



HAL
open science

Collectivités et l'obligation de compensation écologique : quelles perspectives ?

Marthe Lucas

► **To cite this version:**

Marthe Lucas. Collectivités et l'obligation de compensation écologique : quelles perspectives ?. Droit et ville, 2017, 83 (1), pp.3-43. <10.3917/dv.083.0003>. <hal-01791563>

HAL Id: hal-01791563

<https://hal.science/hal-01791563v1>

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 CC BY 4.0 - Attribution - International License

Collectivités locales et compensation écologique, quelles perspectives ?

Marthe LUCAS

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

La compensation écologique s'entend des mesures rendues obligatoires pour compenser les atteintes à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet ou l'exécution d'un document de planification¹. Ce dispositif, longtemps resté dans l'ombre, a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années. Sur le plan juridique, il faut dire combien le droit applicable est mouvant depuis 2010. La compensation écologique a été introduite en droit français par la loi relative à la protection de la nature du 10 juillet 1976. Elle fait alors partie de l'étude d'impact et plus particulièrement de la rubrique sur les « mesures envisagées pour supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables pour l'environnement »². Entre 1976 et 2010, la compensation écologique a colonisé de nombreuses réglementations (défrichement, eau, Natura 2000, espèces protégées, trame verte et bleue)³ sans qu'une réflexion sur le dispositif lui-même et notamment sur sa définition ne soit menée. Les effets de ce silence n'ont pas manqué de se faire sentir : disparités entre les finalités attribuées à la compensation selon les législations, hétérogénéité de leurs modalités (ratio surfacique, localisation, objet à compenser) et de leur portée⁴, problème d'articulation des mesures pour les projets soumis concomitamment à plusieurs régimes de compensation, etc. La mise en œuvre des mesures compensatoires a donc été laborieuse, inefficace⁵, voire ineffective du fait de l'absence de contrôle et de sanctions en cas de non réalisation.

Afin de remédier à ces constats, la réforme de l'obligation de compensation s'est opérée par plusieurs voies. La dernière en date est incontestablement la loi relative à la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages⁶, qui consacre le mécanisme de compensation⁷. Un chapitre entier du Code de l'environnement est désormais dédié à ce mécanisme⁸. En dehors de la loi du 8 août 2016, le droit applicable aux mesures compensatoires a également été modifié par plusieurs textes portant réforme de l'étude d'impact dont elle continue de relever⁹. Ses réformes

¹ Art. L. 163-1 C. env.

² Art. 2 de la loi n° 2016-1087 relative à la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages du 8 août 2016 (*JORF* du 9 août).

³ Sur l'historique de l'évolution de la compensation écologique, v. Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, LGDJ, Paris, 2015, p. 11 et s. et p. 103 et s.

⁴ La prescription de mesures compensatoires relevait parfois d'une situation de compétence liée de l'autorité administrative, parfois de son pouvoir discrétionnaire. Sur cette question, v. Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 225 et s. ; Wemaëre M. - Anouk F.-D., *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, p. 19 et s.

⁵ Lucas M., « La compensation environnementale, un mécanisme inefficace à améliorer », *RJE* 1/2009, p. 59.

⁶ Loi n° 2016-1087 préc. Sur les décrets d'application de la loi, v. décrets n°2017-264 et n°2017-265 du 28 février 2017 relatifs à l'agrément des sites naturels de compensation (*JORF* du 2 mars), arrêté du 10 avril 2017 fixant la composition du dossier de demande d'agrément d'un site naturel de compensation (*JORF* du 19 avril).

⁷ Martin G.-J., « La compensation écologique: de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *RJE*, 2016/4, p. 606 ; Van Lang A., « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI*, 2016, p. 586 ; V. le dossier spécial sur la loi biodiversité de la revue *Energie, environnement, infrastructures*, n°6, juin 2017 ; Dupont V., Lucas M., « 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.

⁸ Chapitre III : Compensation des atteintes à la biodiversité (art. L. 163-1 à L. 163-5 C. env.).

⁹ 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.) ; Ord. n°2016-1058 du 3

ont nourri autant qu'elles se sont alimentées de la publication de guides méthodologiques à caractère non contraignant¹⁰ et des travaux rendus par des groupes de travail ministériels constitués tant sur la question de l'étude d'impact que sur celle du triptyque éviter, réduire, compenser (ERC)¹¹.

Même si le régime juridique de la compensation écologique appelle encore des améliorations¹², Il convient ici de revenir sur les effets conjugués de ces deux réformes sur l'obligation de compensation. L'étude de la position des collectivités locales offre à cet égard des perspectives intéressantes. Les communes, les établissements publics de coopération intercommunale (EPCI)¹³ et les départements¹⁴ sont de fait concernés à double titre¹⁵ par la modification du droit applicable aux mesures compensatoires. A titre principal, dès lors qu'ils élaborent un projet ou un plan soumis à évaluation environnementale, ils sont eux-mêmes débiteurs d'une obligation de compensation (I). A titre subsidiaire, ils sont également sollicités par des tiers débiteurs d'une obligation de compensation (II). Globalement, « au regard des compétences qu'ils détiennent, les élus des départements sont confrontés aux mesures de compensation dans le cadre des infrastructures et ouvrages routiers, mais cela concerne également la mission de solidarité territoriale auprès des communes et le plus souvent ruraux »¹⁶. Aussi, convient-il de s'intéresser davantage à ces acteurs appelés à jouer un rôle central.

I) La collectivité locale débitrice d'une obligation de compensation remodelée

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* du 5 et 14 août). L'application des mesures compensatoires est en outre concernée par la réforme sur l'autorisation environnementale unique (Ord. n°2017-80 et décrets n°2017-81 et 82 du 26 janvier 2017, *JORF* du 27 janv.) 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).

¹⁰ 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.

¹¹ *Rapport du Groupe de travail « Améliorer la séquence Eviter - réduire - compenser »*, janv. 2015, 65 p. ; *Moderniser l'évaluation environnementale*, mars 2015, 96 p. Ces deux rapports respectivement dénommés « Rapport Dubois » et « Rapport Vernier » du nom du président de chacun des groupes de travail ont été rédigés dans le cadre des états généraux sur la modernisation du droit de l'environnement organisé par le ministère de l'écologie, du développement durable et de l'énergie sur la base de rencontres qui ont eu lieu fin 2014, début 2015.

¹² V. sur ce point les propositions dégagées par la Commission d'enquête sénatoriale (Longeot J.-F. – Dantec R., *Rapport n°517 fait au nom de la commission d'enquête du Sénat 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 1 Rapport, mai 2017, 226 p.).

¹³ Les EPCI comprennent les communautés de communes, les communautés urbaines, les communautés d'agglomération et les métropoles. Pour un souci de lisibilité, nous emploieront ci-après le terme de « communes » pour désigner les communes et les EPCI.

¹⁴ Suite à la réforme des régions qui a vu leur territoire considérablement augmenté, les régions ne sont pas considérées ici comme un échelon local de mise en œuvre de la compensation écologique. En outre, la reconnaissance de la région comme collectivité territoriale chef de file pour la préservation de la biodiversité justifie que ces développements spécifiques lui soient consacrés.

¹⁵ Cet article n'abordera pas ici les collectivités territoriales qui sont confrontées aux mesures compensatoires en tant qu'autorité compétente pour délivrer notamment des autorisations en matière d'urbanisme.

¹⁶ Propos de Mme Hermeline Malherbe, présidente de la commission environnement de l'Association des départements de France (ADF), recueillis dans le cadre de la commission d'enquête sénatoriale (Longeot J.-F. – Dantec R., *Rapport n°517 fait au nom de la commission d'enquête du Sénat 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 2 Auditions, mai 2017, p. 163).

En tant que maître d'ouvrage, la collectivité locale doit dans un premier temps identifier si son projet est soumis à étude d'impact (A) avant d'élaborer dans un second temps une obligation de compensation qui soit conforme aux nouveaux critères posés par la loi du 8 août 2016 (B).

A) Le triptyque ERC partiellement affecté par la réforme de l'étude d'impact

Le champ d'application de l'obligation de compensation écologique dépend en majeure partie du champ d'application de l'étude d'impact. Ainsi, la modification de ce dernier a eu pour conséquence directe d'amender celui de la compensation écologique (1). Au-delà, le contenu de la séquence ERC est conditionné par les étapes précédentes de l'étude d'impact. Aussi, de par la modification de ces rubriques, c'est la délimitation de l'ensemble des mesures visant à éviter, réduire et compenser les impacts sur l'environnement et la santé qui est indirectement altérée (2).

1) La modification du champ d'application de l'évaluation environnementale

Il est difficile pour un maître d'ouvrage, y compris pour les collectivités locales, d'y voir clair dans le champ d'application de l'évaluation environnementale tant les rubriques évoluent. Il s'agit ici non seulement de revenir sur la restriction du nombre de projets soumis à évaluation environnementale -et avec lui du nombre de projets soumis au triptyque ERC - (a), mais de s'intéresser également, en parallèle, au mouvement de globalisation opéré en la matière en ce qu'il majore le rôle de l'évaluation des plans et programmes portés par les collectivités (b).

a) La réduction des projets soumis à évaluation environnementale

Nombre de projets portés par les collectivités locales sont potentiellement soumis à une évaluation environnementale, que ce soit en matière d'infrastructure (route, voies rapides, tramway, pistes cyclables, voies vertes), de système de collecte et de traitement des eaux résiduaires, d'équipements sportifs et culturels, etc.

Selon l'article L. 122-1 II du Code de l'environnement, font l'objet d'une évaluation environnementale les projets qui, par leur nature, leur dimension ou leur localisation, sont susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine en fonction de critères et de seuils définis par voie réglementaire et, pour certains d'entre eux, après un examen au cas par cas effectué par l'autorité environnementale. La loi Grenelle 2 adoptée en 2010¹⁷ ainsi que l'ordonnance n°2016-1058 du 3 août 2016 opèrent une distinction entre les projets qui y sont soumis de façon systématique et ceux qui le sont après un examen au cas par cas. La création de cette catégorie « au cas par cas »¹⁸ résulte de la mise en conformité du droit français avec la directive 85/337 du 27 juin 1985 codifiée par la directive 2011/92/UE¹⁹. Dans ce cas, le maître d'ouvrage doit déposer un formulaire reprenant les caractéristiques de l'ensemble du projet, y compris ses incidences notables et la description, « le cas échéant, des mesures et les caractéristiques du projet destinées à éviter ou réduire les effets négatifs notables de son projet »²⁰. A compter de la réception du formulaire complet, l'autorité environnementale dispose

¹⁷ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (*JORF* du 13 juillet).

¹⁸ Dubreuil T., « Etudes d'impact, le « cas par cas » à l'épreuve du temps », *Dr. Env.* 2015, p. 34.

¹⁹ La France avait été condamnée par la CJCE dans la mesure où le droit français exemptait trop de projets au vu de considérations extérieures à l'environnement (coût financier notamment) sans que la procédure ne prévoit la prise en compte de la sensibilité particulière du milieu pour corriger les effets de seuil (CJCE, 7 nov. 2002, *Commission c/ France*, Rec. CJCE I-10249). Sur la non-conformité du droit français au droit de l'Union européenne concernant le champ d'application des évaluations environnementales des plans et des programmes, v. l'avis motivé de la Commission européenne de mars 2015 http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-15-4666_fr.htm.

²⁰ Art. R. 122-3 I C. env.

alors de 35 jours pour informer le maître d'ouvrage de la nécessité (ou non²¹) de réaliser une évaluation. Passé ce délai, le silence « vaut obligation de réaliser une évaluation environnementale »²².

Les effets conjugués de l'ordonnance du 3 août et du décret n°2016-1110 ont entraîné une réduction du nombre de projets pour lesquels l'évaluation environnementale est systématique, c'est-à-dire ceux qui présentent d'office des mesures d'évitement, de réduction et de compensation des impacts environnementaux et sanitaires²³. Par un effet de transfert, les projets pour lesquels elle était requise tombent dans la catégorie au cas par cas, ce qui signifie qu'ils ne donneront pas forcément lieu à une étude d'impact. Or, pour les projets dispensés d'étude d'impact, aucune mesure compensatoire ne pourra être exigée par l'autorité administrative.

L'abaissement du nombre de projets soumis à évaluation environnementale constitue un véritable recul²⁴. Le principal motif invoqué est celui de la nécessité de simplifier le portage de projets par les maîtres d'ouvrage et d'en raccourcir les délais. C'est ainsi considérer que l'étude d'impact se conçoit, indépendamment de ses finalités, avant tout comme une procédure qui ralentit le lancement du projet. Le glissement sémantique opéré entre « étude d'impact » et « évaluation environnementale » en atteste. Le terme d'étude d'impact désigne le document scientifique qui évalue « l'insertion du projet dans l'ensemble de son environnement en examinant les effets directs et indirects, immédiats et lointains, individuels et collectifs »²⁵. L'évaluation environnementale était jusqu'alors le pendant de l'étude d'impact pour les plans et les programmes. Seulement, depuis la réforme, la notion d'évaluation environnementale correspond désormais au « processus constitué de l'élaboration, par le maître d'ouvrage, d'un rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement, dénommé ci-après " étude d'impact ", de la réalisation des consultations prévues à la présente section, ainsi que de l'examen, par l'autorité compétente pour autoriser le projet, de l'ensemble des informations présentées dans l'étude d'impact et reçues dans le cadre des consultations effectuées et du maître d'ouvrage qui recouvre l'ensemble de la procédure conduisant à la prise de décision »²⁶. Le changement de définition et de terminologie tend à gommer le sens véritable et initial de l'étude d'impact. L'étude d'impact ne se résume pas à une obligation procédurale²⁷. Elle vise une meilleure prise en compte de l'environnement. Le processus ne s'arrête donc pas à la prise de décision administrative. Il englobe les mesures de suivi des impacts ainsi que les mesures correctives et concerne le projet tout au long de sa vie.

La réduction du nombre de projets qui y sont soumis constitue une atteinte aux principes de prévention, d'intégration et du pollueur payeur. Cette posture freine la diffusion de la culture environnementale dans l'ensemble des secteurs d'activités en vue d'une meilleure intégration en amont du projet. Dispenser des projets d'évaluation environnementale revient en outre à perdre la faculté d'identifier les milieux et les populations affectés et, avec elle, celle de prévenir les dommages soit en déplaçant le projet sur un site moins sensible, soit en choisissant des techniques moins néfastes, soit en renonçant au projet. L'étude d'impact n'a pas qu'une visée informative. Elle pousse l'ensemble des acteurs à prendre en considération les impacts et à trouver des solutions pour y remédier, notamment *via* la séquence éviter, réduire, compenser. Le

²¹ Si l'autorité environnementale ne prescrit pas d'évaluation, il revient à l'autorité compétente de vérifier au stade de l'instruction que le projet n'a pas évolué et répond aux mêmes caractéristiques que lors du dépôt du formulaire.

²² Art. R. 122-3 IV C. env.

²³ V. tableau annexé à l'article R. 122-2 C. env.

²⁴ Combe M., « Le régime juridique de l'obligation de compensation écologique », *Energie - Environnement - Infrastructures*, n°6, juin 2017, p. 11.

²⁵ Prieur M. et a., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 7e éd., 2016, p. 111.

²⁶ Art. L. 122-1 III C. env.

²⁷ V. la journée consacrée à « L'évaluation environnementale au-delà des procédures » organisé les 5 et 6 septembre 2016 organisée par AgroParisTech en partenariat avec le Secrétariat international francophone pour l'évaluation environnementale (SIFEE), la Société française pour le droit de l'environnement (SFDE) et le Cerema (<https://www.evaluationenvironnementale.fr/>).

coût de ces mesures est alors assumé par le porteur du projet conformément au principe pollueur payeur. Or, sans étude d'impact, et sans mesures de réduction et de compensation, les dommages causés à l'environnement comme à la santé sont supportés par la collectivité.

b) Vers une approche globalisée de l'évaluation environnementale

Parallèlement à la restriction du nombre de projets soumis à une évaluation environnementale systématique, la réforme conduit les collectivités locales en tant que maître d'ouvrage à adopter une approche globalisée de l'évaluation. Non seulement, le décret du 11 août 2016 allonge la liste des plans et programmes qui y sont désormais soumis, mais la conception même du « projet » des collectivités soumis à évaluation requiert une approche systémique.

Selon le décret n°2016-1110, 54 plans et programmes doivent faire l'objet d'une évaluation environnementale automatique (au lieu de 43 précédemment) et 12 pourront l'être suivant la procédure d'examen au cas par cas²⁸. Sont ainsi concernés le plan de déplacement urbain, le plan local d'urbanisme dont le territoire comprend en tout ou partie un site Natura 2000 ou celui couvrant le territoire d'au moins une commune littorale. Le décret institue en outre une « clause filet » permettant de soumettre à une évaluation environnementale d'autres plans et programmes qui, non indexés dans l'article, correspondraient aux critères de la directive n°2011/92 du 13 décembre 2011. Il y a là une différence majeure avec les projets soumis à évaluation environnementale, pour lesquels aucune clause de rattrapage n'est prévue en dehors de la procédure au cas par cas²⁹. Quoiqu'il en soit, l'extension du champ d'application des plans et programmes ne saurait contrebalancer la diminution de celui des projets. Même si la description du contenu est similaire dans ses grandes lignes, l'évaluation environnementale d'un plan ou programme est réalisée à une échelle plus globale et n'est pas nécessairement centrée sur un projet à mettre en œuvre³⁰. Elle ne devrait donc se substituer automatiquement à une étude d'impact d'un projet.

Toutefois, plusieurs formes d'articulation entre évaluations environnementales sont prévues : une procédure unique - commune ou coordonnée – des plans/programmes et des projets³¹, la procédure commune d'évaluations environnementales de plusieurs projets³² ainsi que la procédure commune d'évaluation environnementale d'un projet et de la modification d'un plan / programme ou de la mise en compatibilité d'un document d'urbanisme³³. Cette condensation des évaluations environnementales permet une vision plus générale des incidences environnementales, vision utile dans la détermination et la mise en œuvre des mesures ERC. Toutefois, même si là encore, l'objet de la réforme est de simplifier, la gestion de cette coordination par les collectivités locales va nécessiter une certaine dextérité. Elles devront se montrer vigilantes car la concentration appelle aussi une dilution des mesures et des responsabilités afférentes. Qui du maître d'ouvrage privé d'un projet de lotissement, ou de la collectivité qui a ouvert à l'urbanisation les parcelles nécessaires à sa construction dans son plan local d'urbanisme doit prendre en charge le coût et la réalisation des mesures ERC ? La réponse n'est pas si évidente dans la mesure où les deux évaluations environnementales, celle du projet et celle du document de planification, doivent prévoir des mesures de remédiation à leur impacts prévisibles.

²⁸ Art. R. 122-17 C. env.

²⁹ Cette différence de traitement plan / projet laisse d'ailleurs présager un contentieux devant la CJUE.

³⁰ Hercé S., « Les études d'impact revisitées par l'ordonnance du 3 août 2016 », *BDEI*, n°66, déc. 2016, p. 19.

³¹ Art. L.122-13 et R.122-26 C. env.

³² Art. R.122-27 C. env.

³³ Art. L.122-14 et R.122-28 C. env.

En sus de l'élargissement de la liste des plans et programmes, et de la coordination des évaluations environnementales entre elles, la recherche d'une vision plus globale se répercute sur la notion même de projet. La réforme effectuée en effet un changement de perspective passant d'une approche par procédure à une approche par projet. Elle s'inscrit en cela dans une réflexion plus large qui a concouru à la création de l'autorisation environnementale unique. Le principe d'indépendance des législations commande une instruction des projets législation par législation suivant des procédures parallèles ou consécutives mais différenciées et parfois redondantes. Afin de garantir une meilleure cohérence et une vision d'ensemble des effets du projet, suivant les préconisations du rapport Vernier³⁴, une seule évaluation environnementale doit être effectuée dès lors qu'un projet relevant de plusieurs rubriques du tableau répond aux conditions de l'une des rubriques applicables³⁵.

Cette approche systémique se retrouve d'ailleurs dans la définition du projet comme « la réalisation de travaux de construction, d'installations ou d'ouvrages, ou d'autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, y compris celles destinées à l'exploitation des ressources du sol »³⁶. Cette conception extensive de la notion de projet remplace la notion franco-française de « programme de travaux » qui permettait déjà de soumettre aux mêmes procédures un projet et ses éléments annexes à l'exemple d'un aéroport et sa desserte routière ou l'implantation d'un parc éolien offshore et son raccordement au réseau électrique à terre. La définition du projet se veut donc large en vue d'éviter le fractionnement dans le temps ou dans l'espace d'un ensemble de travaux constituant un seul et même projet. En pratique, la délimitation exacte du « projet » est loin d'être évidente surtout « en cas de multiplicité de maîtres d'ouvrage »³⁷ y compris publics et privés.

Autre manifestation de cette vision élargie de l'évaluation par projet, certains projets portés par une collectivité locale devront faire l'objet d'une étude préalable. Mise en place par la loi d'avenir pour l'agriculture d'octobre 2014³⁸, puis par le décret du 31 août 2016³⁹, l'étude préalable vise à étudier la situation et les effets d'un projet sur l'économie agricole d'un territoire et à y remédier⁴⁰. Sa création résulte du constat de la disparition des terres agricoles doublement touchées par la construction d'infrastructures linéaires. Les terres agricoles sont prélevées à la fois pour l'implantation de l'ouvrage et au titre des mesures compensatoires. Le champ d'application de l'étude préalable étant étroitement lié à celui de l'étude d'impact⁴¹, une mise en commun des deux évaluations est rendue possible dès lors que l'étude d'impact reprend les éléments de l'étude préalable⁴². Si une juxtaposition des deux documents doit avoir lieu, il reviendra à la collectivité locale, maître d'ouvrage, d'en conserver les caractéristiques distinctes afin d'éviter tout risque d'amalgame entre les deux études. La compensation collective agricole visant à consolider l'économie agricole ne doit pas être assimilée à la compensation écologique et inversement⁴³.

³⁴ Rapport Vernier, *Moderniser l'évaluation environnementale*, préc.

³⁵ Art. R. 122-2 IV C. env.

³⁶ Art. L. 122-1 I 1° C. env. La rédaction s'inspire directement de l'article 1^{er} de la directive 2011/92/UE modifiée par la directive 2014/52/UE du 16 avril 2014 (*JOUE* L 124, 25 avril 2014).

³⁷ Art. L. 122-1 III C. env.

³⁸ Loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (*JORF* du 14 oct.).

³⁹ Décret n° 2016-1190 du 31 août 2016 relatif à l'étude préalable et aux mesures de compensation prévues à l'article L. 112-1-3 du code rural et de la pêche maritime.

⁴⁰ Santoni L., « Étude de compensation agricole », *Construction - Urbanisme* n° 10, oct. 2016, comm. 132, p. 19 ; Hernandez-Zakine C. - Durand R., « Compensation collective agricole: un dispositif juridique inachevé », *rev. dr. rur.*, n° 450, fév. 2017, p. 19 ; Lucas M., « Les faux semblants de la compensation collective agricole. Une mise en perspective à la lumière de l'expérience de la compensation écologique », in M.-L. Demeester et V. Mercier (dir.), *Agriculture durable. Questions d'aujourd'hui et solutions de demain*, Tome II, à paraître en 2018.

⁴¹ Art. D. 112-1-18 I. C. rur.

⁴² Art. D. 112-1-20 C. rur.

⁴³ Santoni L., « Étude de compensation agricole », préc. ; Lucas M., « Les faux semblants de la compensation collective agricole », préc.

La réforme de 2016 a eu pour effet de modifier le champ d'application des projets comme des plans soumis à l'évaluation environnementale. En filigrane, cette question détermine le champ d'application tant matériel que géographique des mesures d'évitement, de réduction et de compensation des impacts causés à l'environnement et à la santé. Ultime étape du rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement, le contenu de cette séquence est par ailleurs conditionné par les rubriques qui la précèdent qui, elles aussi, ont fait l'objet de modifications. La conception des projets notamment portés par les collectivités locales devront donc en tenir compte.

2) La modification des rubriques de l'étude d'impact et ses incidences sur la séquence ERC

Depuis la création de l'étude d'impact, les rubriques qui la composent se sont largement étoffées. En l'occurrence, plusieurs modifications apportées par la réforme de 2016 sont susceptibles d'avoir des répercussions sur la détermination des mesures d'évitement, de réduction (a) et de compensation (b).

a) Des effets à venir sur les phases d'évitement et de réduction

La principale avancée en termes d'évitement consiste en l'obligation de décrire « des solutions de substitution raisonnables qui ont été examinées par le maître d'ouvrage (...), et une indication des principales raisons du choix effectué, notamment une comparaison des incidences sur l'environnement et la santé humaine »⁴⁴. Jusqu'alors une simple « esquisse des principales solutions de substitutions examinées » ainsi que l'exposé des raisons du choix était exigée. En exigeant une description ainsi qu'une comparaison, cette rubrique de l'étude d'impact appelle des développements plus poussés qui seront à même d'éclairer les tiers et l'administration sur le processus d'élaboration du projet soumis. Pour le maître d'ouvrage privé comme public, est en jeu ici l'acceptabilité du projet fondée sur la preuve d'un moindre impact environnemental. La description demandée ne s'apparente toutefois pas à une justification de l'opportunité du projet mais bien plutôt à une présentation des alternatives tant géographiques que techniques qui ont été envisagées. Or, le choix même de l'emplacement du projet s'inscrit déjà dans une démarche d'évitement, tout comme le choix des techniques utilisées, qui peut de surcroît constituer un effort de réduction des impacts. Les collectivités territoriales en tant que maître d'ouvrage devraient donc s'appliquer à présenter l'étude des variantes de leur projet afin de mieux valoriser ses phases qui demeurent trop souvent peu explicitées⁴⁵. Faute d'avoir été suffisamment renseignées, des personnes extérieures au projet peuvent en déduire - à tort - que ces phases n'ont pas eu lieu.

Dans la même optique d'évitement, l'étude d'impact doit désormais comprendre un scénario de référence qui correspond à la description des aspects pertinents de l'état actuel de l'environnement et de leur évolution en cas de mise en œuvre du projet ainsi qu'un aperçu de l'évolution probable de l'environnement en l'absence de mise en œuvre du projet⁴⁶. Cet ajout que l'on doit à la transposition de la directive 2014/52/UE répond à une demande des acteurs qui voulaient que l'option zéro, c'est-à-dire l'abandon du projet, soit comptabilisée comme l'un des

⁴⁴ Art. R. 122-5 II 7° C. env.

⁴⁵ Longeot J.-F. – Dantec R., Rapport n°517 *sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures (...)*, tome 1, préc., p. 69.

⁴⁶ Art. R. 122-5 II 3° C. env. Directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 modifiant la directive 2011/92/UE concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

scénarii possibles. La comparaison entre les évolutions du site avec ou sans projet sera sans doute délicate, surtout que le texte ne précise pas sur quelle période elle doit avoir lieu (2, 5, 10, 15 ans ?). Elle nécessite de savoir modéliser les processus écologiques à venir du site alors que les scientifiques demeurent incapables de déterminer aujourd'hui avec certitude les effets sur les milieux naturels du changement climatique ou des pollutions diffuses⁴⁷. En théorie, ces éléments pourraient contribuer à motiver le refus du projet par l'autorité compétente. En pratique, la réalisation de cette étude reste sous la responsabilité du maître d'ouvrage qui n'a pas intérêt à faire apparaître que le site sans le projet aurait évolué vers davantage de biodiversité. Ce serait souligner par comparaison les effets néfastes de son projet. L'effet préventif de cette disposition reste donc à prouver.

Par ailleurs, il est à noter que le décret du 11 août 2016 réserve une place particulière à la phase opérationnelle du projet⁴⁸. L'étude d'impact doit particulièrement détailler les phases de travaux de construction ou de démolition, les matériaux employés, les quantités de déchets générés, etc. Une meilleure description de ces étapes permettra de mieux en évaluer les effets néfastes et de déterminer par voie de conséquence les mesures d'évitement, de réduction et de compensation correspondantes. La liste des incidences notables ne se confond plus avec la description des « facteurs »⁴⁹ susceptibles d'être affectés. Dans la mesure où les mesures ERC visent les « effets négatifs notables du projet », elles devraient donc en théorie remédier aux six catégories d'incidences du projet⁵⁰. C'est dire l'ampleur de l'objet qu'elles recouvrent... De manière plus pragmatique, il est intéressant de relever que la prise en compte « de la disponibilité durable de ces ressources »⁵¹ pourra donner lieu à l'utilisation de matériaux recyclés en lien avec la loi du 17 août 2015 sur la transition énergétique dans le cadre d'une économie circulaire⁵². Elle devrait également conduire à mettre en valeur les constructions à énergie positive et à haute performance environnementale⁵³. L'exemple pourrait être donné par les bâtiments des collectivités locales qui donnent à voir des toitures ou des façades végétalisées⁵⁴. La réduction des impacts ainsi opérée permettraient de diminuer la pression sur les mesures compensatoires, qui ne concernent jusqu'à présent que les impacts causés à la biodiversité.

b) Des effets mitigés sur la compensation

La modification des rubriques de l'étude d'impact devrait avoir des effets plus bénins sur la détermination des mesures compensatoires des projets des collectivités locales.

⁴⁷ Afin de tenir compte de ces incertitudes, la projection du site dénué d'aménagement est présentée « dans la mesure où les changements naturels par rapport au scénario de référence peuvent être évalués moyennant un effort raisonnable sur la base des informations environnementales et des connaissances scientifiques disponibles » (Art. R. 122-5 II 3° C. env.).

⁴⁸ Hercé S., « Les études d'impact revisitées par l'ordonnance du 3 août 2016 », préc.

⁴⁹ Art. R. 122-5 II 4° C. env.

⁵⁰ L'étude des incidences notables du projet porte sur « l'utilisation des ressources (...); l'émission de polluants, du bruit, de la vibration, de la lumière, la chaleur et la radiation, de la création de nuisances et de l'élimination et la valorisation des déchets; les risques pour la santé humaine, pour le patrimoine culturel ou pour l'environnement; du cumul des incidences avec d'autres projets existants ou approuvés (...); les incidences du projet sur le climat et de la vulnérabilité du projet au changement climatique et enfin, les technologies et des substances utilisées » (art. R. 122-5 II 5° C. env.).

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² Hercé S., « Les études d'impact revisitées par l'ordonnance du 3 août 2016 », préc.

⁵³ Sur ce point, v. Arrêté du 10 avril 2017 relatif aux constructions à énergie positive et à haute performance environnementale sous maîtrise d'ouvrage de l'Etat, de ses établissements publics et des collectivités territoriales (*JORF* du 19 avril).

⁵⁴ Pour un développement sur le levier que constitue le droit de la construction au service de la compensation, v. Leray G., *L'immeuble et la protection de la nature*, préc., p. 519 et s.

Ainsi, l'ajout du scénario de référence et de l'option zéro évoqués précédemment amène à réfléchir sur le choix de l'état de référence de la compensation écologique. Est-ce celui de l'état du milieu au moment où il est détérioré ou bien l'état prévisible du milieu, à savoir ce qu'il aurait dû devenir en fonction d'une trajectoire modélisée ? L'état initial du site constitue un témoin idéal pour déterminer l'équivalence écologique des mesures compensatoires. Les données sont tangibles et vérifiables *a priori*. Prendre l'évolution probable du site comme état de référence serait d'emblée plus risqué dès lors que plusieurs scénarii sont envisageables ne serait-ce qu'au seul regard des effets du changement climatique. En revanche, la projection dans le futur du site non aménagé n'est pas étrangère à la perspective mouvante de tout écosystème⁵⁵. La restauration écologique réalisée à titre de compensation ne vise pas la reproduction à l'identique du site sur lequel le projet est réalisé. Loin d'un arrêt sur image, la restauration consiste à recréer les conditions permettant une meilleure fonctionnalité écologique du site. Les choix scientifiques, techniques, géographiques ou méthodologiques effectués en vue de la détermination des mesures compensatoires gagneraient à prendre en compte la dynamique des milieux, et plus encore les prévisions d'évolution autour du site de compensation, ce qui n'est actuellement pas obligatoire.

Par ailleurs, la rubrique qui s'intitulait « l'analyse de l'état initial de la zone et des milieux susceptibles d'être affectés par le projet », devient « une description des facteurs susceptibles d'être affectés par le projet » : « la santé humaine, la biodiversité, les terres, le sol, l'eau, l'air, le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel, y compris les aspects architecturaux et archéologiques, et le paysage »⁵⁶. Si la liste est longue, elle ne fait pas illusion. Un certain nombre de notions ont définitivement disparu avec la nouvelle rédaction. Exit les références aux équilibres biologiques, aux espaces naturels, agricoles, forestiers, maritimes ou de loisirs et aux continuités écologiques. Non seulement la biodiversité remplace désormais les habitats naturels, la faune et la flore, mais les acteurs devront accorder « une attention particulière aux espèces et aux habitats protégés au titre de la directive 92/43/ CEE du 21 mai 1992 et de la directive 2009/147/ CE du 30 novembre 2009 ». Cette mention est réellement préjudiciable. Elle focalise l'intérêt sur la biodiversité remarquable (et sur une partie seulement !) ce qui ne peut que conforter les maîtres d'ouvrage dans l'idée de concentrer leurs analyses et les mesures compensatoires sur cette faune et flore. Or, la doctrine, comme le ministère *via* ses lignes directrices⁵⁷ ou le récent rapport du Sénat s'évertuent à démontrer que l'étude d'impact concerne tout autant la nature dite ordinaire⁵⁸, laquelle est plus « facile » à compenser. Il aurait au contraire été bien plus opportun, pour contrebalancer cette dérive, de mentionner la nature ordinaire comme l'un des facteurs susceptibles d'être affectés.

Même si les mesures compensatoires concernent avant tout la biodiversité. Il est loisible de penser qu'elles pourront contribuer à lutter contre le changement climatique ou être utilisées pour réduire les risques d'accidents ou de catastrophes majeurs⁵⁹. Les collectivités territoriales pourraient dans cet ordre d'idées prévoir par exemple la mise en place de haies en préconisant des espèces endémiques moins inflammables propres à ralentir la dispersion des incendies, dont le risque s'accroît du fait du réchauffement climatique.

⁵⁵ Lebreton Ph., « Le mouvement dans les écosystèmes », *RJE* 3/2016, p. 493.

⁵⁶ Art. R. 122-5 II 4° C. env.

⁵⁷ CGDD, *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc.

⁵⁸ Longeot J.-F. – Dantec R., *Rapport n°517 sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures (...)*, tome 1, préc., p. 113.

⁵⁹ L'étude d'impact comporte désormais « une description des incidences négatives notables attendues du projet sur l'environnement qui résultent de la vulnérabilité du projet à des risques d'accidents ou de catastrophes majeurs en rapport avec le projet concerné. Cette description comprend le cas échéant les mesures envisagées pour éviter ou réduire les incidences négatives notables de ces événements sur l'environnement et le détail de la préparation et de la réponse envisagée à ces situations d'urgence (art. R. 122-5 II 6° C. env.).

A l'heure actuelle, il est difficile d'estimer les impacts exacts de la réforme de l'étude d'impact de 2016 sur la séquence ERC. Néanmoins, la modification du cadre de l'étude d'impact, que ce soit son champ d'application ou son contenu a des répercussions sur la façon d'élaborer les mesures d'évitement, de réduction et de compensation. Les collectivités locales devront à ce titre se montrer vigilantes aux évolutions à l'œuvre. On regrettera la diminution du champ d'application de l'évaluation environnementale pour les projets, la focalisation sur la nature protégée, tout comme on se réjouira d'une recherche de vision systémique du projet et l'appel à la valorisation des mesures d'évitement et de réduction via d'autres rubriques de l'étude d'impact. Seulement au vu des effets modérés de la réforme sur le triptyque ERC, il était opportun que la loi biodiversité revienne particulièrement sur le sujet à titre principal.

B) Une compensation directement remaniée par la loi biodiversité

La loi dite de reconquête de la biodiversité marque un nouveau tournant dans la définition et la mise en œuvre du triptyque ERC et plus particulièrement de la compensation écologique. Les maîtres d'ouvrage au premier rang desquels se situent les collectivités territoriales ne doivent toutefois pas se méprendre sur le sens des dispositions. Ils devront dépasser les apparences du texte : l'importance donnée à ce dispositif ne doit pas porter préjudice à la hiérarchie de la séquence ERC (1). En outre, la loi s'intéresse de plus près à la mise en œuvre des mesures compensatoires dont les porteurs de projet continuent d'assumer l'entière responsabilité (2).

1) Une focalisation sur la compensation écologique préjudiciable

Les dispositions relatives à la compensation de la loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et du paysage reposent sur une certaine ambiguïté. D'un côté, la loi inscrit l'ensemble du triptyque éviter, réduire, compenser comme une application du principe d'action préventive et de correction⁶⁰. Sous couvert de garder l'unité du triptyque, elle méconnaît de cette manière la finalité curative de la compensation, qui imposerait de la détacher du principe de prévention⁶¹. De l'autre côté, elle n'hésite pas à morceler la séquence en consacrant l'ensemble de ses développements à la compensation écologique sans qu'aucun article ne soit dédié aux mesures d'évitement et de réduction.

Objectivement bien sûr, la loi ne remet à aucun moment en cause la hiérarchie de la séquence ERC. L'article L. 110-1 II 2° du Code de l'environnement énonce que le principe de prévention implique en premier lieu d'éviter les atteintes à la biodiversité, puis « à défaut » d'en réduire la portée et « enfin, en dernier lieu de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites (...) ». L'article L. 163-1 du même code consacré aux mesures de compensation rajoute qu'elles « ne peuvent pas se substituer aux mesures d'évitement et de réduction ». Ce faisant, la loi explicite une gradation qui était déjà présente dans la loi relative à la protection de la nature de 1976. Il n'a d'ailleurs jamais été question juridiquement de mettre les trois catégories de mesures sur le même plan. En revanche, les témoignages de praticiens font état de multiples dossiers privilégiant les mesures compensatoires au détriment des mesures d'évitement et de réduction. Or, la centralisation de la loi sur la seule définition et mise en œuvre de la compensation donne clairement à penser de la prévalence de cette dernière, indépendamment de ce qui précède. C'est pourquoi, en vue de redonner corps à la séquence, le rapport du Sénat préconise d'introduire

⁶⁰ Art. L. 110-1 II 2° C. env.

⁶¹ Doussan I., « Pour une "vision renouvelée" de la biodiversité », *Dr. Env.*, n°226, sept. 2014, p. 294 ; Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 66 ; Martin G.-J., « La compensation écologique: de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », préc.

dans le Code de l'environnement une définition des mesures d'évitement et de réduction⁶². Cette proposition se justifie d'autant plus que des confusions subsistent entre elles. Elle pourrait également clarifier le lien de ces rubriques avec d'autres comme l'étude des solutions de substitution raisonnables.

En attendant, le parti pris par le législateur a été de consolider l'obligation de compensation. La loi de 2016 parachève le renforcement de cette obligation commencé par la loi Grenelle 2 et le décret du 29 décembre 2011. L'effet secondaire de ce renforcement pourrait d'ailleurs bien être un report sur les mesures d'évitement et de réduction tant répondre à l'ensemble des items posés en matière de compensation semble difficile. Ainsi, les mesures compensatoires sont-elles déterminées « dans le respect de leur équivalence écologique »⁶³. « Effectives pendant toute la durée des atteintes », elles « visent un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité »⁶⁴ et devront être « mises en œuvre en priorité sur le site endommagé ou, en tout état de cause, à proximité de celui-ci afin de garantir ses fonctionnalités de manière pérenne »⁶⁵. La loi impose et généralise des critères tant géographique (proximité du site de compensation avec celui de l'impact), qu'écologique (équivalence écologique et but de *no net loss*) ou temporelle (corrélation de la durée de l'atteinte à la durée du dommage causé). La reconnaissance tant attendue⁶⁶ de ces critères constitue à n'en pas douter une grande avancée, en dépit de l'absence remarquée de celui sur l'additionnalité écologique⁶⁷. Les agents administratifs disposent ainsi d'un fondement juridique commun pour exiger des mesures de compensation susceptibles de réparer le dommage causé par le projet ou le plan concerné. Pour le reste, la détermination concrète de chacun de ces critères pourra donner lieu à de longues négociations tant les notions d'équivalence, de proximité et de pérennité⁶⁸ peuvent être subjectives en fonction du cas étudié⁶⁹. Le juge, jusqu'ici peu prolixe sur ces sujets, devra sans doute de plus en plus se prononcer dessus afin de juger de l'adéquation des mesures compensatoires proposées et prescrites.

Quant à la nature de l'obligation de compensation, le législateur n'a pas hésité à la qualifier d'obligation de résultat. L'idée étant d'assurer à tout prix la réalité de leur mise en œuvre, de nombreux acteurs de terrain y voient (enfin !) une garantie de leur réalisation. Cet enthousiasme est toutefois galvaudé⁷⁰ si l'on considère la portée juridique de cette obligation. Quitte à qualifier l'obligation de compensation, il eût été préférable de retenir l'obligation de moyens, tout aussi redoutable et plus appropriée au regard des incertitudes scientifiques qui entourent le procédé⁷¹.

⁶² Longeot J.-F. – Dantec R., Rapport n°517 *sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures (...)*, tome 1, préc., p. 70. Pour sa part, le Professeur Martin propose de « déconnecter la phase « compensation » des deux premiers éléments de la séquence et de prévoir que l'utilité publique d'un projet ou d'une activité et la décision administrative de l'autoriser ou non devait s'apprécier au regard de ses avantages et des inconvénients résiduels, après que le pétitionnaire ait proposé les mesures d'évitement et de réduction » (« La compensation écologique: de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », préc., p. 607).

⁶³ Art. L. 163-1 I C. env.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Art. L. 163-1 II C. env.

⁶⁶ Camproux-Duffrène M.-P., « Les unités de biodiversité, questions de principe et problèmes de mise en œuvre », *RJE* NS/2008, p. 87 ; Born C.-H., Dupont V., Poncelet C., « La compensation des dommages causés à la biodiversité dans le cadre d'activités autorisées : un mal nécessaire », *Amén.-Em.*, NS 2012. p. 12 ; Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 345 et s.

⁶⁷ Dupont V., Lucas M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc., p. 152.

⁶⁸ Sur les avantages des collectivités locales en termes de pérennisation des mesures compensatoires par rapport à des maîtres d'ouvrage privés, v. infra II B).

⁶⁹ Dupont V., Lucas M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc.

⁷⁰ Martin G.-J., « La compensation écologique: de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », *RJE*, 2016/4, p. 606, spéc. p. 609 : « on observera tout d'abord que l'importation de cette notion depuis le droit des contrats est surprenante et n'a guère de sens ».

⁷¹ Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 425.

L'obligation de résultat conduirait à retenir la responsabilité de la collectivité maître d'ouvrage, sans faute de sa part, dès lors que sa compensation n'est pas un succès et ne correspond pas aux bénéfices attendus. Toute la nuance sera donc dans la manière de rédiger l'obligation en des termes qui soient effectivement vérifiables. Au demeurant, il n'est pas certain que cette qualification ait été indispensable dans la mesure où la loi s'emploie à présenter comment l'obligation de compensation peut être mise en œuvre. L'efficacité et l'effectivité des mesures compensatoires sont loin de reposer à titre exclusif sur l'obligation de résultat.

2) Une attention nouvelle portée à la mise en œuvre effective de la compensation écologique

Les collectivités locales en tant que maître d'ouvrage sont garantes de la mise en œuvre effective des mesures compensatoires. La loi expose différents modèles contractuels à leur disposition (a) tout en prévoyant de les soumettre au contrôle des autorités (b).

a) La liberté contractuelle du maître d'ouvrage dans la mise en œuvre de la compensation écologique

Jusqu'à présent, le législateur ne s'intéressait pas à la question des modalités juridiques de mise en œuvre de l'obligation de compensation. L'ensemble des régimes juridiques de compensation applicable et ce, toutes législations confondues, traitait de la procédure d'élaboration et des obligations pesant sur l'autorité administrative décisionnaire (reprise dans l'arrêté, moyens de contrôle, sanctions administratives). Comme l'ensemble des maîtres d'ouvrage, la collectivité locale était donc livrée à elle-même une fois son autorisation en main pour réaliser ses mesures compensatoires. Le contrat est très vite devenu incontournable dans la mesure où quasiment aucune d'entre elles n'entreprend directement les travaux de restauration de milieux naturels. Elle se tourne donc vers des tiers spécialisés.

La loi du 8 août 2016 reconnaît cette place centrale du contrat dans la réalisation des mesures compensatoires⁷². En dehors du cas très circonstancié où le porteur du projet réalise lui-même la compensation, l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement prévoit la possibilité de conclure un contrat avec un opérateur de compensation ou/et celle d'acquérir des unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation (ce qui revient à la conclusion d'un contrat de vente). La loi revient spécifiquement sur l'hypothèse dans laquelle les mesures sont réalisées sur le terrain d'un tiers au maître d'ouvrage et à l'opérateur de compensation. Le contrat qui spécifie « la nature des mesures de compensation et leurs modalités de mise en œuvre, ainsi que leur durée »⁷³ doit être conclu avec le propriétaire ainsi que le cas échéant, le locataire ou l'exploitant du terrain. Enfin, la loi promeut l'obligation réelle environnementale (ORE) qu'elle institue comme instrument au service de la compensation écologique⁷⁴. Ce dispositif original permet à des propriétaires de biens immobiliers de conclure un contrat avec plusieurs acteurs identifiés « 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

⁷² Hautereau-Boutonnet M., « 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 ; Lucas M., « Le contrat au service de la compensation écologique », *Energie, environnement, infrastructures*, n°6, juin 2017, p. 31.

⁷³ Art. L. 163-2 C. env.

⁷⁴ Art. L. 132-3 al. 2 C. env. Pour une vue d'ensemble des ORE, v. Martin G.-J., « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », *Dr. Env.*, n°249, oct. 2016, p. 338.

fonctions écologiques »⁷⁵. Qualifiée « d'outil d'affermissement de la compensation »⁷⁶, utilisée aux États-Unis sous le nom de *conservation easement* à des fins de compensation⁷⁷, l'ORE est intéressante à plus d'un titre pour une collectivité dont les mesures compensatoires sont réalisées sur le terrain d'une personne privée. Elle permet d'une part d'imposer des obligations de faire (et non plus exclusivement des obligations de ne pas faire) propres à assurer la gestion écologique du site. D'autre part, elle est susceptible de garantir la longévité des mesures dès lors que les obligations sont attachées au fond. Elles survivent donc au changement de propriétaire du site. La rédaction actuelle du dispositif laisse une grande flexibilité aux acteurs tant dans le degré écologique des obligations que dans la durée de l'ORE. A ce titre, aucune durée minimale n'a été fixée et le contrat peut prévoir des possibilités de révision et de résiliation⁷⁸. Ainsi, l'efficacité du mécanisme dépendra de son appropriation par les parties et de leur faculté à faire coïncider les clauses du contrat établissant l'ORE avec les prescriptions de l'autorisation.

Il revient donc à la collectivité maître d'ouvrage de piocher parmi ses contrats, celui ou ceux qui correspondent le mieux à son cas de figure, en l'occurrence celui d'une personne publique. La liste n'est d'ailleurs pas exhaustive et d'autres montages juridiques contractuels pourraient être envisagés. Rien n'interdit non plus d'articuler plusieurs mécanismes différents dans le temps ou dans l'espace⁷⁹. Une collectivité pourra avoir recours à un opérateur de compensation pour les dix premières années, puis décider de recourir à une ORE. Une autre pourra avoir recours à un site naturel de compensation pour compenser une partie de ses impacts (recréation d'une zone humide) et passer un contrat avec un conservatoire d'espace naturel pour couvrir le reste de son obligation. Quant à la nature privée ou administrative du contrat⁸⁰, en l'absence de précision du législateur, la question sera tranchée au cas par cas au regard des parties en présence, de l'objectif poursuivi et de la nature des clauses.

Ce centrage de la loi sur le contrat ne doit pas en faire oublier la fragilité pour appréhender le long terme⁸¹. La dimension temporelle constitue le point faible de l'ensemble du dispositif contractuel. A ce titre, les collectivités locales ont un avantage certain par rapport aux maîtres d'ouvrage privés. Elles pourront, le cas échéant et sous réserve de respecter le droit applicable, avoir recours à leur compétence en matière d'urbanisme pour pérenniser davantage leurs mesures compensatoires. On pense notamment à la mise en place de périmètre de protection et de mise en valeur des espaces agricoles et naturels périurbains (PAEN) ou au classement en zone naturelle dans un plan local d'urbanisme (PLU)⁸².

⁷⁵ Martin G.-J., « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », *RJE* NS/2008, p. 123 ; Martin G.-J., « La servitude contractuelle environnementale: l'histoire d'une résistance », in Vanuxem S. - Guibet Lafaye C. (dir.), *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015, p. 92 ; Dross W., « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *Energie - Environnement - Infrastructures*, n°6, juin 2017, p. 45.

⁷⁶ Leray G., *L'immeuble et la protection de la nature*, thèse de droit privé, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, déc. 2016, p. 496.

⁷⁷ Boutonnet M. - Mekki M., « Environnement et *conservation easements*. Pour une transposition en droit français ? », *JCP G*, n°39, 24 sept. 2012, p. 1736.

⁷⁸ Art. L. 132-3 al. 3 C. env.

⁷⁹ Lucas M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc.

⁸⁰ Sur un appel à qualifier de contrat administratif les contrats de compensation, voir Van Lang A., « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI*, 2016, p. 586.

⁸¹ Leray G., *L'immeuble et la protection de la nature*, préc., p. 481. « On peine à croire (...) qu'un simple engagement contractuel, même émanant d'acteurs au sérieux incontestable, puisse être regardé comme pleinement satisfaisant lorsque sont en jeu des équilibres dont le propre est de s'inscrire dans une durée qui n'est pas celle de l'homme » (F.G. Trébulle, « Les titres environnementaux », *RJE*, 2011/2, p. 203) ; Lucas M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc.

⁸² Born C.-H., Dupont V., Poncelet C., « La compensation des dommages causés à la biodiversité dans le cadre d'activités autorisées : un mal nécessaire », préc., p. 32.

b) Un maître d'ouvrage sous contrôle

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 administrative⁸³. Tenue par une obligation de résultat, la collectivité locale débitrice de l'obligation de compensation ne doit pas seulement en entamer la réalisation mais elle doit également veiller à ce qu'elles atteignent le résultat escompté. A cette fin, la loi biodiversité a mis en place plusieurs mécanismes en vue de garantir l'effectivité et l'efficacité des mesures compensatoires.

Premièrement, la loi permet à l'autorité administrative de soumettre le maître d'ouvrage à une obligation de constituer des garanties financières « destinées à assurer la réalisation des mesures de compensation »⁸⁴. Il s'agit par-là de prévenir les éventuelles défaillances financières qui conduisent à réaliser le projet sans les mesures compensatoires faute d'avoir budgétisé des sommes suffisantes à cet effet⁸⁵. Ce dispositif semble toutefois plus approprié vis-à-vis des maîtres d'ouvrages privés susceptibles de disparaître suite à une liquidation judiciaire qu'à une collectivité territoriale.

Deuxièmement, lorsque les mesures de compensation ne sont pas réalisées conformément aux prescriptions administratives, l'autorité administrative compétente met en demeure le maître d'ouvrage d'y satisfaire dans un délai qu'elle détermine⁸⁶. Si à l'issue de ce délai, il 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 »⁸⁷ soit *via* un opérateur de compensation, soit *via* l'acquisition d'unités de compensation. La possibilité de faire réaliser les travaux de compensation aux frais du porteur du projet préexistait déjà parmi les sanctions administratives encourues depuis la loi Grenelle 2⁸⁸. Cependant, elle n'était jamais pratiquée. L'utilisation du présent indicatif induit le passage d'un pouvoir discrétionnaire à une situation de compétence liée de l'autorité administrative. Celle-ci devra à la fois mettre en demeure le débiteur de l'obligation et y faire procéder d'office en cas d'inexécution. Le législateur s'assure de la sorte de l'application effective des sanctions par les services administratifs dont la responsabilité pourra être facilement engagée pour faute en cas de manquement à ces obligations. Troisièmement, « lorsqu'elle constate que les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité sont inopérantes pour respecter l'équivalence écologique selon les termes et modalités qui ont été fixés par voie réglementaire, l'autorité administrative compétente ordonne des prescriptions complémentaires »⁸⁹. L'obligation de compensation de la collectivité maître d'ouvrage peut donc être modifiée en cours de projet pour tenir compte de son incapacité à compenser les impacts causés. La prescription de mesures correctives ne doit cependant pas être vue comme une source d'insécurité juridique pour le maître d'ouvrage. Il s'agit d'un moyen de remédier à l'inefficacité avérée des mesures compensatoires et ne peut que faciliter la satisfaction de son obligation de résultat. L'adaptation des mesures peut être rendue nécessaire en raison d'incidents majeurs, de modifications de l'environnement du site ou d'effets du changement climatique. Là encore, le pouvoir d'appréciation de l'autorité administrative est réduit et tient dans l'appréciation du caractère « inopérant » des mesures. Alors que la prescription d'arrêtés complémentaires était jusqu'à présent réservée à certains domaines, il est heureux qu'elle soit généralisée⁹⁰. Il est en revanche dommage que la loi n'en profite pas pour encadrer davantage

⁸³ Art. L. 163-1 II al. 2 C. env.

⁸⁴ Art. L. 163-4 al 4 et 5 C. env. Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, op. cit., p. 449.

⁸⁵ Sur les stratégies possibles en matière de gestion des coûts de compensation, v. Dupont V., Lucas M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc., p. 162 et s.

⁸⁶ Art. L. 163-4 al. 1 C. env.

⁸⁷ Art. L. 163-4 al. 2 C. env.

⁸⁸ Loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement (*JORF* du 13 juillet 2010)

⁸⁹ Art. L. 163-4 al. 3 C. env.

⁹⁰ Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 276.

l'obligation de suivi qui pèse sur le maître d'ouvrage tant elle préfigure la détermination de mesures correctives.

Suivant les effets conjugués de la réforme sur l'étude d'impact et de la loi biodiversité, il ressort que la conception des mesures compensatoires résulte d'un ensemble de logique intégratrice : articulation plan / projet, conception systémique du projet, valorisation des mesures d'évitement et de réduction. Les collectivités locales doivent prendre conscience que les choix auxquels elles vont procéder en tant que maître d'ouvrage en amont en termes de localisation, de dimensionnement du projet, des travaux effectués, conditionnent la définition de leur mesures compensatoires (leur nature, emprise, durée, etc.). Elles sont et demeurent seules responsables aux yeux des autorités de la mise en œuvre de leur obligation de compensation. Leur connaissance du contexte et des obligations les placent en outre dans une position privilégiée pour accompagner des maîtres d'ouvrages privés confrontés aux enjeux et les difficultés comparables.

II) La collectivité locale au service d'un tiers débiteur de l'obligation de compensation

La mise en œuvre de la compensation écologique repose sur un partenariat avec de nombreux acteurs. Parmi eux, les collectivités territoriales jouent un rôle déterminant. Partie extérieure au projet, elles viennent en appui au montage du projet (A). Depuis la loi biodiversité, elles peuvent de surcroit devenir une partie prenante dans la mise en œuvre et la coordination des mesures compensatoires (B).

A) L'appui au montage du projet : un accompagnement externalisé

Les collectivités locales s'intéressent naturellement aux projets ayant lieu sur leur territoire ou à proximité au vu des potentielles retombées économiques, sociales, environnementales. C'est pourquoi, elles sont désormais consultées de façon à donner un éclairage sur le contexte territorial du projet (1). En marge de cet avis, elles œuvrent bien souvent aux côtés du maître d'ouvrage pour l'accompagner à accéder à la maîtrise foncière de son site de compensation (2).

1) Un éclairage sur le contexte territorial du projet

Depuis l'ordonnance du 3 août 2016, les collectivités territoriales et à leurs groupements sont saisis pour avis dès lors qu'un projet est soumis à évaluation environnementale⁹¹. Les collectivités et les groupements visés sont ceux dits « intéressés par le projet »⁹². Pour les communes sur lesquelles le projet souhaite s'implanter, ou bien celles situées dans le périmètre d'implantation du plan ou programme, l'intérêt sera vite identifié⁹³. L'enjeu de la réforme tend plutôt à inclure dans le processus décisionnel d'autres collectivités territoriales plus éloignées mais qui pourraient avoir un intérêt à suivre le projet. Il pourrait s'agir de collectivités limitrophes, de communes situées en aval d'un bassin hydrographique dont la ressource hydrique risque d'être réduite par un projet

⁹¹ Art. L. 122-1 V C. env.

⁹² *Ibidem*.

⁹³ Elles étaient d'ailleurs déjà consultées. Depuis l'entrée en vigueur du décret n°2017-626 du 25 avril 2017, ces communes font de surcroit l'objet d'une information. « Un exemplaire du dossier soumis à enquête est adressé sous format numérique pour information, dès l'ouverture de l'enquête, au maire de chaque commune sur le territoire de laquelle le projet est situé et dont la mairie n'a pas été désignée comme lieu d'enquête » (art. R123-12 C. env.).

d'aménagement, de collectivités situées à proximité et menant des actions de protection de la nature, de la qualité de l'air, des eaux ou encore de communes qui, bien qu'éloignées du site de l'aménagement, accueilleraient les mesures compensatoires envisagées, etc. Seraient donc susceptibles d'être concernées les intercommunalités, les syndicats mixtes, voire les départements et les régions. L'article ne précise pas en revanche, qui détermine les collectivités et leurs groupements intéressés. Devront-elles se manifester auprès de l'autorité compétente ou bien seront-elles désignées par celle-ci ? Si l'une d'entre elles était exclue du processus, pourrait-elle saisir le juge ?

Même en l'absence d'indications expresses, il est évident qu'elles sont consultées au stade de l'instruction des demandes des projets, au même titre que l'autorité environnementale d'ailleurs. Leur avis intervient donc en amont de la décision d'octroi ou de refus d'autorisation. Selon le moment où l'avis intervient, leurs recommandations pourraient être prises en compte par le maître d'ouvrage dans la conception de son projet, ou relayées par d'autres acteurs (public ou commissaire enquêteur) au moment de l'enquête publique. En ce sens, la publicité de leur avis est garantie par deux biais. Dès leur adoption, les avis sont mis en ligne sur le site internet de l'autorité compétente ou à défaut sur celui de la préfecture du département. Puis, ils figurent dans le dossier d'enquête publique lorsqu'elle a lieu⁹⁴. L'ensemble du dispositif d'information assure ainsi une relative transparence des avis à l'ensemble des acteurs. *In fine*, l'autorité compétente doit prendre sa décision d'octroi ou de refus de l'autorisation sollicitée en considération de l'étude d'impact et des avis obligatoirement recueillis⁹⁵. Au regard de la relative - pour ne pas dire inexistante - portée de cette obligation de « prise en considération », l'intégration des avis des collectivités préalablement consultées est loin d'être assurée.

L'intérêt de cette consultation est pourtant manifeste. Pour les collectivités, ce dispositif leur permet une portée à connaissance des projets en amont de l'enquête publique. Elles « pourront mieux se positionner sur les orientations du projet en faisant valoir leurs propres exigences environnementales désormais largement contenues dans les SCOT et les PLU issus des lois Grenelle et ALUR »⁹⁶. Elles pourront en outre présenter les perspectives d'évolution dont elles ont connaissance, notamment aux alentours du projet ou du site de compensation. Elles seront susceptibles d'alerter les acteurs sur les effets néfastes qui auraient été insuffisamment pris en compte (notamment les impacts cumulés difficiles à identifier) comme sur les potentialités d'actions territoriales en matière de restauration de milieux par exemple. Celles qui ont entrepris de mettre en œuvre la trame verte et bleue pourraient demander des mesures de compensation spécifiques en cas d'impact ou bien proposer une mutualisation avec le maillage existant ou en construction⁹⁷. La connexion d'une compensation à un réseau écologique augmente la faculté de préserver à long terme la connectivité des milieux et le déplacement des espèces. Certaines collectivités locales sont ainsi en situation d'apporter un précieux éclairage sur les dynamiques du territoire à court et moyen termes⁹⁸.

En dehors de ce procédé de consultation, les collectivités sont sollicitées plus directement par les maîtres d'ouvrages désireux de trouver des terrains où implanter leurs mesures compensatoires.

⁹⁴ Art. R. 123-8 4° C. env. Il est à noter qu'en cas d'enquête complémentaire portant sur les avantages et inconvénients des modifications pour le projet et pour l'environnement, les avis des collectivités territoriales et de leurs groupements figure également au dossier (article R. 123-23 C. env.). Est-ce à dire qu'ils ont été consultés une seconde fois après avoir pris connaissance des modifications substantielles apportées au projet, plan ou programme et par voie de conséquence des modifications de l'évaluation environnementale ?

⁹⁵ Art. L. 122-1-1 I C. env.

⁹⁶ Hercé S., « Les études d'impact revisitées par l'ordonnance du 3 août 2016 », *préc.*

⁹⁷ Une telle mutualisation reste toutefois à étudier de façon plus approfondie. Elle ne devrait notamment pas contrevenir au caractère d'additionnalité écologique des mesures compensatoires. V. Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, *préc.*, p. 467.

⁹⁸ Il n'est pas interdit de penser que d'autres ne souhaiteront pas donner leur avis, ou n'ont pas les moyens techniques, humains et financiers pour étudier l'ensemble du dossier présenté.

2) L'aide à la constitution d'un support foncier pour la compensation

La recherche de foncier où réaliser les mesures compensatoires constitue une gageure pour tout maître d'ouvrage. La sélection du terrain repose sur le croisement de critères écologiques, géographiques et juridiques. Le maître d'ouvrage doit s'assurer de la maîtrise foncière du site, ce qui revient à trouver un (ou plusieurs) terrain(s) qu'il puisse acquérir ou louer. La (ou les) parcelle(s) identifiée(s) doit toutefois être située(s) à proximité du projet et de surcroît satisfaire le critère d'équivalence écologique. Les mesures de compensatoires réalisées doivent apporter une plus-value démontrée par rapport à l'état initial du site de compensation de façon à atteindre l'objectif d'absence de perte nette de biodiversité. C'est dire la complexité des recherches, surtout si l'on ajoute la dimension temporelle, puisque les impacts à long terme ou définitifs appellent une compensation de même durée.

Cette recherche de site(s) de compensation peut parfois prendre des années dans certains départements. Les collectivités locales sont sollicitées comme d'autres acteurs pour accompagner les maîtres d'ouvrage dans leur recherche. Pour certaines d'entre elles, la réalisation de mesures compensatoires dans leur périmètre est perçue comme une opportunité. Pour les villes qui comportent des friches urbaines ou périurbaines insusceptibles d'accueillir de nouveaux projets, la compensation permettrait sous certaines conditions une réappropriation de ces sites. Les communes dont la richesse du patrimoine écologique protégé diminue les possibilités d'implantation de nouveaux projets économiques voient dans la compensation une chance de consolider la vocation écologique de leur territoire en l'échange d'une rémunération. D'autres veilleront à utiliser ce levier pour amorcer ou affermir la mise en œuvre de la trame verte et bleue sur leur territoire⁹⁹. Dès lors que la compensation écologique mettra en valeur les fonctions écologiques et les services écosystémiques qu'elle restaure¹⁰⁰, l'attrait pour ce dispositif pourrait s'en trouver augmenté¹⁰¹.

Un certain nombre de collectivités locales peuvent donc avoir un réel intérêt à l'implantation de compensations écologiques sur leur espace. Afin d'y parvenir, elles peuvent jouer un rôle d'intermédiaire entre les maîtres d'ouvrage et les propriétaires des terrains identifiés. De façon plus directe, une partie de leur domaine privé peut également être donné à bail au maître d'ouvrage. Le domaine privé des collectivités a d'ailleurs été identifié comme un support potentiel des mesures compensatoires de premier plan par le législateur. Afin de faciliter la localisation des parcelles, il a en effet chargé l'agence française pour la biodiversité (AFB) de réaliser « 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 »¹⁰². Le recensement opéré devrait permettre d'avoir une meilleure vision des sites pouvant accueillir des mesures compensatoires. La démarche ne manque pas d'intérêt en ce qu'elle permet une

⁹⁹ C'est d'ailleurs l'une des propositions du rapport de la commission d'enquête sénatoriale (« Localiser en priorité des mesures compensatoires sur des territoires cohérents avec la trame verte et bleue », Longeot J.-F. – Dantec R., Rapport n°517 *sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures* (...), tome 1, préc., p. 125).

¹⁰⁰ A l'heure actuelle, les mesures compensatoires n'ont pas pour objet de compenser les atteintes causées aux services fournis par la biodiversité. Ces dernières doivent en revanche être évitées et réduites (art. L. 110-1 II 2° C. env.), ce qui suppose de les avoir identifiées au préalable.

¹⁰¹ Fèvre M., « Services écologiques et compensation environnementale : perspectives et limites d'une nouvelle synergie dans le champ du droit », *Amén.*, NS 2012/3, p. 71 ; Lucas M., « La compensation écologique des zones humides en France : vers une intégration des services écosystémiques ? », *Dr. env.*, n°219, janvier 2014, p. 19. Sur une approche plus approfondie, v. Fèvre M., *Les services écologiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, thèse de droit privé, Université de Nice Sophia Antipolis, sept. 2016, 710 p.

¹⁰² Art. 70 la loi n° 2016-1087, préc.

valorisation du patrimoine privé des personnes publiques. Toutefois techniquement, l'étude de la compatibilité des terrains avec la compensation – notamment l'évaluation « du fort potentiel de gain écologique » - ne semble pas *a priori* si évidente tant les caractéristiques écologiques des mesures compensatoires sont variables d'un projet à l'autre. En outre, le recensement ne présume pas l'accord des personnes publiques à louer ou vendre leur propriété privée. Dans un contexte de densification de l'espace, les communes anticipent des aménagements à venir et pratiquent par voie de conséquence une politique de rétention afin de ne pas être bloquées à l'avenir par un manque de foncier.

Ainsi, on attend des collectivités locales qu'elles accompagnent le maître d'ouvrage. Cet accompagnement prend depuis peu la forme d'un avis sur l'ensemble de son projet dans le cadre d'une procédure classique de consultation. Il n'en demeure pas moins que l'essentiel du soutien que les collectivités peuvent apporter au maître d'ouvrage est l'aide à la constitution d'un foncier sur lequel réaliser les mesures compensatoires. Les nouvelles dispositions de la loi biodiversité pourraient conduire les collectivités à passer un autre cap en s'impliquant davantage dans la mise en œuvre de la compensation¹⁰³.

B) La coordination des mesures compensatoires : un accompagnement internalisé

Les collectivités locales pourraient à l'avenir endosser le rôle d'opérateur de compensation (1), voire celui plus risqué d'opérateur de sites naturels de compensation (2). Dans le premier cas, elles s'occupent de gérer les mesures compensatoires projet par projet. Dans le second cas, elles créent un site naturel de compensation propre à satisfaire plusieurs obligations de compensation de projets différents. D'un côté, la compensation est réalisée en aval du projet, de l'autre, elle l'est déjà en amont.

1) Un opérateur de compensation en devenir ?

Parmi les trois options qui s'offrent au maître d'ouvrage, la loi biodiversité évoque la passation d'un contrat avec un « opérateur »¹⁰⁴ défini comme « une personne publique ou privée chargée, par une personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité, de les mettre en œuvre pour le compte de cette personne et de les coordonner à long terme »¹⁰⁵.

Au vu de la définition arrêtée, les collectivités locales sont susceptibles de devenir opérateur de compensation. Il ne pourrait s'agir dans ce cas que de la prise en charge de compensations de projets autorisés par une autre autorité administrative compétente, faute de quoi l'existence d'un conflit d'intérêt serait manifeste. Personnes morales de droit public, les collectivités locales sont en capacité de suivre la mise en œuvre des mesures compensatoires sur une très longue durée. Sur le fond, l'opérateur est chargé de deux missions : la mise en œuvre et la coordination des mesures. Les acteurs présents dans ce secteur d'activité avant la publication de la loi proposent une large palette de prestations : prospective foncière, identification des partenaires, rédaction et négociation des contrats, suivi des mesures sur le terrain, etc. Nonobstant le silence de la loi sur cette question, intégrer ce secteur d'activité, suppose de combiner « des compétences d'expertises en sciences de la vie et un savoir-faire de terrain pour recréer des milieux, déplacer et réimplanter

¹⁰³ A titre de comparaison, voir le rôle des communes allemandes dans la mise en place des mesures compensatoires (Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 526 et s.).

¹⁰⁴ Art. L. 163-1 II C. env.

¹⁰⁵ Art. L. 163-1 III C. env.

des espèces, etc. »¹⁰⁶. A défaut, il faut que l'opérateur en délègue la réalisation et l'évaluation à des tiers compétents. Concernant les collectivités locales, il leur incombe déjà plusieurs objectifs de protection de la nature au titre du droit de l'urbanisme¹⁰⁷. Elles intègrent les préoccupations environnementales, y compris celles relatives à la biodiversité à la fois dans les documents d'urbanisme et dans les projets d'urbanisme¹⁰⁸. Pour leur part, certains départements pratiquent une politique d'acquisition et de gestion d'espaces naturels sensibles¹⁰⁹. Si les plus grosses collectivités locales disposent d'un service juridique et d'agents d'entretien des espaces verts, ces deniers devront être formés sur les contours spécifiques de l'obligation de compensation. Faute de quoi, en cas d'échec des mesures compensatoires, le maître d'ouvrage risque fort d'assigner la collectivité sur le terrain de la responsabilité contractuelle. Sanctionné par l'autorité administrative, il aurait tout intérêt à se retourner contre l'opérateur à qui il aura délégué l'entière réalisation des mesures compensatoires et, avec elle, son obligation de résultat.

Au vu des risques encourus, quel(s) intérêt(s) une collectivité locale aurait-elle à devenir un opérateur de compensation ? Etre opérateur de compensation pour la collectivité revient à implanter les mesures compensatoires sur son territoire. En considérant que sa participation au projet a lieu en amont du dépôt de la demande d'autorisation devant l'administration¹¹⁰, elle devrait disposer d'une certaine marge de manœuvre pour localiser les mesures sur des espaces cohérents en termes d'aménagement de son territoire. Elle bénéficierait en outre de fonds spécifiques à cette obligation contractuelle, ce qui n'est pas anodin dans un contexte de restriction budgétaire. Cette qualification d'opérateur la rendrait également visible et pourrait conduire des maîtres d'ouvrage à s'implanter localement. La stabilité des communes ou EPCI et leur faculté à mobiliser leur document d'urbanisme au service des sites de compensation en font des opérateurs potentiellement en situation de prévalence en termes de pérennisation des sites.

En pratique, la qualification d'opérateur de compensation mérite d'être relativisée dans la mesure où elle ne donne pas lieu à un agrément délivré par les autorités publiques¹¹¹. Les personnes directement concernées s'octroient elles-mêmes cette qualité. En outre, aucune conséquence juridique ne semble attachée à la qualification (ou non) d'opérateur de compensation. Aussi, est-il « peu vraisemblable que l'administration y voit un critère rédhibitoire à la validation des mesures compensatoires »¹¹².

2) Un potentiel opérateur de sites naturels de compensation

Les sites naturels de compensation, longtemps appelés réserves d'actifs naturels, se caractérisent par « des opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité (...) mises en place par des personnes publiques ou privées, afin de mettre en œuvre les mesures de

¹⁰⁶ Van Lang A., « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », préc.

¹⁰⁷ Art. L. 101-2 C. urb., not. l'utilisation économe des espaces naturels, protection des milieux naturels et des paysages, la préservation de la qualité de l'air, de l'eau, du sol et du sous-sol, des ressources naturelles, de la biodiversité, des écosystèmes, des espaces verts ainsi que la création, la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques ; la lutte contre le changement climatique et l'adaptation à ce changement.

¹⁰⁸ Leray G., *L'immeuble et la protection de la nature*, préc., p. 164 et s.

¹⁰⁹ Art. L. 113-8 C. urb.

¹¹⁰ L'opérateur de compensation peut être contacté au moment de la réalisation de l'étude d'impact dans la mesure où celle-ci contient des indications sur la localisation des mesures compensatoires, leur surface et leur coût (entre autres). Intégrer l'opérateur de compensation à ce stade multiplie les chances pour le maître d'ouvrage de démontrer la faisabilité de ces mesures.

¹¹¹ Or, sans cet agrément, les maîtres d'ouvrages ne peuvent tirer aucune garantie sur la qualité de la prestation de la définition légale d'opérateur par la loi biodiversité.

¹¹² Dupont V., Lucas M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc., p. 156.

compensation (...) de manière à la fois anticipée et mutualisée »¹¹³. Il s'agit pour le maître d'ouvrage « de se tourner vers un « professionnel de la compensation » qui aura, sur ses propres sites, produit de la valeur écologique traduite en titres (les unités de compensation) et de les lui acheter pour remplir son obligation »¹¹⁴. Sur le plan écologique, ce mécanisme entend résoudre la non prise en compte des pertes intermédiaires¹¹⁵ causées au milieu ainsi que les effets limités des compensations isolées. Sur le plan opérationnel, l'achat d'unités de compensation simplifie grandement la mise en œuvre de la compensation pour le maître d'ouvrage : la gestion, le contrôle et le suivi du site de compensation s'en trouvent facilités.

En France, plusieurs expérimentations de compensation par l'offre ont vu le jour sous le pilotage du ministère de l'environnement. Parmi elles, l'expérience portée par le département des Yvelines confirme l'intérêt des collectivités sur le sujet¹¹⁶. Au regard de leur expérience en matière de gestion de milieu naturel, il eut été paradoxal de les exclure du mécanisme¹¹⁷ : « comment, en effet, justifier le constat de la possible valorisation des mesures de conservation de la biodiversité et priver les acteurs publics du bénéfice de cette valorisation ? »¹¹⁸.

Le 8 août 2016, la loi biodiversité légalise ce procédé à l'issue de débats houleux et avant même de connaître les bilans des expérimentations menées¹¹⁹. Les sites naturels de compensation requièrent désormais l'obtention d'un agrément délivré par le ministre chargé de l'environnement¹²⁰. Parmi les conditions d'octroi de l'agrément figure les caractéristiques de la personne - là encore privée ou publique - responsable des sites naturels de compensation. Cette personne doit tout d'abord disposer des « capacités techniques et financières nécessaires »¹²¹ à la mise en œuvre des mesures compensatoires. A ce titre, le dossier de demande d'agrément inclut « la liste des ressources humaines mobilisées sur ce projet, curriculum vitae, expériences en génie écologique ou en tant qu'opérateur de compensation écologique, ressources financières mobilisées, bilans comptables et financiers du demandeur sur les années précédentes »¹²². Sans surprise, celles des collectivités qui auront recruté des agents spécialisés en restauration écologique, en ingénierie écologique et en droit de l'environnement augmenteront leur chance d'obtenir l'agrément demandé. Ces agents devront en effet être en mesure de calibrer les unités de compensation¹²³, de déterminer les mesures de gestion à mettre en place¹²⁴, de les planifier¹²⁵, d'en déléguer la réalisation par contrat, de les suivre et d'en rendre compte devant l'autorité administrative¹²⁶.

¹¹³ Art. L. 163-3 C. env.

¹¹⁴ Martin G.-J., « La compensation écologique: de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assuré », préc., p. 611.

¹¹⁵ Les pertes intermédiaires s'entendent comme les pertes de ressources naturelles ou de services survenant entre le dommage et la date à laquelle la réparation a produit son effet (art. L. 162-9 al 4 C. env.).

¹¹⁶ Initialement, les banques de compensation aux États-Unis étaient d'ailleurs en partie des banques semi-publiques (Géniaux G., « Le mitigation banking : un mécanisme décentralisé au service des politiques de *no net loss* », in *Les difficultés de mises en œuvre de la directive Habitats 2000*, INRA, Actes et communications, n°19, 2002, p. 57).

¹¹⁷ Trébulle F.-G., « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », Sohnle J. - Camproux-Duffrène M.-P. (dir.), in *Environnement et Marché. Le marché : menace ou remède pour la protection internationale de l'environnement ?*, Bruylant, Coll. Droit(s) et développement durable, 2014, p. 256, spéc. p. 300.

¹¹⁸ *Ibidem*.

¹¹⁹ A titre de transition, les sites expérimentés en cours d'expérimentations sont réputés agréés. Leurs opérateurs ont jusqu'au 1^{er} juillet 2019 pour déposer une demande d'agrément (art. 2 du décret n°2017-265 du 2 fév. 2017).

¹²⁰ Décrets n° 2017-264 et n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation (*JORF* du 2 mars 2017) ; 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).

¹²¹ Art. D. 163-1 C. env.

¹²² Art. 2. 2^o de l'arrêté du 10 avril 2017, préc.

¹²³ Art. 2. 6^oe) de l'arrêté du 10 avril 2017, préc.

¹²⁴ Art. 2. 6^of) de l'arrêté du 10 avril 2017, préc.

¹²⁵ Art. 2. 7^o de l'arrêté du 10 avril 2017, préc.

¹²⁶ Art. D 163-8 C. env.

Ensuite, l'opérateur d'un site naturel de compensation doit justifier « des droits permettant la mise en œuvre des obligations prévues (...) sur les terrains d'assiette du site naturel de compensation »¹²⁷. A cet effet, il doit produire « tout document justifiant du statut foncier des terrains du site naturel de compensation (acte de propriété ou copie du ou des contrats de nature à en assurer la pérennité a minima sur la durée de validité de l'agrément) » laquelle est au minimum de trente ans. Une collectivité publique pourrait également prouver qu'elle est bénéficiaire d'une obligation réelle environnementale¹²⁸. Pour sa part, le département des Yvelines propose la création d'un groupement d'intérêt public « afin de renforcer son ancrage territorial »¹²⁹ auquel les collectivités locales, les établissements publics d'aménagement et le Conseil départemental des Hauts-de-Seine sont invités à adhérer à titre principal. La question de maîtrise foncière cache au demeurant un autre prérequis : celui des caractéristiques du site naturel lui-même. Il ne suffira pas à la collectivité locale d'avancer qu'elle est propriétaire à titre privé d'un patrimoine foncier. Elle devra justifier d'un site d'un seul tenant (voire de plusieurs ?)¹³⁰ et démontrer quelles en sont les améliorations écologiques attendues¹³¹.

En vue de l'obtention de l'agrément du SNC, les collectivités locales peuvent se prévaloir de leur compétence en matière d'aménagement du territoire. Le département des Yvelines entend d'ailleurs mettre « les mesures compensatoires au service des équilibres territoriaux »¹³². Non seulement, les communes ont effectivement la possibilité de créer des zonages en adéquation avec les finalités des mesures compensatoires¹³³ mais qui mieux qu'elles sont en capacité de délimiter la zone de service des projets d'aménagement autorisés à acquérir des unités de compensation¹³⁴. En vertu de l'évaluation environnementale de leur document d'urbanisme, elles ont pu identifier quelles parcelles allaient être ouvertes à l'urbanisation et en déduire la nature des compensations à réaliser. De cette manière, le risque de déconnexion entre l'impact et la restauration effectuée en amont se trouve diminué. Sur le plan éthique, la mise en œuvre de compensation *via* le mécanisme du marché a reçu de nombreuses critiques justifiées par les risques encourus en termes de protection de l'environnement¹³⁵. L'attribution de la gestion de SNC à un opérateur public à but non lucratif laisse espérer un moindre risque de dépréciation des critères de compensation à des fins de rentabilité économique du SNC¹³⁶. Tout risque n'est cependant pas écarté. La commune opérateur de SNC pourrait avoir un intérêt à ce que les

¹²⁷ Art. D. 163-1 C. env.

¹²⁸ En ce sens, v. Doussan I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? » in Vanuxem S. - Guibet Lafaye C. (dir.), *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015, p. 99, spéc. p. 111.

¹²⁹ « Le Département des Yvelines, première collectivité à créer un opérateur de compensations environnementales », Communiqué de presse du 4 nov. 2016, disponible sur <https://www.yvelines.fr/wp-content/uploads/2016/CP-compensation-ecologique.pdf>.

¹³⁰ Les décrets et l'arrêté font référence à un site naturel de compensation au singulier. Un ensemble de sites qui seraient partiellement fractionnés mais qui garderait une cohérence sur le plan écologique du fait des connectivités inter-sites pourrait-il être retenu ?

¹³¹ Sa demande d'agrément contient un rapport mentionnant à la fois « l'état écologique initial du site naturel de compensation » et « l'état écologique final visé du site naturel de compensation » (art. 2. 6° b) et c) de l'arrêté du 10 avril 2017, préc.).

¹³² <https://www.yvelines.fr/cadre-de-vie/environnement/offre-departementale-de-mesures-compensatoires-ecologiques/>, consulté le 17 juillet 2017.

¹³³ Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 531 et s.

¹³⁴ Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 529 et s.

¹³⁵ Camproux-Duffrène M.-P., « Les unités de biodiversité, questions de principe et problèmes de mise en œuvre », préc. ; Martin G.-J. « Le marché d'unités de biodiversité : questions de mise en œuvre », *RJE NS/2008*, p. 95 ; Billet P., « La nature n'a pas de prix, vendons là ! À propos des unités de biodiversité », *Env.*, juin 2008, Focus p. 3.

¹³⁶ Sur l'élargissement des équivalences écologiques et géographiques dans le cadre du projet Cossure de la CDC Biodiversité, v. Calvet C. - Levrel H - Napoléone Cl. - Dutoit Th, « La réserve d'actifs naturels : une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité en France », in Levrel H. - Frascaria-Lacoste N. - Hay J. - Martin G.-J. - Pioch S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quae, Coll. Synthèses, 2015, p. 139, spéc. p. 153.

autorisations d'urbanisme qu'elle délivre comportent des mesures compensatoires conséquentes, et ce, au détriment de la hiérarchie ERC. Au-delà, la planification en amont de zones réservées aux mesures compensatoires risque « d'encourager à minorer le travail d'évitement et de réduction »¹³⁷ des impacts. La question des conflits d'intérêt ne doit pas être occultée. Rappelons à cet égard la place des collectivités dans la procédure pour les projets soumis à évaluation environnementale, qui les placerait en position de juge et partie¹³⁸. Par ailleurs, des incertitudes subsistent sur le sort des sites à l'issue de la durée de l'agrément ou en cas de retrait de celui-ci.

Du point de vue des collectivités locales, s'engager dans cette voie suppose une connaissance du dispositif¹³⁹ et un fort investissement¹⁴⁰. Même si le profit pécuniaire n'est pas recherché, l'effort fourni et les risques pris par une collectivité doivent aller de pair avec une certaine viabilité du site SNC. La mise en place de SNC ne peut être entreprise qu'après un diagnostic sur les évolutions à venir en termes d'aménagement du territoire. Or, le contexte de crise économique actuel augmente la marge d'incertitudes sur le nombre et les modalités des projets qui verront le jour.

Conclusion

Pour l'instant, les collectivités locales demeurent encore en retrait lors des débats sur le triptyque ERC alors qu'elles en sont au cœur soit en tant que maître d'ouvrage, soit en tant que tiers au projet. Ainsi, en matière de compensation, elles ont jusqu'ici plutôt réagi aux sollicitations ponctuelles des maîtres d'ouvrage. La pression foncière augmentant, elles réfléchissent aujourd'hui de plus en plus à anticiper la maîtrise des terrains sur lesquels les mesures compensatoires pourraient être effectuées, que ce soit pour leurs propres projets ou pour d'autres. Devenir opérateur de compensation voire opérateur de sites naturels de compensation sera-t-il la prochaine étape ? La question est ouverte et en induit immédiatement une seconde. Que ce soit en tant que débitrice d'une obligation de compensation ou en tant qu'opérateur pour un tiers, comment assurer que les mesures prises par les collectivités ne viendront pas se substituer à celles prises en vertu de leur mission initiale de protection de la nature ? Il y a là un fort risque de recul en termes de préservation de l'environnement. Face à ce risque, le critère d'additionnalité mérite d'être rappelé. Ce critère implique qu'en sus de « la valeur ajoutée »¹⁴¹ que les mesures compensatoires doivent apporter en termes d'écologie sur le site où elles sont réalisées, elles doivent venir s'ajouter aux mesures normales prises en vertu des législations en vigueur. Dans l'attente d'une reconnaissance législative de ce critère, on ose espérer que le juge administratif le fera prévaloir¹⁴².

¹³⁷ Propos de Ph. Schmit, secrétaire général de l'Assemblée des communautés de France (AdCF), recueillis dans le cadre de la commission d'enquête sénatoriale (Longeot J.-F. – Dantec R., Rapport n°517 *sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures (...)*, tome 2, préc., p. 172).

¹³⁸. : « 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 » (Martin G.-J., « Les unités de compensation et l'organisation du marché », présentation dans le cadre d'un séminaire dédié à la compensation organisé par Institut des Etudes Juridiques de l'Urbanisme, de la Construction et de l'environnement (IEJUC), Université Toulouse Capitole, 5 déc. 2016). La même remarque vaut d'ailleurs pour les collectivités qui souhaiteraient s'ériger en opérateur de compensation.

¹³⁹ « Rares sont les élus à comprendre à la fois le rôle et la capacité de leur collectivité à agir dans la définition des mesures locales de compensation », propos de Ph. Schmit, *in* Longeot J.-F. – Dantec R., Rapport n°517 *sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures (...)*, tome 2, préc., p. 164).

¹⁴⁰ Sur les réticences des communes à organiser la mutualisation de mesures compensatoires, v. Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 533.

¹⁴¹ Trébulle F.-G., « Les titres environnementaux », *RJE* 2/2011, p. 203.

¹⁴² « Les mesures compensatoires envisagées, qui correspondent en réalité à des obligations réglementaires, ne sont pas de nature à remédier aux atteintes que le projet est susceptible de porter à la ressource en eau et à la préservation

du peuplement piscicole ; qu'il résulte de tout ce qui vient d'être dit que le préfet a, à juste titre, estimé que le projet en cause était de nature à porter atteinte aux intérêts définis par les dispositions précitées de l'article L. 211-1 du code de l'environnement » (CAA Bordeaux, 2 nov. 2009, M. et Mme MARCEL X., n°08BX01540).