer ce risque, une solution consiste à imposer une surcompensation quantitative à l'image des « mesures de réparation compensatoires »⁵⁷ prévues par la directive « responsabilité environnementale »⁵⁸.

52 K. SOCHI et J. KIESECKER, « Optimizing regulatory requirements to aid in the implementation of compensatory mitigation », *Journal of Applied Ecology*, 2016, p. 320. (notre traduction)

53 B. REGNERY *et al.*, « Mesures compensatoires pour la biodiversité : comment améliorer les dossiers environnementaux et la gouvernance ? », *op. cit.*, p. 7.

54 Art. L. 163-1 I al. 2 C. env.

55 T. A. GARDNER *et al.*, « Biodiversity offsets and the challenge of achieving No Net Loss », *Conservation Biology*, 2013/6, p. 1268 ; S. A. BEKESSY *et al.*, « The biodiversity bank cannot be a lending bank », *Conservation Letters*, 2010/3, p. 153.

56 B. REGNERY, *Les mesures compensatoires pour la biodiversité : conception et perspectives d'application*, thèse de doctorat, École Doctorale Diversité du Vivant, 2013, p. 24.

57 Art. L. 162-9 C. env.

58 En ce sens, voir COMMISSION EUROPÉENNE, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4 de la directive « Habitats », *op. cit.*, p. 13-14. Directive 2004/35/CE du Parlement européen

Une fois lancées, les mesures compensatoires doivent être maintenues pendant une durée équivalente à celle de l'impact. La durée des impacts dépend du type d'écosystème, de sa résilience, du type et de la fréquence des perturbations. Concrètement, pour les projets d'artificialisation des sols dont les impacts sont *a priori* permanents, les compensations doivent être à même de perdurer à perpétuité. Il leur faudrait alors tenir compte de la dynamique de l'environnement et ne pas figer les mesures dans un *statu quo* déterminé par l'autorisation initiale⁵⁹. La question est plus délicate pour les projets temporaires, certains d'entre eux engendrant de lourdes perturbations, au point de rompre à jamais l'équilibre de l'écosystème touché, même après la fin des opérations de compensation⁶⁰. Dans cette hypothèse, la corrélation entre la durée des impacts et celle de la compensation ne serait donc pas garante d'un rétablissement de l'équilibre écologique rompu.

Outre la détermination de la durée des mesures, la principale difficulté réside dans l'élaboration d'outils juridiques et financiers permettant d'assurer cette longévité, surtout lorsque l'effectivité des mesures requiert une gestion active dans le temps.

II. LES PRÉCISIONS APPORTÉES PAR LA LOI BIODIVERSITÉ SUR LA MISE EN ŒUVRE DES MESURES COMPENSATOIRES

155

La loi sur la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages est la première à s'intéresser à la mise en œuvre des mesures compensatoires par les aménageurs. Elle donne un aperçu des outils juridiques à mobiliser (A) et précise la répartition des rôles entre les acteurs (B).

A. UNE CLARIFICATION DES OUTILS JURIDIQUES AU SERVICE DE LA COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

La mise en œuvre des mesures compensatoires requiert aujourd'hui quasiment systématiquement la conclusion de contrats. Sur ce point, l'apport de la loi est assez faible sauf à mettre en avant un acteur non identifié jusqu'alors : l'opérateur de compensation (1). Sont en revanche bien plus prometteurs les deux nouveaux outils juridiques que sont l'obligation réelle environnementale et les sites naturels de compensation. Nouvellement créés par la loi, ils visent à faciliter la réalisation des mesures compensatoires (2).

et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, *JO*, n° L 143, 30.04.2004, p. 56) ; transposée par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (*JORF* du 2 août 2008).

59 J. W. BULL *et al.*, « Biodiversity offsets in theory and practice », *Oryx*, vol. 47, n° 3, juillet 2013, p. 373.

60 B. REGNERY, *Les mesures compensatoires pour la biodiversité : conception et perspectives d'application*, *op. cit.*, p. 20.

1. LA LÉGALISATION D'UN CONTRAT PASSÉ AVEC UN OPÉRATEUR

Selon l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement, le responsable d'une obligation de compensation dispose de trois options pour la mener à bien. La première hypothèse est celle où il y satisfait directement. Elle est de loin la moins courante dans la mesure où la réalisation de mesures compensatoires nécessite souvent un savoir-faire en matière d'ingénierie écologique lorsqu'il s'agit de restauration de milieux, de rétablissement de fonctionnalités ou d'évaluation d'additionnalité écologique. La deuxième hypothèse concerne l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation et constitue en soi une nouveauté (voir *infra*). La troisième hypothèse est celle de la contractualisation avec un opérateur de compensation à qui le maître d'ouvrage déléguerait la réalisation des mesures.

Ce faisant, le législateur n'a guère innové quant à l'outil juridique mobilisé, le contrat étant aujourd'hui la solution la plus répandue pour la mise en œuvre des mesures compensatoires⁶¹. Le changement opéré concerne la désignation du co-contractant, à savoir un opérateur de compensation. Celui-ci est avant tout défini par sa double mission : mettre en œuvre et coordonner à long terme des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité pour le compte du débiteur de l'obligation de compensation⁶². En l'occurrence, la qualification d'opérateur de compensation ne tient pas compte de la nature juridique de la structure (publique ou privée, personne physique ou morale, à but lucratif ou non) ni des compétences exigées (connaissances écologiques, réglementaires, en aménagement du territoire). Le seul critère susceptible de restreindre le nombre d'opérateurs est l'exigence d'une certaine stabilité afin d'être en mesure de gérer les mesures compensatoires sur le long terme.

Quels sont les effets de cette qualification sur le jeu actuel des acteurs ? Cette dénomination concerne dès à présent les organismes qui se sont spécialisés dans l'accompagnement des maîtres d'ouvrage responsable d'une obligation de compensation. Ils ne réalisent pas à proprement parler les opérations de restauration, de récréation ou de réhabilitation de milieux mais prennent en charge l'ensemble des démarches pour y parvenir : prospective foncière, identification des partenaires, rédaction et négociation des contrats, etc. Cependant, à l'avenir, d'autres catégories d'acteurs pourraient devenir opérateur de compensation. Ceux qui, jusque-là, se cantonnaient à réaliser ponctuellement des mesures compensatoires pourraient envisager d'étendre leur compétence à leur coordination dans le temps⁶³.

61 M. LUCAS, « Le contrat au service de la compensation écologique », *Énergie, environnement, infrastructures*, n° 6, juin 2017, p. 31.

62 Art. L. 163-1 III C. env.

63 Quid par ailleurs de la place des organismes publics actuellement sollicités pour la maîtrise foncière comme les Sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural (SAFER), les Établissements publics fonciers (EPF), le Conservatoire du littoral et des rivages lacustres, l'Office national des forêts ?

On peut par ailleurs s'interroger sur l'intérêt d'institutionnaliser cet acteur : d'une part, la question de son agrément a été évacuée à la suite des débats parlementaires⁶⁴, d'autre part la définition retenue est trop large pour garantir la qualité de la prestation demandée. La loi ne précise d'ailleurs pas les conséquences juridiques attachées à la qualification (ou non) d'opérateur de compensation. Il est dès lors peu vraisemblable que l'administration y voit un critère rédhibitoire à la validation des mesures compensatoires. En outre, sa place dans la procédure actuelle de détermination des mesures n'est pas davantage évoquée. Il y a là de quoi s'inquiéter puisque rien n'interdit à un opérateur de compensation de participer en tant qu'expert à la fois à l'évaluation de l'impact du projet, à l'élaboration des mesures elles-mêmes puis à leur réalisation. La position de juge et partie de l'opérateur ou la question des conflits d'intérêts ne doit pas être occultée des débats. Aussi, la rédaction d'une charte éthique par la fédération des conservatoires des espaces naturels doit-elle être soulignée en ce qu'elle identifie clairement les étapes auxquelles ces acteurs interviennent⁶⁵.

Pour revenir au contenu du contrat lui-même conclu entre le débiteur de l'obligation et l'opérateur de compensation, la détermination des obligations contractuelles devrait être fortement corrélée au contenu des prescriptions de l'arrêté d'autorisation, conformément aux nouvelles exigences légales. Contrairement à ce que la loi donne à penser, la réalisation de mesures compensatoires donne rarement lieu à la signature d'un seul et unique contrat. Aussi l'opérateur jouera vraisemblablement le rôle d'un intermédiaire entre le maître d'ouvrage et les personnes associées à la réalisation des mesures (le cas échéant, propriétaires, locataires, exploitants forestiers ou agricoles, bureaux d'études, associations, ex.). Si le maître d'ouvrage ne dispose pas de réserves foncières suffisantes, il lui appartiendra de trouver un site à acquérir ou à louer⁶⁶. Au-delà de la maîtrise foncière du ou des sites de compensation, le contrat passé entre le maître d'ouvrage et l'opérateur recouvrera la réalisation, la gestion et le suivi des mesures. Il reviendra à l'opérateur d'orchestrer la succession de contrats selon la nature des interventions dans le temps et dans l'espace.

⁶⁴ Exemple d'arguments en faveur du retrait de l'agrément : « Imposer un agrément représente une charge administrative et une source de complexité supplémentaire que seuls les gros opérateurs de compensation pourront absorber. Cette obligation aura donc pour principal effet de limiter l'accès du marché de la compensation écologique à ces opérateurs, sans qu'elle apporte de réelles garanties supplémentaires quant à la qualité et à la pertinence de l'exécution de leur mission portant sur la mise en œuvre et le suivi des mesures de compensation », propos du sénateur G. Cornu, Débat devant le Sénat, séance du 21 janvier 2016.

⁶⁵ <http://www.reseau-cen.org/fr/decouvrir-le-reseau/charte-ethique-mesures-compensatoires> consulté le 21 mars 2017.

⁶⁶ Dans cette hypothèse, la loi RBNP prévoit que le propriétaire et, le cas échéant, le locataire ou l'exploitant soient également parties au contrat qui détermine la nature des mesures de compensation et leurs modalités de mise en œuvre, ainsi que leur durée (art. L. 163-2 C. env.).

In fine, la loi évoque plutôt les parties au contrat que le contenu ou la nature juridique de celui-ci⁶⁷. L'innovation de la loi tient plus spécifiquement à la création de deux outils visant à faciliter la mise en œuvre des compensations.

2. LA CRÉATION DE NOUVEAUX OUTILS EN VUE DE FACILITER LEUR RÉALISATION

L'innovation de la loi RBNP réside véritablement dans l'adoption de deux nouveaux mécanismes : d'une part les sites naturels de compensation qui visent à mutualiser et anticiper les besoins de compensation (a) et d'autre part l'obligation réelle environnementale, laquelle peut contribuer à la sécurisation des sites de compensation (b).

a. Le caractère inachevé des sites naturels de compensation

Inspiré par les mécanismes de *mitigation banking* aux États-Unis⁶⁸, les sites naturels de compensation, dont la pratique vient d'être avalisée par la loi RBNP⁶⁹, ont pour vocation de mettre en œuvre les mesures compensatoires « de manière anticipée et mutualisée »⁷⁰. Les opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité sont ainsi représentées par des unités de compensation qui peuvent être vendues aux maîtres d'ouvrage.

Bien que fortement critiqués en ce qu'ils financiariseraient la nature, ceux-ci présentent un certain nombre d'avantages théoriques qui rendent le mécanisme attrayant. L'anticipation a pour conséquence de diminuer les pertes intermédiaires et de réduire les risques d'échec écologique tandis que la mutualisation permettrait, quant à elle, d'augmenter la viabilité écologique des sites et de réduire les coûts relatifs à la gestion et au suivi⁷¹. Par ses économies d'échelle, les mécanismes de *banking* ont permis de créer aux États-Unis une offre de compensation accessible aux petits projets pour lesquels il était quasi impossible d'exiger une compensation de qualité au cas par cas. La mise en place d'un tel système n'est cependant pas aisée. Outre les difficultés inhérentes à l'équivalence écologique, la logique marchande et la dématérialisation des

158

⁶⁷ Sur un appel à qualifier de contrat administratif les contrats de compensation, voir A. VAN LANG, « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI*, 2016, p. 586.

⁶⁸ Le *banking* s'est initialement développé comme option de compensation dans le cadre de la protection des zones humides en vertu du *Clean Water Act (Wetland Mitigation Banking)*. Il a été par la suite étendu aux espèces protégées en vertu du *Endangered Species Act (Conservation Banking)*.

⁶⁹ Le mécanisme, aussi connu sous le nom de « compensation par l'offre » et « réserves d'actifs naturels », fait l'objet d'une expérimentation depuis 2008 dans la plaine de Crau et de trois projets pilotes lancés en 2012 à l'initiative du ministère de l'Environnement, de l'Énergie et de la Mer. Voir T. DUROI *et al.*, « Première expérimentation de compensation par l'offre : bilan et perspective », *Sciences, Eaux et Territoires*, 2015/1, n° 16, p. 64-69.

⁷⁰ Art L. 163-3 C. env.

⁷¹ Pour une discussion des avantages et inconvénients du *banking*, voir C.-H. BORN, V. DUPONT et C. PONCELET, « La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité : un mal nécessaire ? », *op. cit.*, p. 38-39 ; M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, *op. cit.*, p. 475 et s.

unités induisent un risque d'abus et de manipulation qui nécessite un encadrement strict du dispositif⁷².

À cet égard, force est de constater la légèreté du texte de loi, ce dernier prévoyant tout au plus que les sites naturels de compensation feront l'objet d'un agrément préalable par l'État, selon les modalités définies par décret⁷³. En l'occurrence, les deux décrets relatifs à l'agrément des sites naturels de compensation ont été adoptés le 28 février 2017 avant même que soient définies les unités de compensation ou que soit précisée la manière de calculer l'équivalence écologique⁷⁴. Ici encore, le caractère concis de la rédaction des décrets frappe au regard de la nature des enjeux écologiques, économiques, éthiques et juridiques du dispositif.

Certes, les obligations établies à l'article D. 163-8 du Code de l'environnement ainsi que les éléments que l'agrément doit contenir viendront circonscrire l'activité des gestionnaires de sites naturels de compensation⁷⁵. Cependant, les modalités de délivrance des agréments ne présentent pas les garanties suffisantes à la fiabilité du mécanisme. À notre grande surprise, le ministre chargé de l'environnement peut s'abstenir de répondre à la demande d'agrément ce qui vaudra acceptation tacite⁷⁶. On voit mal comment une acceptation tacite est à même de garantir la capacité des sites naturels de compensation à répondre aux exigences de la loi, cette dernière ne permettant ni d'assurer que l'administration a bien effectué une évaluation préalable du projet de compensation proposé dans la demande d'agrément⁷⁷, comportant pourtant de nombreux défis scientifiques, ni de préciser le contenu des éléments qui doivent en principe figurer dans l'agrément⁷⁸.

Enfin, il semble que l'opérateur des sites naturels de compensation ne soit soumis à aucun contrôle coercitif de la part des autorités en cas de manquement à ses obligations.

72 C'est notamment ce que nous enseigne l'expérience américaine. Voir R. L. GLICKSMAN, « Regulatory safeguards for accountable ecosystem service markets in wetlands development », *Kansas Law Review*, vol. 62, 2014, p. 955 et s. Voir également M.-P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, « La création d'un marché d'unité de biodiversité est-elle possible ? », *RJE*, 2009/1., 77-78 ; G.-J. MARTIN, « Le marché d'unités de biodiversité : questions de mise en œuvre », *RJE*, NS 2008, p. 96.

73 Art L. 163-3, al. 2 C. env.

74 Décrets n° 2017-264 (modalités de délivrance des agréments) et n° 2017-265 (contenu des agréments) du 28 février 2017 relatifs à l'agrément des sites naturels de compensation (*JORF* du 2 mars 2017).

75 Art. D. 163-4 C. env.

76 Art. R. 163-2 der. al. C. env.

77 Arrêté du 10 avril 2017 fixant la composition du dossier de demande d'agrément d'un site naturel de compensation prévu à l'article D. 163-3 du code de l'environnement (*JORF* du 19 avril 2017)

78 Cette conséquence juridique au silence du ministre chargé de l'Environnement est d'autant plus surprenante quand on sait que la création de banques de compensation aux États-Unis fait l'objet d'une procédure de plusieurs années, d'une enquête publique et se termine par un agrément (*Banking Enabling Instruments*) d'une centaine de pages. F. HASSAN, « L'encadrement juridique des banques de compensation de zones humides aux États-Unis », in *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement : Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité* (sous la dir. de H. LEVREL et al.), Éditions Quae, 2015, p. 90-101.

Tout au plus, le site pour lequel un manquement aura été constaté pourrait perdre son agrément⁷⁹. Il y a là une différence fondamentale avec le *mitigation banking* aux États-Unis qui s'accompagne toujours d'un transfert de responsabilité du maître d'ouvrage au gestionnaire de la banque de compensation. Sans renoncer au maintien de la responsabilité du maître d'ouvrage, le législateur aurait pu prévoir une responsabilité solidaire entre les deux acteurs, ce qui aurait permis aux autorités compétentes de s'adresser directement à la personne chargée de la mise en œuvre des mesures, de lui imposer des mesures correctrices ou encore des sanctions administratives en cas de défaillance.

b. L'espoir porté par l'obligation réelle environnementale

Au titre des outils fonciers disponibles pour pérenniser les sites de compensation, la nouvelle obligation réelle environnementale (ORE) constitue à n'en pas douter un instrument très intéressant. L'intérêt pour ce dispositif est tel que le législateur a choisi d'attirer expressément l'attention des acteurs sur la possibilité de les utiliser à des fins de compensation⁸⁰. Déjà présent dans un certain nombre de pays⁸¹, l'ORE permet « à des propriétaires de biens immobiliers de conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne 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, des 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 »⁸². Par dérogation au droit classique des servitudes, ces obligations réelles environnementales sont d'une part constituées au bénéfice d'une personne plutôt que d'un fonds dominant et peuvent d'autre part inclure des obligations de faire en sus des obligations de ne pas faire⁸³.

Appliqué à la compensation écologique, l'intérêt principal de l'ORE est double : maintenir dans le temps les obligations de faire (opérations de restauration en tant que telles par ex.) et ne pas faire ainsi que les attacher au site de compensation en cas de transfert du bien afin de les pérenniser sur toute la durée des impacts. Cependant, un certain nombre de remarques viennent tempérer notre engouement vis-à-vis de ce dispositif prometteur.

⁷⁹ Art. D. 163-7 C. env. Sur les complications que risque d'engendrer un retrait d'agrément, voir F.-G. TRÉBULLE, « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », *Énergie, environnement, infrastructures*, n° 6, juin 2017, p. 29-35.

⁸⁰ Art. L. 132-3 al. 2 C. env. G.-J. MARTIN, « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », *Dr Env.*, n° 249, oct. 2016, p. 338.

⁸¹ C. GIRAUDEL, *La protection conventionnelle des espaces naturels : étude de droit comparé de l'environnement*, Pulim, 2000.

⁸² Art. L. 132-3 C. env.

⁸³ G.-J. MARTIN, « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », *op. cit.*, p. 334 ; G.-J. MARTIN, « La servitude contractuelle environnementale : l'histoire d'une résistance », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique* (sous la dir. de S. VANUXEM & C. GUIBET LAFAYE), PUAM, 2015, p. 92.

Tout d'abord, les débiteurs d'obligations de compensation n'ont pas été intégrés dans la liste des bénéficiaires autorisés par la loi, excluant l'utilisation directe de l'ORE entre le propriétaire du terrain et le maître d'ouvrage (à moins que ce dernier soit un établissement public, une collectivité publique ou une association de protection de l'environnement)⁸⁴. La constitution d'une ORE impliquera donc le plus souvent une tierce personne et un montage juridique spécifique.

Ensuite, la conclusion d'une ORE à des fins compensatoires est conditionnée au bon vouloir des propriétaires concernés. Les autorités compétentes ne pourraient légalement conditionner l'octroi d'un permis ou d'un agrément de site naturel de compensation à la constitution d'une ORE⁸⁵. Par ailleurs, l'additionnalité écologique des obligations de l'ORE devra être démontrée. Elle ne peut être présumée au regard de la rédaction très large des opérations en faveur de la biodiversité listée par l'article L. 132-3 du Code de l'environnement. Enfin, et de loin le plus problématique, l'utilisation d'une ORE ne garantit pas pour autant la pérennité de la compensation, aucune durée minimale n'ayant été légalement fixée. L'efficacité du mécanisme dépendra dès lors de la concordance entre les clauses du contrat établissant l'ORE et les prescriptions de l'autorisation (durée, nature des obligations de faire ou ne pas faire, remise périodique d'un rapport d'activité, etc.).

161

B. L'IMPLICATION DES ACTEURS GARANTE DE L'EFFECTIVITÉ DES MESURES COMPENSATOIRES

L'effectivité des mesures compensatoires est répartie entre plusieurs acteurs. La loi choisit de les impliquer davantage en amont et en aval de leur réalisation : que ce soit en rappelant la responsabilité du maître d'ouvrage sur le long terme (1), en durcissant les moyens de l'autorité administrative (2) ou en invitant l'Agence française pour la biodiversité à centraliser le suivi des mesures compensatoires (3).

1. LE MAINTIEN DE LA RESPONSABILITÉ DU MAÎTRE D'OUVRAGE SUR L'ENSEMBLE DE SON PROJET

Quel que soit le dispositif de mise en œuvre choisi, le maître d'ouvrage reste seul responsable de la viabilité des mesures compensatoires devant l'autorité administrative⁸⁶. Cette responsabilité s'étale sur la durée totale du dispositif⁸⁷, ce qui le place dans

⁸⁴ I. DOUSSAN, « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », in *Repenser la propriété, un essai de politique écologique* (sous la dir. de S. VANUXEM & C. GUIBET LAFAYE), PUAM, 2015, p. 110.

⁸⁵ *A contrario*, les autorités américaines n'hésitent pas à exiger des maîtres d'ouvrage qu'ils constituent une servitude environnementale pour garantir la pérennité du site de compensation. La doctrine juridique américaine distingue ainsi les servitudes « volontaires » des servitudes constituées à la demande d'une autorité publique (exacted conservation easements). Voir J. OWLEY, « The emergence of exacted conservation easements », *Nebraska Law Review*, vol. 84, n° 4, 2006, p. 1043-1112.

⁸⁶ Art. L. 163-1 II al. 2 C. env.

⁸⁷ Du moins tant qu'un autre maître d'ouvrage ne se substitue pas à lui.

une perspective proactive. Non seulement, il doit réaliser les mesures mais il doit de surcroît veiller à ce qu'elles se rapprochent au mieux de l'objectif écologique conformément à son obligation de résultat dans le temps qui lui est imparti. C'est dire l'importance que revêt l'obligation de suivi dans cette recherche d'adéquation⁸⁸. Le suivi concerne à l'heure actuelle les mesures destinées à éviter, réduire et compenser les impacts ainsi que, depuis peu, les incidences du projet sur l'environnement⁸⁹. Ce reporting, si tant est qu'il est régulé et constant, oblige à adopter une gestion adaptative. Cette dernière permet en effet de tenir compte des résultats obtenus, que ce soit de façon volontaire ou contraint par la prescription de mesures correctives. Le maître d'ouvrage doit donc rester vigilant vis-à-vis de ses mesures et être régulièrement informé par son opérateur de compensation de leur avancée.

La responsabilité des maîtres d'ouvrage s'accompagne par ailleurs d'une obligation de transparence vis-à-vis des tiers. Ils sont en effet tenus de fournir aux services compétents de l'État toutes les informations nécessaires à la bonne tenue d'un registre national qui recense les compensations sur l'ensemble du territoire⁹⁰. Le système national d'information géographique, accessible au public sur internet, devrait permettre à toute personne de prendre connaissance de la localisation et de la description des mesures compensatoires. L'intérêt de ce dispositif est incontestable. L'identification des sites de compensation pourrait avoir pour conséquence de réduire le nombre de projets susceptibles d'y porter atteinte ultérieurement, voire d'inciter les acteurs territoriaux à les intégrer dans le tracé de leur trame verte et bleue⁹¹. Le degré de précision de ces informations sera décisif pour les tiers qui souhaiteraient suivre l'avancée des mesures compensatoires et agir en justice contre le porteur du projet ou l'autorité administrative en cas de non-réalisation des mesures.

162

2. LE RÔLE COERCITIF DONNÉ À L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE

Dans la continuité des modifications apportées par la loi Grenelle 2, l'autorité administrative est garante de l'effectivité voire de l'efficacité du dispositif de compensation. Tout d'abord, l'administration peut désormais exiger du débiteur de l'obligation la constitution de garanties financières. Ces dernières « sont destinées à assurer la réalisation des mesures de compensation prévues au présent chapitre »⁹². Au sens strict, la « réalisation » de la compensation pourra concerner l'opération

⁸⁸ Les modalités du suivi des mesures mériteraient d'ailleurs d'être davantage précisées. Sur ce point, v. E. TAPIN-YOUFF, « Le suivi de la mise en œuvre des mesures compensatoires en Pays de Loire », Rapport de stage du Master 2 « Droit de l'environnement et des risques », Strasbourg, promotion 2015/2016.

⁸⁹ Art. R. 122-5 II 8° C. env.

⁹⁰ Art. L. 163-5 C. env.

⁹¹ M. LUCAS et M.-P. CAMPROUX-DUFFRÈNE, « L'ombre portée sur l'avenir de la trame verte et bleue : de quelques réflexions juridiques », *Développement durable & territoires* [En ligne], vol. 3, n° 2 | juillet 2012, <http://developpementdurable.revues.org/9256> consulté le 21 mars 2017.

⁹² Art. L. 163-4 al 4 et 5 C. env. M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, op. cit., p. 449.

d'ingénierie écologique initiale, sans prendre en compte les mesures d'entretien du milieu qui s'ensuivent. Au sens large et au vu de l'objectif de résultat, elle pourrait englober les frais de gestion et de suivi des mesures pendant toute la durée de l'impact⁹³. Cette technique déjà connue notamment du droit des installations classées permet de prévenir d'éventuelles défaillances financières de l'aménageur. L'étude d'impact anticipe en principe ce risque en ce qu'elle comprend une estimation des coûts des mesures destinées à éviter, réduire et compenser les impacts négatifs du projet. Le maître d'ouvrage est donc amené à budgétiser le coût que représentent la réalisation des mesures et leur gestion à long terme dès le début des opérations et à prendre les dispositions en conséquence⁹⁴. Une fois les travaux lancés, les stratégies varient. Certains préfèrent verser l'ensemble des sommes au gestionnaire des mesures compensatoires en une fois pour une durée par exemple de trente ans. D'autres choisissent de négocier avec lui au moment du renouvellement du contrat à des échéances plus courtes (tous les cinq ans). Dans le premier cas, il appartiendra au gestionnaire de placer l'argent pour s'assurer un revenu durable. Dans le second cas, cette tâche incombe au maître d'ouvrage.

Ensuite, lorsque les mesures de compensation ne sont pas réalisées suivant les conditions qui lui ont été imposées, l'autorité administrative compétente met en demeure le maître d'ouvrage d'y satisfaire dans un délai qu'elle détermine⁹⁵. Si, à l'issue de ce délai, ce dernier n'a pas régularisé sa situation, « l'autorité administrative compétente fait procéder d'office, en lieu et place de cette personne et aux frais de celle-ci, à l'exécution des mesures prescrites » soit *via* un opérateur de compensation, soit *via* l'acquisition d'unités de compensation. Bien que le législateur ait prévu deux alternatives, il y a fort à parier que la seconde sera retenue⁹⁶. La possibilité de faire réaliser les travaux de compensation aux frais du porteur du projet préexistait déjà parmi les sanctions administratives encourues. Cependant, les agents n'y avaient pas recours que ce soit pour des motifs tenant à la technicité des opérations ou à la crainte de voir la responsabilité administrative engagée en cas de dommages survenus à cette occasion. Aussi, la solution qui consiste à acheter clef en main une unité de compensation déjà réalisée demeure-t-elle la plus simple.

Enfin, parmi les nouveaux moyens donnés à l'autorité administrative, la plus grande avancée réside sans aucun doute dans la prescription de mesures correctives. Une cohérence est ainsi assurée lorsque le suivi fait apparaître le caractère inopérant

⁹³ « Sans préjudice de la procédure d'amende administrative prévue au 4^o du II de l'article L. 171-8, les manquements aux obligations de garanties financières donnent lieu à l'application de la procédure de consignation prévue au 1^o du même II, indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées » (art. L. 163-4 der. al. C. env.).

⁹⁴ Cette estimation est aujourd'hui rendue difficile pour les compensations qui s'étaleront sur une longue durée.

⁹⁵ Art. L. 163-4 al. 1 C. env.

⁹⁶ G.-J. MARTIN, « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *op. cit.*, p. 614.

des mesures « pour respecter l'équivalence écologique selon les termes et modalités qui ont été fixés par voie réglementaire »⁹⁷. Plus qu'une faculté, les services de l'État ont l'obligation de prescrire des mesures complémentaires. Faut-il y voir la preuve que l'administration serait elle aussi soumise à une obligation de résultat⁹⁸ ? Il s'agit là quoi qu'il en soit d'un grand pas en avant dans la mesure où cette prérogative était jusqu'à présent réservée à des domaines précis (installations classées, loi sur l'eau)⁹⁹. En dehors de ces cas de figure, l'autorité compétente n'était pas habilitée à prendre des arrêtés complémentaires pour demander la modification des mesures quand bien même auraient été constatées des erreurs dans la définition initiale des mesures compensatoires ou l'incapacité du milieu à atteindre les objectifs fixés avec les dispositifs prévus.

Devant cet « arsenal coercitif »¹⁰⁰, force est de constater que le législateur a renforcé le dispositif actuel. Il choisit tout particulièrement de supprimer son pouvoir d'appréciation. L'administration est davantage placée dans des situations de compétence liée : elle doit prendre des mesures correctives, elle doit mettre en demeure le maître d'ouvrage, elle doit faire réaliser les mesures de compensation si ce dernier ne le fait pas. De la sorte, l'inaction des autorités administratives ne devrait plus conduire à faire perdurer une atteinte à l'environnement. Quant au volet pénal, les parlementaires l'ont écarté en dépit de propositions intéressantes¹⁰¹.

3. L'IMPLICATION RELATIVE DE L'AGENCE FRANÇAISE POUR LA BIODIVERSITÉ

La création de l'Agence française pour la biodiversité (AFB) a pu faire naître de grands espoirs. En matière de compensation, allait-elle répondre au souhait de voir créer un observatoire de la compensation appelé de ses vœux par plusieurs acteurs¹⁰² ? Le comité français de l'UICN proposait en 2011 ainsi qu'elle héberge une plateforme d'échanges de façon à « structurer une base de données relative aux projets de compensation, à harmoniser les méthodologies et le vocabulaire utilisés, à améliorer la connaissance et à définir des méthodes de suivi des projets »¹⁰³. *In fine*, l'Agence est, entre autres,

⁹⁷ Art. L. 163-4 al. 3 C. env.

⁹⁸ A. VAN LANG, « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *op. cit.*, p. 586.

⁹⁹ M. LUCAS, *Étude juridique de la compensation écologique*, *op. cit.*, p. 276.

¹⁰⁰ A. VAN LANG, « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *op. cit.*, p. 591.

¹⁰¹ V. l'amendement n° 421 discuté le 21 janv. 2016 en première lecture par le Sénat consistant à « ordonner le paiement d'une astreinte journalière au plus égale à 0,5 % du montant total estimé des travaux, ouvrages ou opérations ».

¹⁰² C. THINUS, *Les atteintes à l'environnement en Alsace : analyse juridique de la compensation et de la réparation*, Centre de droit de l'environnement de Strasbourg, 2009, 133 p. ; Motion du Comité Scientifique de la CDC Biodiversité relative à la création en France d'un Observatoire de la Compensation du 19 nov. 2009 ; Fédération des Conservatoires d'Espaces Naturels, « Pour une amélioration de la mise en œuvre des mesures compensatoires », 2010.

¹⁰³ *La Compensation écologique. État des lieux et recommandations*, UICN France, 2011, p. 33.

responsable du suivi des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité¹⁰⁴. Les agents affectés à l'AFB et chargés de missions de police de l'eau et de l'environnement sont ainsi en mesure de contrôler la bonne application des mesures compensatoires et, le cas échéant, de dresser des procès-verbaux. Elle réalise en outre « en coordination avec les instances compétentes locales et l'Observatoire des espaces naturels, agricoles et forestiers, un inventaire national afin d'identifier les espaces naturels à fort potentiel de gain écologique appartenant à des personnes morales de droit public et les parcelles en état d'abandon, susceptibles d'être mobilisés pour mettre en œuvre des mesures de compensation »¹⁰⁵. Le recensement opéré devrait permettre d'avoir une meilleure vision des sites pouvant accueillir des mesures compensatoires. Sur ce point, l'AFB pourra sans doute s'appuyer sur l'état des lieux présenté dans les évaluations environnementales des documents d'urbanisme.

¹⁰⁴ Art. L. 131-9 8° C. env.

¹⁰⁵ Art. 70 de la loi RBNP.

