



HAL
open science

La compensation écologique d'après la loi biodiversité

Benoît Grimonprez

► **To cite this version:**

Benoît Grimonprez. La compensation écologique d'après la loi biodiversité. Droit & Patrimoine, 2016, 263, pp.22. hal-01550574

HAL Id: hal-01550574

<https://hal.science/hal-01550574>

Submitted on 22 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La compensation écologique d'après la loi « biodiversité »

Mal nécessaire, la compensation écologique cristallise des enjeux forts de société, laquelle reste tiraillée entre aspiration au développement économique et préservation des écosystèmes. Jusqu'alors éclatée dans diverses réglementations et très imparfaitement mise en œuvre, la séquence « éviter, réduire, compenser » est systématisée par la loi pour la reconquête de la biodiversité en tant que manifestation du principe de prévention.

Par **Benoît Grimonprez**, Professeur à la Faculté de droit de Dijon

*« Le droit parle et commande du
sommet des vérités, la loi réplique du
fond des réalités ; le droit se meut
dans le juste, la loi se meut dans le
possible. »*
V. Hugo, Actes et paroles – Avant
l'exil, 1875

De l'ombre à la lumière. – L'érosion ininterrompue de la biodiversité appelle de nouveaux moyens d'action pour lutter contre ces dommages causés au patrimoine commun de la Nation (C. env., art. L. 110-1, I). La loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, dite « *pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages* »¹, s'évertue à parfaire le droit en vigueur, insuffisamment protecteur des ressources naturelles ordinaires. Au cœur du futur dispositif légal figure la séquence dite « éviter, réduire, compenser » (ERC), dont le but est d'intégrer la préservation des écosystèmes dans les projets de développement économique. Posées pour la première fois par la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976² sur la protection de la nature, ces consignes sont demeurées, pendant longtemps, largement ignorées³. Les lois « Grenelle de l'environnement » de 2009 et 2010 ont amorcé un virage, en remettant à l'honneur dans les procédures d'étude d'impact le principe de la compensation des atteintes à la biodiversité⁴. L'Administration s'est alors dotée d'une véritable doctrine « ERC », traduite dans la publication en 2013 de lignes directrices par le ministère de l'Écologie⁵. Le mécanisme est

¹ L. n° 2016-1087, 8 août 2016, JO 9 août.

² L. n° 76-629, 10 juill. 1976, JO 13 juill.

³ M. Lucas, Étude juridique de la compensation écologique, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit de l'urbanisme et de l'environnement », t. 11, 2015.

⁴ L. n° 2009-967, 3 août 2009, JO 5 août, art. 23 ; L. n° 2010-788, 12 juill. 2010, JO 13 juill., et D. n° 2011-2019, 29 déc. 2011, JO 30 déc., relatif aux études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements. V. aussi L. n° 2008-757, 1^{er} août 2008, relative à la responsabilité environnementale, JO 2 août, édictant le principe de mesures visant à compenser les pertes intermédiaires des ressources naturelles survenant entre le dommage et la date à laquelle la réparation primaire ou complémentaire a produit son effet (C. env., art. L. 162-9).

⁵ Commissariat général au développement durable (CGDD), Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels, Références, oct. 2013.

tellement en vogue qu'en 2014, la loi d'avenir pour l'agriculture⁶ a prévu de l'étendre aux espaces agricoles⁷. Selon le nouvel article L. 112-1-3 du Code rural et de la pêche maritime, les projets ayant des impacts négatifs importants sur l'économie agricole devront, dans l'étude de leurs effets, présenter les mesures envisagées pour éviter, réduire, et en dernier lieu compenser collectivement ces atteintes en visant la consolidation de l'économie agricole du territoire⁸.

Principe de prévention. – Jusqu'à présent, la séquence « ERC » était marquée par une mosaïque de dispositions hétérogènes, manquant de précision. Tout l'enjeu de la présente loi est de forger un cadre juridique commun en la matière, ainsi que de définir la mise en œuvre de la compensation écologique. C'est le sens du nouveau chapitre III du titre VI du Livre I^{er} du Code de l'environnement intitulé « *Compensation des atteintes à la biodiversité* ». La réforme fait découler ces dispositions du principe de prévention inscrit à l'article L. 110-1, 2^o, du Code de l'environnement. Dans ce texte sont d'ailleurs posés la hiérarchie et l'ordre des mesures à mettre en place par les aménageurs dans le cadre des demandes d'autorisations administratives. L'objectif prioritaire reste d'éviter les atteintes à la biodiversité et à ses services. À défaut, le responsable du projet doit tout faire pour en réduire la portée. Ce n'est enfin que s'il existe des destructions résiduelles inéluctables qu'entre en jeu l'obligation de compenser au regard des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées. En l'absence de telles actions, ou si l'État ne les juge pas satisfaisantes, le projet doit tout bonnement être refusé (C. env., art. L. 163-1, I).

Troisième acte. – Impossible, à la lecture des nouvelles dispositions, de ne pas remarquer la place et l'importance accordées aux mesures compensatoires. Tandis que rien n'est dit des opérations d'évitement et de réduction – censées être primordiales –, la compensation fait l'objet d'un luxe de règles, nombreuses et détaillées. Presque inévitablement le centre de gravité de la réflexion, et donc des actes, risque de se déporter vers ce dispositif d'exception qui a toujours suscité autant de fascination que de réserves. On continuera donc de s'interroger : peut-il y avoir une véritable équivalence entre la nature détruite ici et celle protégée ou recréée là ? À partir de combien de temps la compensation peut être considérée comme pérenne ? Sur quelles terres va-t-elle pouvoir être développée et avec quels instruments (la propriété, l'usage) ? Comment faire en sorte que la compensation, forcément consommatrice de foncier, ne s'accomplisse pas au détriment d'autres activités, comme l'agriculture⁹ ? Il n'est pas sûr que la loi pour la reconquête de la biodiversité réponde à toutes ces difficultés d'ordre théorique et pratique¹⁰. Au moins signe-t-elle des progrès au plan juridique, en déterminant d'abord la nature des mesures compensatoires (I) et en formalisant ensuite leur réalisation (II).

I – La nature des mesures compensatoires

Certaines conditions sont nécessaires à l'éclosion de l'obligation de compenser (A), laquelle est alors assortie par la loi de modalités particulières (B).

⁶ L. n° 2014-1170, 13 oct. 2014, JO 14 oct., art. 28.

⁷ V. B. Grimonprez, Vers un concept d'agriculture de proximité, in Agriculture et ville : vers de nouvelles relations juridiques, LGDJ, 2016, p. 192.

⁸ V. le décret d'application : D. n° 2016-1190, 31 août 2016, JO 2 sept. 2016.

⁹ C. Etrillard et M. Pech, Mesures de compensation écologique : risques ou opportunités pour le foncier agricole en France ?, Vertigo, vol. 15, sept. 2015.

¹⁰ V. Compenser la destruction de zones humides : retours d'expériences sur les méthodes et réflexions inspirées par le projet d'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, BDEI 2015, 58.

A – Naissance de l’obligation de compenser

Leçon de spécialité. – Jusqu’à présent, le principe de la compensation des dommages environnementaux n’était posé que par des textes spéciaux, éparpillés. On le trouve dans le cadre des études d’impact des projets de travaux, d’ouvrages ou d’aménagements¹¹ ; des études d’impact relatives à la police des installations classées¹² ; des études d’incidences au titre de la police de l’eau¹³ et des sites Natura 2000¹⁴. Il existe aussi pour les défrichements des espaces boisés¹⁵, ou encore en matière de destruction des espèces protégées¹⁶.

Dépassant une logique sectorielle, la loi « biodiversité » entend créer un cadre juridique commun à l’ensemble des dispositifs de compensation¹⁷. Pourtant, l’article L. 163-1, I, du Code de l’environnement subordonne formellement l’existence de l’obligation de compenser au fait qu’elle soit instituée par un texte législatif ou réglementaire. Faut-il alors compter cet article-là parmi les dispositions rendant obligatoire la compensation écologique ? L’enjeu est de savoir si le mécanisme dépend, comme avant, des réglementations spéciales d’étude d’impact ou d’incidences, ou si la réforme étend son domaine d’application en lui conférant une portée plus générale. Nous excluons cette seconde interprétation, car renvoyer à un texte préexistant n’aurait, à vrai dire, pas de sens, si l’article L. 163-1 avait lui-même ce pouvoir créateur d’obligation.

Fait générateur de l’obligation. – À condition d’être prévue par un texte, l’obligation de compenser naît en cas d’atteintes prévues ou prévisibles à la biodiversité (C. env., art. L. 163-1, I). La loi ne précise toutefois pas quel est le degré de dommage requis, ni quel type de nature est concerné. Si bien que toute sorte de biodiversité, même la plus ordinaire, et toute atteinte, même minime, peuvent donner lieu à obligation de compenser. En somme, l’autorité administrative appréciera souverainement si l’ampleur de l’atteinte est telle qu’elle justifie une mesure compensatoire. La seule certitude est que les pertes à combler sont celles qui sont inévitables et irréversibles.

Quant aux actes occasionnant les dommages, il s’agit, selon l’article L. 163-1, I, des projets de travaux ou d’ouvrage, de la réalisation d’activités ou de l’exécution d’un plan, d’un schéma, d’un programme, ou de tout autre document de planification (par ex. plan local d’urbanisme ou schéma de cohérence territoriale). La compensation est, autrement dit, une condition obligatoire de la plupart des procédures d’étude d’impact organisées par les instruments de police environnementale ou spatiale.

B – Modalités de l’obligation de compenser

Finalité de l’obligation. – La finalité de l’obligation de compensation doit tendre vers une absence de perte nette, voire un gain de biodiversité (doctrine dite du « *no net loss* »). La logique est par conséquent essentiellement quantitative : il convient que la masse globale de biodiversité – à l’échelle d’un territoire ? – ne diminue pas, et même progresse ! De ce fait, la

¹¹ C. env., art. L. 122-1, IV.

¹² C. env., art. R. 512-8.

¹³ C. env. art. R. 214-6, II.

¹⁴ C. env., art. L. 414-4 et R. 414-23, IV.

¹⁵ C. for., art. L. 341-6.

¹⁶ C. env., art. L. 411-2, et Arr. 19 févr. 2007, art. 2.

¹⁷ L. Lanoy, Le nouveau cadre juridique de la compensation écologique : vers une approche économique des atteintes à la biodiversité, BDEI 2015, 58.

compensation n'est possible qu'en nature – et non financièrement –, sous la forme de projets de restauration, de création ou de réhabilitation de milieux naturels. Il est alors indispensable de démontrer que les actions déployées apportent une réelle plus-value par rapport à l'état initial du site objet de la compensation et aux engagements publics et privés existants¹⁸, sans quoi aucun bénéfice écologique ne peut être établi.

Intensité de l'obligation. – La loi qualifie, à juste titre, l'obligation comme étant de résultat (C. env., art. L. 163-1, I, al. 2) : une fois déterminée dans son étendue, elle doit nécessairement être exécutée, sous peine de sanctions édictées par la loi¹⁹. Toutefois, conformément au droit commun des obligations, le cas de force majeure peut exonérer le débiteur, même tenu à l'obtention d'un résultat. L'impossibilité fortuite et imprévisible de réaliser la mesure compensatoire libère donc toujours le maître d'ouvrage (par ex. : site de compensation détruit par une catastrophe naturelle) (C. civ., art. 1218).

Dimensionnement : principe d'équivalence écologique. – La compensation doit s'effectuer dans le respect de l'« équivalence écologique » entre les dégradations prévues et les gains escomptés par les mesures (C. env., art. L. 163-1, I)²⁰. Alors qu'elle sous-tend l'ensemble du dispositif, la notion d'équivalence reste désespérément floue. Elle repose sur l'idée – contestée – de fongibilité des éléments naturels, qui seraient substituables les uns aux autres. Or l'équivalence demeure un pis-aller : elle n'est jamais l'identité, mais ce qui est de même valeur quantitative ou qualitative. D'où l'importance de déterminer les critères servant à la comparaison²¹ et l'unité de mesure pertinente (par ex. : la surface, le nombre d'espèces). Sur ce point comme sur d'autres, l'Administration devrait observer la même doctrine sur tout le territoire, afin d'éviter de trop grands écarts dans l'appréciation de l'équivalence écologique.

Critère géographique. – Exigence supplémentaire, les mesures compensatoires doivent être déployées en priorité sur le site endommagé, ou, en tout état de cause, à proximité « *pour garantir ses fonctionnalités de manière pérenne* » (C. env., art. L. 163-1, II). La condition géographique paraît absolument indispensable, et sans dérogation possible. En théorie, l'Administration doit donc refuser d'autoriser un projet dont les mesures envisagées se situent trop loin de la zone impactée. La notion de proximité reste, cela dit, relative et permet, selon les circonstances, de faire varier l'étendue du rayon acceptable.

Durée de l'obligation. – La durée de vie de l'obligation est un élément crucial, toujours débattu. Il ne peut exister de véritable compensation que si la contrepartie est fournie sur le long terme. De ce point de vue, la loi « biodiversité » énonce que les mesures « *doivent être effectives pendant toute la durée des atteintes* » (C. env., art. L. 163-1, I). L'assertion est ambiguë, car elle semble signifier que si le projet impacte définitivement la zone, l'obligation de compenser est perpétuelle. Or, une obligation personnelle ne saurait avoir un caractère perpétuel²². C'est d'ailleurs une faiblesse criante du mécanisme. Aucune garantie n'existe,

¹⁸ Commissariat général au développement durable (CGDD), Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels, préc., p. 103

¹⁹ C. env., art. L. 163-4 : exécution d'office des mesures ordonnée par l'autorité administrative compétente, en lieu et place du débiteur et aux frais de celui-ci.

²⁰ F. Quétier et a., Les enjeux de l'équivalence écologique pour la conception et le dimensionnement de mesures compensatoires d'impacts sur la biodiversité et les milieux naturels, Sciences Eaux & Territoires, hors-série 2012, juin 2012.

²¹ Commissariat général au développement durable (CGDD), Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels, préc., p. 109, qui recommande de tenir compte de quatre dimensions : écologique, géographique, temporelle et sociétale.

²² C. civ., art. 1210 (mod. Ord. n° 2016-131, 10 févr. 2016, JO 11 févr.).

après l'extinction de l'engagement, quant au sort du site de compensation : pourrait-il être dégradé pour resservir de support à de nouvelles opérations du même genre ? En pratique, on constate une durée très variable des obligations, oscillant entre trente et soixante ans environ. Là encore, l'autorité administrative semble discrétionnairement programmer le temps des mesures compensatoires.

Même enserrée dans des conditions spécifiques, l'obligation de compenser présente une structure relativement simple : le responsable du projet d'aménagement contracte la dette de recréer, ailleurs, l'équivalent de la biodiversité détruite. Encore faut-il identifier cette terre où va être « déplacée » la nature. Si la compensation oblige une personne, elle ne peut s'exécuter qu'à partir d'un bien, qui plus est proche géographiquement du lieu d'impact²³. Or, l'indisponibilité des surfaces est souvent l'obstacle majeur pour l'épanouissement des mesures. La loi « biodiversité » entend le surmonter au moyen de plusieurs méthodes de réalisation de la compensation.

II – La réalisation des mesures compensatoires

La loi « biodiversité » institue deux grands systèmes possibles de compensation : la compensation par la demande (A), et la compensation par l'offre (B). Leur utilisation peut, au choix, être alternative ou cumulative (C. env., art. L. 163-1, II). « *La nature des compensations proposées par le maître d'ouvrage est précisée dans l'étude d'impact présentée par le pétitionnaire avec sa demande d'autorisation* » (C. env., art. L. 163-1, II).

A – La compensation par la demande

Compensation directe. – La compensation par la demande – ou « compensation unique »²⁴ – est conduite sous la responsabilité du débiteur de l'obligation. Elle peut, selon la loi, emprunter deux formes : directe ou déléguée. Elle sera d'abord directe quand le maître d'ouvrage, criblé de la dette, prend personnellement à sa charge les actions prescrites (C. env., art. L. 163-1, II). La maîtrise foncière, par l'acquisition des surfaces, est généralement le moyen le plus sûr pour assurer la pérennité des mesures. L'aménageur peut négocier l'achat de terrains auprès de leurs propriétaires, mais le plus souvent, il se tournera vers les collectivités (départements) ou les gestionnaires de foncier (sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural, établissements publics fonciers) pour qu'ils lui rétrocèdent les immeubles nécessaires, parfois préalablement stockés dans cette perspective.

Une fois les biens tombés dans son escarcelle, l'aménageur a le choix, soit de confier la réalisation des mesures à un prestataire spécialisé (entreprise de génie écologique), soit de louer le bien à un exploitant agricole assumant l'exécution des obligations environnementales. L'inconvénient, cependant, lorsqu'un bail rural est conclu, est que le maître d'ouvrage ne remplit pas toujours les conditions, très strictes, pour pouvoir y insérer des clauses environnementales (C. rur., art. L. 411-27). Bien que couramment pratiquée, la maîtrise foncière par le débiteur de l'obligation reste une stratégie coûteuse, longue à mettre en œuvre et lourde à gérer. L'aspect positif est qu'elle suppose de la part de l'aménageur une véritable implication dans le déroulement des mesures.

²³ 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, PUAM, 2015, p. 99.

²⁴ Union internationale pour la conservation de la nature, Comité français, La compensation écologique. État des lieux et recommandations, 2011, p. 14.

Compensation déléguée. – La loi « biodiversité » permet, sinon, au maître d’ouvrage de déléguer, par contrat, l’accomplissement des mesures à un tiers, dénommé « *opérateur de compensation* » (C. env., art. L. 163-1, II). Dans la version initiale du projet de loi, l’opérateur devait être une personne publique ou une personne privée agréée par l’État. L’agrément administratif a cependant disparu au fil des navettes parlementaires ; de sorte que toute personne (exploitant agricole, professionnel de l’ingénierie écologique) peut à présent prétendre à cette qualité. Aucune garantie n’est hélas offerte quant à la capacité de l’opérateur à mener, sur le long terme, les mesures prescrites et à faire face à ses responsabilités en cas de défaillance. Il serait préférable de réserver la compensation « déléguée » à des agents dûment contrôlés par l’État ; la clarification du statut de chacun aurait aussi permis de mieux identifier la relation « maître d’ouvrage-opérateur de compensation » parmi la nébuleuse de contrats conclus à l’occasion de la réalisation des mesures.

L’article L. 163-1, II, précise opportunément que, dans tous les cas, le maître d’ouvrage reste responsable, vis-à-vis de l’Administration, de la mise en œuvre des mesures compensatoires. Il n’existe donc pas de transfert de l’obligation à l’opérateur de compensation qui libérerait le maître d’ouvrage. Ce dernier continue de répondre de l’exécution de l’obligation, à charge pour lui de se retourner contre la personne à qui il a délégué la mission en cas de mauvaise exécution.

Contrats de maîtrise d’usage. – Quelles que soient ses modalités, la compensation par la demande suppose toujours de s’assurer la maîtrise des terrains. Dans l’hypothèse où ni le maître d’ouvrage ni l’opérateur de compensation ne sont propriétaires des surfaces ciblées, la loi organise un dispositif de maîtrise conventionnelle d’usage. Le débiteur de l’obligation – ou l’opérateur délégué – est invité à contracter avec le propriétaire des lieux pour qu’il mette en œuvre les mesures compensatoires (C. env., art. L. 163-2). Lorsque le bien considéré est loué, la loi exige logiquement que la convention fasse aussi participer le locataire, dans la mesure où c’est lui qui a la jouissance du fonds. Le principe d’un contrat tripartite (entre le maître d’ouvrage, le propriétaire et le preneur) est même esquissé dans ce cas. Ce n’est toutefois pas ce qu’il y a de plus simple à concevoir, tant les obligations et les responsabilités de chacun peuvent s’entremêler. Une autre solution – si la loi l’autorise – est que le maître d’ouvrage contracte avec le propriétaire du site, lequel répercute ensuite les obligations auprès de son locataire : au lieu d’un contrat à trois, deux contrats se succèdent. La liberté de s’organiser devrait rester la règle, sans qu’il y ait de figure de style imposée.

Respect du statut du fermage. – Un point cardinal tient à l’articulation de ces rapports avec le statut impératif du fermage gouvernant les baux ruraux (C. rur., art. L. 411-1 et s.). On imagine assez difficilement un bail rural tripartite, incluant le maître d’ouvrage (en quelle qualité ?). Une piste consisterait en la conclusion par le locataire, à l’endroit du maître d’ouvrage, d’un engagement autonome (un « contrat de prestation de service environnemental »), en parallèle à son bail ; ainsi le fermier pourrait directement percevoir une part de la rémunération des prestations qu’il s’engage à accomplir. Enfin, l’hypothèse de deux contrats successifs est à considérer : l’un qui relie le maître d’ouvrage au propriétaire, et l’autre, sous la forme d’un bail rural, réglant les relations du propriétaire avec son locataire. Au sein du second, des obligations environnementales peuvent être stipulées, avec l’assentiment du preneur, à condition de se couler dans le moule de l’article L. 411-27 du Code rural et de la pêche maritime.

Obligations réelles environnementales. – Pour la mise en œuvre de la maîtrise d’usage, la loi « biodiversité » forge un nouvel instrument : l’obligation réelle environnementale (C. env.,

art. L. 132-3)²⁵. Il s'agit de la possibilité pour le propriétaire du site de souscrire conventionnellement envers une collectivité, un établissement public, ou une personne morale de droit privé en charge de la protection de l'environnement, une obligation écologique qui pèsera sur tous les propriétaires successifs du bien²⁶. La charge est réelle au sens où elle est attachée passivement au droit de propriété portant sur l'immeuble ; elle demeure néanmoins personnelle dans sa structure, car engage le propriétaire à réaliser une prestation (de faire ou ne pas faire) au profit du créancier.

Sans faire une analyse exhaustive du mécanisme²⁷, on est frappé de constater que le maître d'ouvrage, débiteur de la compensation, ne fait pas partie des personnes éligibles au bénéfice de l'obligation réelle. L'outil ne peut donc être utilisé que si l'aménageur a préalablement délégué la compensation à un opérateur comptant parmi les créanciers énumérés par la loi. On peut aussi songer à d'autres stratégies : l'aménageur se rend d'abord propriétaire du foncier, puis contracte une obligation réelle envers un établissement public ou un conservatoire d'espace naturel ; il décide enfin de revendre le bien à un exploitant, contraint au respect de la charge. Point d'ombre de ce scénario cependant : quel recours aura le maître d'ouvrage si la personne à qui il a rétrocédé le fonds (ou son locataire) n'observe pas le contenu de l'obligation réelle ? Car l'aménageur, toujours responsable de la compensation aux yeux de l'Administration, aura perdu tout lien juridique avec la personne qui possède effectivement le site de compensation²⁸...

L'intérêt de l'obligation réelle environnementale est de garantir la pérennité des mesures compensatoires durant toute la durée de la charge²⁹, par-delà les changements de personnes à la tête du bien. La loi a d'ailleurs cru bon de prescrire (à peine d'inopposabilité, on suppose) que la convention d'obligation réelle soit établie en la forme authentique, en vue des formalités de la publicité foncière (C. env., art. L. 132-3, et D. n° 55-22, 4 janv. 1955, JO 7 janv., art. 28, 1°).

Des conditions particulières sont édictées lorsque la souscription de l'engagement réel intervient sur un fonds loué à un preneur à bail rural. L'article L. 132-3 du Code de l'environnement impose alors l'accord préalable du locataire, à peine de nullité absolue de l'obligation³⁰. « *L'absence de réponse à une demande d'accord dans le délai de deux mois vaut acceptation. Tout refus doit être motivé* », précise le texte. Toutefois, la consultation du fermier ne signifie pas qu'il devient partie au contrat créant l'obligation réelle. C'est pourquoi il est fortement conseillé de retranscrire la charge réelle dans le bail, sous les traits d'une clause environnementale (C. rur., art. L. 411-27).

²⁵ C. env., art. L. 132-3 : « *Les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation* ».

²⁶ À noter qu'en fonction de la personne qui fait souscrire l'obligation réelle, le contrat passé pourra être qualifié, soit de contrat de droit privé, soit de contrat administratif.

²⁷ Pour une étude complète, N. Reboul-Maupin et B. Grimonprez, Les obligations réelles environnementales : chronique d'une naissance annoncée, D. 2016, à paraître.

²⁸ D'où la nécessité, dans ce cas, de « recontractualiser » l'obligation réelle dans la vente du fonds, afin que l'acheteur soit personnellement débiteur de son contenu envers le vendeur, même postérieurement au transfert de propriété.

²⁹ C. env., art. L. 132-3 : « *La durée des obligations, les engagements réciproques et les possibilités de révision et de résiliation doivent figurer dans le contrat* ».

³⁰ Pour donner des gages aux lobbies des chasseurs, le même article précise que l'obligation réelle ne peut porter atteinte aux droits des tiers, ni remettre en cause les droits liés à l'exercice de la chasse ou ceux relatifs aux réserves cynégétiques.

La loi « biodiversité » optimise le fonctionnement de la compensation par la demande, en écho à des préoccupations pratiques. La méthode, malgré ces améliorations, n'en comporte pas moins des limites : intervenant au cas par cas et après la délivrance des permis, ce type de compensation achoppe en réalité sur l'absence de foncier disponible et la résistance des acteurs de terrain (refus des propriétaires ou des exploitants de contracter)³¹. Il manque en fait à ce système de compensation une vision planifiée du territoire. La compensation par l'offre, légitimée par la loi « biodiversité », peut en partie pallier ces faiblesses.

B – La compensation par l'offre

Logique financière. – Encore au stade expérimental en France³², la compensation par l'offre passe officiellement la porte de notre droit³³. Ce système permet à l'aménageur d'éteindre sa dette en faisant l'acquisition d'« unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation » (C. env., art. L. 163-1, II). Le dispositif s'inspire directement des *mitigation banks* (banques de compensation) développées aux États-Unis et en Australie depuis les années 1990. Là-bas, sur la base d'actions réalisées en faveur de la biodiversité – la restauration de zones humides, généralement –, des crédits sont émis, sous l'égide de l'Administration, au profit d'opérateurs qui peuvent les vendre aux aménageurs dont les projets affectent les milieux naturels³⁴. La compensation est, de la sorte, anticipée, dématérialisée, puis valorisée sur un marché spécifique.

Titres environnementaux³⁵. – Les nouvelles « unités de compensation » sont des actifs représentant la production et la gestion pendant une certaine durée d'éléments de biodiversité (C. env., art. L. 163-3). La nature et ses services n'en demeurent pas moins « dans leur matérialité hors du commerce juridique »³⁶ ; seuls les titres générés à partir de projets de restauration acquièrent le statut de biens, pouvant être cédés dans le but d'éponger une dette écologique³⁷. Évidemment, l'utilisation par les maîtres d'ouvrage de cette « monnaie d'échange » n'est possible que si les crédits acquis ont un « rapport d'équivalence » avec les débits nés du dommage environnemental occasionné (C. env., art. L. 163-4). Or aucun degré de substituabilité des éléments de biodiversité n'est en l'occurrence précisé par le législateur. De même qu'on peut déplorer l'absence de la moindre disposition légale relative à la régulation du marché des unités de biodiversité ; sans doute parce qu'il n'existe pas encore... Nous croyons, pour l'avenir, impératif que des règles particulièrement strictes encadrent la négociation de ces titres, émanations du bien commun qu'est la Nature.

Sites naturels de compensation. – Les fameuses unités correspondront à des « sites naturels de compensation » (C. env., art. L. 163-3), terrains sur lesquels sont menées des opérations de compensation de façon anticipée et mutualisée. La loi prévoit seulement que ces sites sont

³¹ C. Etrillard, La compensation écologique : une opportunité pour les agriculteurs ?, RD rur. 2016, études 10, n° 14.

³² La CDC Biodiversité, filiale de la Caisse des dépôts et consignations, gère depuis 2008 une « réserve d'actifs naturels » faisant office de banque de compensation au sein de la plaine de Crau.

³³ C. Etrillard et M. Pech, Compensation écologique : de la compensation « par la demande » à la compensation « par l'offre », Environnement & Technique 2015, n° 344, p. 58.

³⁴ V. Boisvert, La compensation écologique : marché ou marchandage ?, RID éco. 2015, p. 183.

³⁵ F.-G. Trébulle, Les titres environnementaux, in E. Le Dolley, Les concepts émergents en droit des affaires, LGDJ, 2010.

³⁶ G. J. Martin, Les « biens-environnements ». Une approche par les catégories juridiques, RID éco. 2015, p. 139 et s., spécialement p. 147.

³⁷ *Ibid.*

préalablement agréés par l'État sur la base d'un décret. Aucun zonage nouveau n'en résulte, même si les acteurs du territoire devront trouver les moyens d'identifier ce type inédit d'espace (dans les documents de planification, par exemple).

Externalités négatives et positives. – La compensation par l'offre, aujourd'hui introduite dans le Code de l'environnement, reste un dispositif controversé. Ses détracteurs lui reprochent de précipiter la marchandisation de la nature, en lui associant une valeur d'échange. L'argument manque de finesse, car c'est moins la biodiversité en tant que telle qui est valorisée que les opérations – fort coûteuses – entreprises pour sa restauration. Le sujet est donc l'évaluation de la réparation des atteintes, problème certes délicat mais aucunement réservé à la matière écologique³⁸. La désresponsabilisation des aménageurs est aussi redoutée, puisqu'un simple paiement en argent suffira à les libérer instantanément de toute dette³⁹. La compensation ayant déjà eu lieu de manière anticipée, tout risque potentiel d'inexécution est évacué. Mais ce gage d'efficacité ne risque-t-il pas de faciliter l'octroi aux aménageurs de « permis de tuer » la biodiversité, au détriment des mesures d'évitement et de réduction ? Là est tout le paradoxe : la compensation ne doit pas être trop « réussie », si l'on veut que son usage reste exceptionnel.

Moins alarmantes, les études menées sur les banques de conservation aux États-Unis attestent de certains avantages de la méthode, dès lors qu'elle est soigneusement encadrée et modérément utilisée⁴⁰. L'un est de permettre d'anticiper les besoins fonciers, par la constitution en amont de réserves d'actifs naturels⁴¹. Un autre est de garantir une meilleure intégration de la compensation dans la planification des équilibres territoriaux⁴².

Déficit de gouvernance. – Pour terminer, la loi « biodiversité » ne lève pas les doutes qui existent au sujet de la gouvernance des mesures compensatoires. Les questions techniques (d'équivalence, d'effectivité, de durée, etc.) n'étant pas résolues par la loi, on peut craindre en la matière l'hégémonie de la « doctrine administrative ». Or il est problématique que la même autorité étatique soit chargée de l'octroi du permis d'aménagement, de la détermination des mesures compensatoires, et du contrôle de leur réalisation. Ce « cumul des mandats » ouvre la porte à l'arbitraire et au manque d'impartialité dans les décisions prises. Une autorité de régulation parfaitement indépendante devrait certifier la conformité des opérations de compensation aux règles désormais écrites par le législateur.

³⁸ V. l'exemple du préjudice moral ou de celui affectant le corps humain...

³⁹ C.-H. Born, *Le diable dans les détails : les défis de la régulation des marchés d'unités de biodiversité*, RID éco. 2015, p. 151 et s., spécialement p. 162.

⁴⁰ Démentant le fantasme d'un marché libéral, V. Boisvert, *La compensation écologique : marché ou marchandage ?*, précité.

⁴¹ C. Etrillard et M. Pech, *Mesures de compensation écologique : risques ou opportunités pour le foncier agricole en France ?*, précité, p. 58.

⁴² C.-H. Born, *Le diable dans les détails : les défis de la régulation des marchés d'unités de biodiversité*, précité, p. 167, qui insiste sur le rôle fondamental de la planification de l'aménagement du territoire pour déterminer les sols qui seront affectés à la restauration des espèces menacées et les mesures protectrices correspondantes.