



HAL
open science

Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ?

Marthe Lucas

► **To cite this version:**

Marthe Lucas. Quel avenir juridique pour le triptyque ERC?. Revue juridique de l'environnement, 2017, 42 (4), pp.637-648. 10.3406/rjenv.2017.7163 . hal-01791550

HAL Id: hal-01791550

<https://hal.science/hal-01791550v1>

Submitted on 15 May 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.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

QUEL AVENIR JURIDIQUE POUR LE TRIPTYQUE ERC ?

Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale

Marthe LUCAS

Maître de conférences à l'Université d'Avignon et des Pays du Vaucluse
IMBE, Avignon Université, UMR CNRS IRD Aix Marseille Université

Résumé Le rapport de la commission d'enquête sénatoriale *Compensation des atteintes à la biodiversité : construire le consensus* présente l'intérêt de faire un tour d'horizon des multiples facettes de la compensation écologique grâce à l'audition d'innombrables acteurs. Le rapport identifie trente-cinq recommandations au service de la sécurisation de la séquence « éviter - réduire - compenser » (ERC) et d'une plus grande cohérence dans l'espace et dans le temps des mesures compensatoires. La lecture des conclusions de la commission d'enquête dévoile la complexité du droit applicable ainsi que le besoin de continuer à le réformer. Toutefois, force est de constater que les propositions d'ordre juridique sont peu nombreuses et n'invitent pas à modifier en profondeur le droit en vigueur.

Mots clefs : Compensation écologique, commission d'enquête, réforme, simplification, cohérence du droit.

Summary *Which future for "ARC" trio ? Feedback on Senate Inquiry's conclusions.* The *Compensation of damage to biodiversity : building consensus Inquiry report* has a particular interest having an overview of different faces of environmental mitigation thanks to countless actors interviews. The report identifies thirty-five recommendations serving the securing of the sequence "avoid – reduce – compensate" (ARC) and serving also compensatory measures for a better space and time coherence. The Inquiry conclusions disclose the governing law complexity as well as the need to continue amending it. However, it must be noted that the legal propositions don't allow to modify deeply the existing law.

Keywords: Environmental mitigation, inquiry, reform, simplification, Law coherence.

« Les propositions que nous formulons ne sont pas révolutionnaires »¹. Telles sont les conclusions du rapport de la commission d'enquête sénatoriale « sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures (...) » rendu le 25 avril 2017 après six mois d'investigation. Fallait-il pour autant révolutionner le droit relatif à la compensation écologique ? Ce mécanisme qui vise dans un objectif de non-perte nette et dans le respect de l'équivalence écologique à compenser les atteintes résiduelles prévues et prévisibles causées à la biodiversité par un projet ou un plan² a en effet déjà fait l'objet de plusieurs réformes entre 2010 et 2016³. La dernière, et non des moindres, la loi du 8 août 2016 relative à la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages⁴ la définit enfin et entérine un régime juridique commun à la majorité des mesures de compensation⁵.

Dès lors, le lancement d'une commission d'enquête sur le sujet par le groupe écologiste le 26 octobre 2016, soit quelques mois à peine après l'adoption de cette loi, a de quoi surprendre tant il est tardif... ou trop précoce. D'un côté, le dépôt d'amendements fondés sur les résultats de l'enquête n'a plus lieu d'être dans la mesure où les débats législatifs sont clos. De l'autre, la loi venant d'être adoptée, l'évaluation de ses effets positifs comme négatifs semble prématurée, d'autant que plusieurs de ses décrets d'application, aux premiers rangs desquels ceux relatifs aux sites naturels de compensation, n'étaient pas encore publiés en octobre. En réalité, il est fort probable que ce soient les débats parlementaires eux-mêmes, ainsi que les différentes affaires médiatiques sur le sujet qui aient révélé à certains sénateurs l'ampleur des enjeux sur la question.

1 J.-F. Longeot – R. Dantec, *Compensation des atteintes à la biodiversité : construire le consensus*, Rapport n° 517 de la Commission d'enquête sénatoriale sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures, intégrant les mesures d'anticipation, les études préalables, les conditions de réalisation et leur suivi, tome I, avril 2017, p. 153.

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

3 Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (*JORF* du 13 juillet) ; décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact (*JORF* du 30 décembre) ; ordonnance n° 2016-1058 du 3 août 2016 et décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatifs à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes (*JORF* des 5 et 14 août). L'application des mesures compensatoires est en outre concernée par la réforme sur l'autorisation environnementale unique (ordonnance n° 2017-80 et décrets n° 2017-81 et 82 du 26 janvier 2017, *JORF* du 27 janvier) ainsi que par celle relative aux procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement (décret n° 2017-626 du 25 avril 2017, *JORF* du 27 avril).

4 Loi n° 2016-1087 (*JORF* du 9 août).

5 G.-J. Martin, « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *RJE*, 2016/4, p. 606 ; A. Van Lang, « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI*, 2016, p. 586 ; V. Dupont, M. Lucas, « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », *Cahiers Droit Sciences & Technologies*, n° 7. 2017, p. 143.

En l'occurrence, la commission d'enquête tend à « déterminer les difficultés de mise en œuvre des mesures de compensation, et formuler des propositions facilitant la conduite de la séquence éviter, réduire, compenser (ERC) »⁶. À cette fin, elle revient sur la mise en œuvre de mesures compensatoires de quatre projets d'infrastructures à différents stades de réalisation. Le choix des projets ne doit rien au hasard : ont été retenus le projet d'aéroport de Notre Dame des Landes (NDDL) lequel suscite de vives contestations et mobilise de nombreux experts ainsi que la réserve d'actifs naturels de Cossure dans la plaine de la Crau, elle aussi régulièrement critiquée en tant que première expérimentation française de compensation par l'offre⁷. Il y a ici matière à éclaircir les controverses tout en sachant qu'est exclue l'analyse des projets en eux-mêmes, de leur opportunité et de la qualité des mesures compensatoires réalisées⁸, dont la légalité de certains a d'ailleurs pu être validée par le juge administratif⁹.

En l'espèce, le mécanisme de la commission d'enquête ne manque pas d'intérêt¹⁰. Instrument de contrôle du Gouvernement en vertu de l'article 51-2 de la Constitution, la création d'une commission d'enquête par une assemblée vise à rassembler des éléments d'information soit sur des faits déterminés, soit sur la gestion des services publics ou des entreprises nationales. C'est pourquoi chaque commission d'enquête dispose de moyens d'investigation accrus (droit de citation directe, habilitation à se faire communiquer tous documents de service, exercice sur place ou sur pièce de leur mission par les rapporteurs de la commission d'enquête). En sus des visites sur site, la commission d'enquête sur les mesures compensatoires a donné lieu à 49 auditions plénières. Ces auditions publiques et retranscrites sur le site du Sénat ont permis d'entendre pas moins de 135 personnalités et 82 organismes. Jamais un champ d'expertises aussi diversifié n'avait été présenté : maîtres d'ouvrage, agents administratifs, collectivités territoriales, scientifiques de multiples disciplines, associations de protection de l'environnement, techniciens,

6 Proposition de résolution n° 75 enregistrée à la Présidence du Sénat le 26 octobre 2016.

7 Les deux autres projets sont l'autoroute A65 qui relie Pau à Langon, mise en service fin 2010 et dont les mesures compensatoires ont été mises en œuvre ainsi que le projet de ligne à grande vitesse entre Tours et Bordeaux (LGV Sud Europe Atlantique), dont les mesures de compensation sont en cours de réalisation.

8 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 11.

9 Pour le projet NDDL, voir notamment CAA Nantes, 14 novembre 2016, n° 15NT02883. Voir également, dans le présent dossier, l'article de Thomas Dubreuil : « Mesures compensatoires : le dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les apports de la loi biodiversité ».

10 Sur les thèmes environnementaux ayant déjà donné lieu à de précédentes commissions d'enquête, voir notamment le rapport n° 523 1273 sur la protection du littoral en 1974 ; le rapport n° 144 665 la suite du naufrage de l'Amoco-Cadiz en 1979 ; le rapport n° 1281 fait au nom de la commission d'enquête sur les incendies de forêts dans la région méditerranéenne en 1980 ; le rapport n° 1185 sur la pollution de l'eau en 1990 ; le rapport n° 3559 sur les accidents industriels majeurs en 2002 ; le rapport n° 3386 sur les inondations répétitives ou exceptionnelles en 2001 ; le rapport n° 3138 sur la sécurité du transport maritime des produits dangereux ou polluants en 2001 ; le rapport n° 825 sur la présence du loup en France en 2003 et le rapport n° 4038 sur les conditions d'abattage des animaux de boucherie dans les abattoirs français en 2016.

forestiers, représentants agricoles, juge, préfets, membres du Conseil national de la protection de la nature, etc. Ces auditions représentent aujourd'hui une manne inestimable pour toutes les personnes intéressées par le sujet. Elles ont en outre été complétées par 605 contributions sur l'espace participatif. C'est dire si, en 2017, la compensation écologique continue de susciter l'intérêt des acteurs.

In fine, le rapport formule trente-cinq propositions visant à améliorer le dispositif que ce soit par l'amélioration des méthodologies et des connaissances en matière de biodiversité, une revalorisation de la place des collectivités territoriales, du monde agricole et des experts ainsi qu'une plus grande anticipation du triptyque ERC et un meilleur suivi. Le travail effectué par la commission d'enquête a notamment le mérite de mettre en lumière des problématiques moins connues de la compensation écologique auxquelles les acteurs de terrain sont confrontés (actualisation des données, prise en compte insuffisante de la nature ordinaire, modes de chiffrage du coût de la séquence ERC, lacunes en termes de démocratie participative, etc.). Parmi les recommandations listées, toutes n'ont pas vocation à être reprises par la réglementation¹¹. Aussi, il ne s'agit pas ici de revenir sur chacune d'entre elles mais plutôt de faire le point sur les évolutions juridiques en cours ou à venir identifiées par la commission d'enquête. Le rapport sénatorial met ainsi en évidence la complexité du droit applicable (I) tout en appelant à poursuivre la réforme du droit (II).

I. UNE MISE EN ÉVIDENCE DE LA « COMPLEXITÉ »¹² DU DROIT APPLICABLE

La complexité du droit applicable à la compensation écologique s'explique notamment par la dissémination hétérogène de l'obligation de compensation dans notre droit positif sans qu'aucune réflexion n'ait été entreprise en amont pour en définir des modalités communes¹³. Au-delà de la diversité des dispositifs et de leur articulation, l'enchevêtrement des normes en vigueur tient pour partie à la procédure dans laquelle elle s'inscrit et à la nature des mesures compensatoires. Or, force est de constater au regard des conclusions du rapport, que la tendance est plutôt à un accroissement de cette complexité (A) qu'à une recherche de simplification (B).

A. VERS UN ACCROISSEMENT DE LA COMPLEXITÉ AU SERVICE DE L'EFFICACITÉ DES MESURES COMPENSATOIRES ?

En dehors du droit relatif aux évaluations environnementales dont elle est principalement issue, l'étude de l'obligation de compensation implique aujourd'hui de s'in-

¹¹ Ainsi en est-il par exemple de la diffusion d'un guide pratique sur l'évitement et la réduction ou de la valorisation les enseignements de la compensation des atteintes à la biodiversité dans une stratégie globale de reconquête de la biodiversité.

¹² « Nous serons tous d'accord pour dire que le droit de la compensation est un droit d'une extrême complexité » (J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 152).

¹³ Sur l'évolution historique de la compensation écologique, v. M. Lucas, *Étude juridique de la compensation écologique*, LGDJ, Paris, 2015, p. 11 et s. et p. 103 et s.

téresser à de nombreux droits annexes mis en valeur par le rapport sénatorial. Leur mise en œuvre suppose de recourir au droit des contrats¹⁴ et plus particulièrement au droit rural lorsque leur réalisation ou leur gestion est dévolue aux agriculteurs¹⁵. Elles appellent également à être articulées avec le droit de l'urbanisme en matière de planification territoriale¹⁶ ou à être intégrées à la trame verte et bleue¹⁷. Et encore, le rapport passe sous silence les difficultés tenant au droit des marchés publics, au droit des assurances, l'effet peu dissuasif des sanctions pénales ou encore l'utilité du droit de la concurrence dans la mise en place des sites naturels de compensation. Cette énumération sans doute non exhaustive illustre la transversalité de la compensation écologique à l'image de celle du droit de l'environnement. La complexité, inévitable en raison de l'objet des mesures compensatoires, ne doit toutefois pas être regardée comme étant toujours contreproductive. C'est en vertu de la complémentarité de ces droits qu'une meilleure efficacité de la compensation écologique pourra être atteinte.

L'impression de complexité découle par ailleurs de la volonté de la commission d'enquête sénatoriale d'encadrer plus précisément certaines obligations corrélatives à l'obligation de compensation, à commencer par l'estimation de son coût. Au delà de la provision des sommes nécessaires, l'intérêt d'une identification détaillée de ce poste budgétaire, actuellement qualifié de « boîte noire »¹⁸, serait de conduire les porteurs de projets à approfondir « l'analyse de solutions alternatives moins dommageables à l'environnement »¹⁹, voire à une remise en cause de l'opportunité économique du projet. Des précisions sont également requises au titre du suivi des mesures compensatoires dont les méthodes sont loin d'être harmonisées²⁰. Aujourd'hui, le contenu, la fréquence et la durée du suivi sont déterminés librement par l'autorité administrative compétente²¹. Or, de la fixation des critères du suivi dépend en réalité l'effectivité des objectifs écologiques et des moyens juridiques pour les faire respecter (contrôle sur place, mesures correctives ou arrêtés de mise en demeure). Le rapport renvoie donc à la construction à venir d'un protocole spécifique de contrôle des mesures compensatoires²².

14 M. Hautereau-Boutonnet, « La reconquête de la biodiversité par la conquête du droit civil... À propos de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », *JCP G* 2016, 948 ; M. Lucas, « Le contrat au service de la compensation écologique », *Énergie, environnement, infrastructures*, n° 6, juin 2017, p. 31.

15 Le rapport insiste par exemple sur le respect du statut du fermage dans la mise en œuvre des mesures compensatoires (J.-F. Longeot – R. Dantec, *Compensation des atteintes à la biodiversité : construire le consensus*, p. 95).

16 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 123.

17 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 111 et p.123 et s.

18 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 63.

19 F. Haumont, « Coût et emprise foncière des compensations environnementales », *Études foncières*, n° 125, janv.-fév. 2007, p. 17 spéc. p. 19.

20 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 143.

21 Art. R. 122-13 II C. env.

22 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 140. Sur ce point, il est dommage que le rapport élude la question du suivi des effets du projet en lui-même et la nécessité de garantir leur adéquation avec les mesures compensatoires dans le respect du principe de proportionnalité.

Les exemples pourraient être multipliés, qu'il s'agisse de l'évaluation de l'équivalence écologique ou du contenu des inventaires de l'état initial du site. Le plus souvent, le rapport met en avant les bénéfices d'une standardisation des comportements ou des données pour garantir la bonne application de la séquence ERC. De ce fait, la marge d'appréciation des acteurs se trouve de plus en plus réduite²³. Il y aurait là en substance le risque d'un encadrement à outrance de nature à alourdir le droit positif, si la précision de ces règles annexes ne participait pas à augmenter l'efficacité de l'obligation de compensation écologique en facilitant son application. En revanche, lorsque la complexité dessert la protection de l'environnement, il convient de simplifier le droit applicable.

B. DES EFFORTS MINIMES DE SIMPLIFICATION DU DROIT

Consciente des difficultés inhérentes à la complexité des mécanismes de compensation, la commission d'enquête pointe combien « un effort d'unification procédurale apparaît donc nécessaire, afin de simplifier le droit, d'améliorer son efficacité pour protéger l'environnement et d'assurer la transparence des procédures »²⁴. En matière de compensation, la multiplication des procédures contribue à fragmenter la bonne participation du public et fait obstacle à une approche plus intégratrice de la reconquête de la biodiversité²⁵. C'est pourquoi le rapport préconise un processus centralisé d'instruction pour les autorisations au titre des espèces protégées, du défrichement et des milieux aquatiques²⁶... lequel existe déjà sous la forme de l'autorisation environnementale unique²⁷. Toujours sur le plan procédural, la seconde proposition de simplification consiste à intégrer dans l'étude d'impact l'analyse de la compensation collective agricole²⁸. Là encore, cette faculté est d'ores et déjà offerte au maître d'ouvrage²⁹. Est-ce à dire qu'en matière procédurale, toute autre mesure de simplification soit superflue ? Rien n'est moins sûr, quand l'on songe notamment aux nombreuses zones d'ombre qui persistent dans l'articulation de la séquence ERC au niveau des projets avec celle des plans et des programmes. Le rapport aurait d'ailleurs pu expliciter davantage les raisons qui l'ont conduit à « écarter une fusion de l'autorisation environnementale avec une déclaration d'utilité publique ou l'autorisation d'urbanisme »³⁰.

²³ À titre d'illustration, la qualification d'obligation de résultat de l'obligation de compensation ne se suffit pas. Il faudrait encore « prévoir au sein des arrêtés prescrivant la compensation le détail dans le temps des objectifs de résultat à atteindre et non pas les seuls moyens à mettre en œuvre », J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 144.

²⁴ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 54.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 60.

²⁷ Art. L. 181-1 et L. 181-2 C. env. Dans l'optique de substituer une approche par projet à une approche par procédure, l'ordonnance du 3 août 2016 a d'ailleurs prévu que « les incidences sur l'environnement d'un projet dont la réalisation est subordonnée à la délivrance de plusieurs autorisations sont appréciées lors de la délivrance de la première autorisation » (art. L. 122-1-1 III C. env.).

²⁸ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 59.

²⁹ L'étude d'impact peut faire office d'étude préalable si elle en reprend les éléments (art. D. 112-1-20 C. rur.).

³⁰ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 62.

La simplification passe en outre par la mutualisation des moyens humains et des méthodes. La commission d'enquête propose notamment de rassembler au sein d'un seul service instructeur des activités exercées aujourd'hui par les DDT (pour les dossiers loi sur l'eau, défrichement et Natura 2000) et par les DREAL (pour les dossiers espèces protégées)³¹. Dans cette optique de rationalisation, la récente attribution du suivi des mesures compensatoires à l'Agence française pour la biodiversité³² oblige à réfléchir à une harmonisation des procédures de suivi existantes relevant des services déconcentrés de l'État³³.

En dépit de l'intérêt de ces préconisations, on ne peut qu'être déçu que la simplification se résume à des questions procédurales et structurelles. C'est oublier que, sur le fond, des clarifications juridiques pourraient encore faciliter l'application de la séquence ERC. Suivant le principe de l'indépendance des législations, et contrairement aux apparences³⁴, le nouveau régime posé par la loi du 8 août 2016 ne s'applique toujours pas à l'ensemble des mesures compensatoires. Aussi, est-il à regretter que les sénateurs n'aient pas évoqué les problématiques substantielles que soulèvent les écarts subsistant entre les critères de compensation appliqués aux milieux forestiers³⁵ ou marins³⁶ et ceux retenus au titre des articles L. 163-1 et suivants du Code de l'environnement. De la même manière, ils auraient pu unifier en partie le régime juridique de la compensation *ex ante* avec celui de la compensation *ex post* prévue en application de la loi pour la responsabilité environnementale³⁷. Le caractère anticipé ou avéré des dommages ne justifie pas en soi des modalités de réparation en nature différentes en termes d'équivalence écologique ou de proximité géographique³⁸.

Force est de constater que la complexité du droit applicable va demeurer une caractéristique de la mise en œuvre des compensations écologiques. C'est un élément essentiel à garder à l'esprit à l'heure où, en dépit des réformes successives, les conclusions du rapport appellent à réformer le droit en vue de sécuriser la séquence « éviter, réduire, compenser » et de garantir une cohérence dans l'espace et dans le temps des mesures de compensation.

31 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 84.

32 Art. L. 131-9 8° C. env.

33 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 139.

34 La définition apportée par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 vise les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité « prévues au 2° du II de l'article L. 110-1 et rendues obligatoires par un texte législatif ou réglementaire pour compenser » (art. L163-1 | C. env.).

35 B. Labat, *Compensation forestière ou compensation en forêt - enjeux et ambiguïtés de la compensation écologique dans le contexte forestier*, Humanité et Biodiversité, 2015, 50 p., voir not. p. 27.

36 Pour une présentation de l'état des lieux alarmant du système de compensation en milieu marin, v. la thèse de C. Jacob, *Approche géographique de la compensation écologique en milieu marin : analyse de l'émergence d'un système de gouvernance environnementale*, Université Paul Valéry Montpellier, 2017, 239 p.

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

38 M. Lucas, *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 299 et s.

II. UN APPEL À POURSUIVRE LA RÉFORME DU DROIT APPLICABLE

Abstraction faite des rappels du droit existant³⁹, l'évolution du droit applicable à la séquence ERC suit deux voies complémentaires. D'un côté, le rapport pointe la nécessité de consolider des obligations légales et réglementaires préexistantes. L'idée est de renforcer la sécurité juridique de la détermination de la séquence (A). De l'autre, le rapport renvoie la délicate question de la mise en œuvre des mesures compensatoires aux acteurs locaux : à eux de se coordonner et d'élaborer un droit circonstancié de façon à assurer une cohérence des compensations dans leur contexte territorial (B).

A. LE SOUHAIT DE SÉCURISER LA SÉQUENCE ERC PAR DES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES ET RÉGLEMENTAIRES

Le rapport de la commission d'enquête contient diverses propositions visant à assurer une meilleure transparence dans la détermination des mesures d'évitement, de réduction et de compensation. Il conviendrait ainsi d'« exiger des maîtres d'ouvrage des informations précises sur les problématiques foncières du volet compensatoire »⁴⁰ au sein de l'étude d'impact et d'« évaluer l'opportunité d'inclure dans le dossier enquête publique des observations en réponse du maître d'ouvrage aux griefs de l'autorité environnementale »⁴¹. Les arrêtés d'autorisation devraient pour leur part, prévoir « le détail dans le temps des objectifs de résultat à atteindre »⁴² et « expliciter systématiquement (...) les raisons qui, le cas échéant, conduisent le détenteur du pouvoir réglementaire à ne pas suivre les orientations ou prescriptions des avis scientifiques préalables obligatoires ou des avis scientifiques complémentaires »⁴³. En l'occurrence, il ne s'agit pas tant de réformer en profondeur l'obligation de compensation que de consolider ponctuellement des dispositifs existant. En invitant les parties prenantes à motiver davantage leur choix, il s'agit avant tout de sécuriser la décision finale. Par ailleurs, ces éléments seraient susceptibles d'éclairer le juge sur un sujet aussi technique.

À côté de ces propositions mineures, l'apport juridique principal du rapport réside incontestablement dans la volonté affichée de rééquilibrer la séquence ERC. L'hypertrophie de la compensation au détriment des étapes d'évitement et de réduction est aujourd'hui un phénomène indéniable. Certes, légalement les mesures de compensation visent les atteintes à la biodiversité qui n'ont pu être évitées ni réduites⁴⁴

³⁹ À titre d'exemple, il n'y a aucune avancée sur le plan strictement juridique à exiger que l'obligation de compensation vise les atteintes à la nature ordinaire dans la mesure où le contenu de l'étude d'impact vise depuis 1977 tous les éléments naturels sans distinction.

⁴⁰ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 57.

⁴¹ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 101.

⁴² J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 144.

⁴³ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁴ Art. L. 110-1 II 2° C. env.

et « ne peuvent pas se substituer aux mesures d'évitement et de réduction »⁴⁵. Cependant, leur consacrer un chapitre entier dans le Code de l'environnement alors qu'aucune disposition n'est dédiée aux étapes précédentes revient à créer un risque de distorsion. C'est pourquoi le professeur G.-J. Martin recommandait en 2016 de déconnecter la compensation du triptyque ERC à l'exemple de la réglementation relative aux sites Natura 2000⁴⁶. De cette manière, l'utilité publique d'un projet ne serait établie qu'au regard des dommages environnementaux résiduels sans considération des résultats des mesures compensatoires dont la réussite ne peut jamais être complètement garantie au vu des incertitudes scientifiques. Les mesures compensatoires ne seraient prescrites que postérieurement à la démonstration de l'utilité publique du projet. Aussi prometteuse soit cette proposition, sa généralisation mérite d'être réfléchie au regard du bilan alarmant de l'application du régime dérogatoire Natura 2000 qui révèle clairement une altération de cette démarche en deux temps. En dépit des précisions apportées par la jurisprudence⁴⁷, certains projets qualifient directement de mesures réductrices voire de mesures d'accompagnement des mesures compensatoires. Ce procédé a permis à certains maîtres d'ouvrage de démontrer le caractère non significatif de leurs impacts et leur a évité d'avoir à déposer une demande de dérogation, dont le montage est beaucoup plus lourd⁴⁸. En pratique, ces mesures compensatoires déguisées, dans la mesure où elles ne sont pas qualifiées comme telles, échappent, entre autres, aux obligations de proximité, de pérennité et d'équivalence écologique ainsi qu'aux contrôles et sanctions des autorités compétentes.

De façon moins radicale, la commission d'enquête sénatoriale propose pour sa part d'introduire au sein du Code de l'environnement « les grands principes applicables à la mise en œuvre de l'évitement et de la réduction »⁴⁹. Difficile à appréhender et à chiffrer par les maîtres d'ouvrage, la phase d'évitement mériterait notamment d'être définie tant elle peut recouvrir différentes acceptions. Elle recoupe en effet l'évitement lors du choix d'opportunité, qui conduit à faire ou ne pas faire le projet ; l'évitement géographique, qui peut entraîner un changement du site d'implantation ou du tracé

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

46 G.-J. Martin, « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », préc., p. 607.

47 Le juge rappelle qu'eu égard aux résultats incertains des mesures compensatoires, celles-ci ne doivent être comptabilisées que dans le cadre de la procédure dérogatoire et non pour la contourner (CJUE, 15 mars 2014, T. C. Briels e.a. c/ Minister van Infrastructuur en Milieu, aff. C-521/12 ; CJUE, 21 juillet 2016, Orleans e.a., aff. C-387/15).

48 Cour des comptes européenne, *Des efforts supplémentaires sont nécessaires pour exploiter pleinement le potentiel du réseau Natura 2000*, Rapport spécial n° 1, 2017, p. 26 : « Le nombre des mesures compensatoires déclarées par les différents États membres à la Commission entre 2007 et le moment de l'audit [septembre 2016] variait fortement. Alors que les sites Natura 2000 établis se comptent par milliers, l'Allemagne avait notifié 63 mesures compensatoires, l'Espagne, 11, la Pologne, 8, la France, 3, et la Roumanie, 3. Cela donne à penser que les États membres visités ont probablement adopté des approches différentes en ce qui concerne l'application concrète de mesures compensatoires » (http://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR17_1/SR_NATURA_2000_FR.pdf).

49 J.-F. Lonaot – R. Dantec. *op. cit.* p. 70.

de l'infrastructure ; enfin, l'évitement technique, qui vise à retenir la solution technique la plus favorable pour l'environnement⁵⁰. L'insertion de la définition de chacune des étapes d'évitement et de réduction permettrait ainsi de lever les ambiguïtés sur chacun des dispositifs et serait l'occasion de considérer leur articulation avec la rubrique relative à l'étude des principales solutions de substitution examinées par le pétitionnaire⁵¹. Une fois encore la commission fait le pari qu'une meilleure transparence viendra conforter avec davantage d'aplomb la hiérarchie de la séquence ERC. Il aurait toutefois été opportun de sortir de la logique de projet et d'élargir la réflexion. À ce titre, l'appréhension de l'évitement par les plans et les programmes constitue à ce jour une piste trop peu explorée.

Des modifications du cadre légal et réglementaire sont ainsi attendues en termes de détermination des mesures. Quant à la mise en oeuvre des mesures compensatoires, elle relève ensuite du droit des contrats, de la création de sites naturels de compensation voire de l'aménagement du territoire. Sur ce point, la mise en cohérence de ces dispositifs juridiques repose sur la marge de manœuvre des acteurs locaux et leur faculté à les coordonner.

B. L'APPEL À L'ÉLABORATION D'UN DROIT COHÉRENT PAR LES ACTEURS LOCAUX

À l'intérieur du cadre posé par la législation, les maîtres d'ouvrage sont libres quant aux modalités de réalisation effective de leurs mesures compensatoires. Ils en choisissent le lieu, les partenaires, les modes opératoires, la temporalité des actions, etc. Sur le plan juridique, cette liberté se manifeste par exemple en matière de maîtrise foncière, le maître d'ouvrage devant opter entre l'acquisition d'un terrain ou la conclusion d'un contrat de bail⁵². La contrepartie de cette mise en oeuvre au cas par cas est une localisation dispersée des mesures compensatoires sur le territoire au gré des opportunités foncières. En vue d'une meilleure cohérence spatiale des mesures compensatoires, la commission d'enquête sénatoriale émet plusieurs recommandations en encourageant les acteurs locaux à interagir, par exemple en évitant leur localisation sur des terres agricoles productives et en privilégiant lorsque c'est possible des sites à valoriser tels que les friches industrielles. Une coordination plus prononcée entre les maîtres d'ouvrage et les personnes publiques territoriales devrait de surcroît alimenter la stratégie globale de reconquête de la biodiversité. En ce sens, le rapport « encourage » une mutualisation entre mesures compensatoires et trame verte et bleue⁵³ de sorte que l'inclusion au sein de ce réseau garantisse

⁵⁰ CGDD, *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, octobre 2013, p. 20.

⁵¹ Art. L. 122-3 II 2° d) C. env.

⁵² De façon plus exceptionnelle, il est envisageable sous certaines conditions pour les personnes publiques habilitées d'exproprier les terrains ou d'utiliser leur droit de préemption.

⁵³ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 125. À cette fin, le rapport préconise l'identification dans les schémas régionaux de zones à fort potentiel de restauration écologique, en cohérence avec la trame verte et bleue. Sur cette mutualisation, v. M. Lucas, *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 467 et s.

l'affectation écologique des compensations. La transparence voudrait toutefois que cette articulation ne contrevienne pas au critère de l'additionnalité écologique, critère qui demeure à ce jour partiellement reconnu et quasiment passé sous silence par le rapport. La loi Biodiversité a en effet occulté de spécifier qu'outre le gain écologique, l'additionnalité exige que les mesures compensatoires soient prises en complément des engagements publics et privés préexistants (ou prévus) en matière de protection de l'environnement... La commission d'enquête recommande également aux collectivités « d'indiquer précisément la localisation des zones accueillant des mesures de compensation dans les différents documents d'urbanisme afin de garantir une bonne information au niveau local »⁵⁴. Une fois encore, il s'agit d'inciter à dupliquer une pratique déjà à l'œuvre dans certaines collectivités. L'intérêt est, entre autres, de rendre visible les sites de compensations et d'éviter que des projets postérieurs y portent atteinte. La commission sénatoriale montre ainsi combien la cohérence dans l'espace et dans le temps des mesures compensatoires repose sur l'implication des acteurs.

L'adaptation du droit applicable aux circonstances locales pour la mise en œuvre des mesures de compensation suppose un dialogue permanent entre les différents acteurs concernés. Thème transversal du rapport, la gouvernance doit encore être améliorée à toutes les étapes que ce soit en termes de participation du public, du monde agricole⁵⁵, des collectivités locales⁵⁶ ou d'experts tels que le Conseil national de la protection de la nature⁵⁷. Aujourd'hui, si un cadre juridique est délimité de la conception des mesures à la délivrance de l'autorisation, la liberté d'une telle coordination prévaut au stade de la concrétisation du projet. Quelques collectivités soumises à de fortes contraintes foncières ont pris l'initiative d'organiser des échanges relatifs à la localisation des compensations sur leur territoire. Pour le reste, il est à craindre qu'en l'absence d'enjeux territoriaux particuliers, les acteurs locaux ne se mobilisent pas davantage sur cette question.

CONCLUSION

Le nombre de propositions de nature juridique contenues dans le rapport de la commission d'enquête reste modeste. Quant à leur contenu, il manque clairement d'ambition pour la plupart d'entre elles. Le ton est davantage à la responsabilisation

⁵⁴ J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 141.

⁵⁵ Le rapport recommande d'« assurer une participation du monde agricole à toutes les étapes de définition et de mise en œuvre des mesures d'évitement, de réduction et de compensation, notamment par un dialogue renforcé avec les chambres d'agriculture et les sociétés d'aménagement foncier et d'établissement rural » (J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 89).

⁵⁶ « Associer pleinement les collectivités territoriales à la réalisation de l'inventaire national des espaces naturels à fort potentiel de gain écologique confié à l'AFB par la loi "Biodiversité" » (J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 125).

⁵⁷ « Encourager une prise de contact, facultative, avec le Conseil national de la protection de la nature (CNP) à l'initiative du maître d'ouvrage en amont de l'étude d'impact » (J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 100).

des acteurs de tous horizons, acteurs que le rapport « encourage », « invite » à suivre les recommandations et à se former⁵⁸. Suivant ce constat, rien n'indique à ce jour que le rapport va prochainement donner lieu au dépôt d'une proposition de loi. Certains ne manqueront pas de s'en réjouir, arguant de la technicité et de la complexité croissante du droit marqué par un interventionnisme constant au détriment de la « confiance »⁵⁹ des acteurs⁶⁰. Soit. Il n'est pas non plus du ressort du droit de résoudre les questions éthiques inhérentes au mécanisme de compensation. Toutefois, n'oublions pas que les avancées tant en termes d'efficacité de la compensation que de sécurité juridique ont été apportées en vertu des modifications progressives du droit. Seul un encadrement précis et complet est de nature à lever les interrogations subsistantes tenant aux sites naturels de compensation⁶¹. Pendant des dizaines d'années, la mise en œuvre des mesures compensatoires a été laissée à l'appréciation des acteurs et les résultats sont à déplorer... Intégrer ces recommandations dans des lignes directrices ou des guides méthodologiques ne leur confère aucune portée obligatoire. Il ne faudra donc pas s'attendre à ce que le juge – dont le rôle et l'importance sont trop peu développés dans le rapport – en fasse application⁶². Un équilibre doit nécessairement être trouvé entre obligations légale et réglementaire et la liberté d'action des parties prenantes pour assurer un avenir acceptable sinon satisfaisant à la compensation écologique.

58 « Renforcer, sous la responsabilité de l'AFB, la formation des administrations chargées d'instruire et de suivre la mise en œuvre de la séquence ERC », « Tendre à développer les moyens humains et la formation des agents en charge du suivi » (J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 85, p. 145).

59 J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 103.

60 Voir notamment : « j'ai moi aussi été interpellé par la volonté, exprimée à la page 8, de "renforcer les exigences réglementaires". Cet objectif est tout de même difficile à concilier avec la simplification ! » (J.-F. Longeot – R. Dantec, *op. cit.*, p. 163).

61 F.-G. Trébulle, « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », *Énergie, environnement, infrastructures*, n° 6, juin 2017, p. 29.

62 CAA Nancy, 12 juin 2014, n° 13NC00244.