



HAL
open science

Instrumentes économiques et protection de la biodiversité : analyse juridique des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux

Marius Combe

► To cite this version:

Marius Combe. Instrumentes économiques et protection de la biodiversité : analyse juridique des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Droit. Université Jean Moulin Lyon 3, 2020. Français. NNT : . tel-03042164v2

HAL Id: tel-03042164

<https://hal.science/tel-03042164v2>

Submitted on 25 Jan 2022

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.



N° d'ordre NTT : 2020LYSE3055

THESE DE DOCTORAT DE L'UNIVERSITE DE LYON

opérée au sein de
l'Université Jean Moulin Lyon 3

École Doctorale de Droit N° 492

Discipline de doctorat : Droit
Mention : Droit de l'environnement

Soutenue publiquement le 01/12/2020, par :

Marius COMBE

INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES ET PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

**ANALYSE JURIDIQUE DES MÉCANISMES DE COMPENSATION
ÉCOLOGIQUE ET DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX**

Devant le jury composé de :

Marie-Pierre CAMPROUX-DUFFRÈNE, Professeure à l'Université de Strasbourg, *Rapporteuse*.

Isabelle DOUSSAN, Directrice de recherche INRAE à l'Université Côte d'Azur, *Rapporteuse*.

Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET, Professeure à Aix-Marseille Université.

Alexandra LANGLAIS, Chargée de recherche CNRS à l'Université Rennes 1.

Philippe BILLET, Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon 3, *Directeur de thèse*.

REMERCIEMENTS

Au Professeur Philippe Billet, j'adresse mes plus sincères remerciements pour sa confiance, sa sollicitude et son implication dans la direction de cette recherche doctorale.

Je remercie également très chaleureusement l'ensemble des membres du jury d'avoir accepté d'évaluer ces travaux : Mathilde Hautereau-Boutonnet, Marie-Pierre Camproux-Duffrène, Isabelle Doussan et Alexandra Langlais.

Un grand merci à toutes celles et ceux qui ont accepté de me donner de leur temps et de partager des informations précieuses pour l'élaboration de cette thèse : Alexandre Bacher, Eric Bruyère, Caroline Folliet, Kristell Labous, Nathalie Marty, Thibault Soleilhac, Gabriel Ullmann, Jean-Marc Valet et Emmanuel Wormser.

À la Région Auvergne-Rhône-Alpes, j'exprime toute ma gratitude pour l'aide financière accordée à ce projet dans le cadre du dispositif Arc 3 - Environnement.

À mes parents, fidèles soutiens et relecteurs dévoués.

À mes camarades, Adeline, Gaëtan, Komi, Laurent, Melkide, Rémy, Simon, Tom, merci pour vos précieuses relectures et pour tous ces moments de vie passés ensemble.

À toute l'équipe de l'Institut de droit de l'environnement et du laboratoire EVS, merci pour votre accueil et votre bienveillance tout au long de ces années : Alexandra, Anne, Carla, Delphine, Isabelle, Marianne, Mathilde, Patrick et Victoria.

À Josette. Puisses-tu un jour me voir en robe.

À mes chats.

À Chloé, et à nos futurs enfants.

LISTE DES ABRÉVIATIONS

Juridictions, institutions et organismes

ACNF	Association Congrès des Notaires de France
AE	Autorité environnementale
AFB	Agence française pour la biodiversité
AN	Assemblée nationale
ARB	Agences régionales de la biodiversité
BBOP	Business and Biodiversity Offset Programme
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
CAS	Centre d'analyse stratégique
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil Constitutionnel
CDC	Caisse des dépôts et consignations
CE	Conseil d'État
CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
CEE	Communauté économique européenne
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
CEQ	Council on Environmental Quality
CEL	Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres
CEREMA	Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement
CGDD	Commissariat général au développement durable
CNPN	Conseil national de la protection de la nature
COP	Conférence des Parties
CSRPN	Conseil scientifique régional du patrimoine régional
DIREN	Direction régionale de l'Environnement
DREAL	Direction régionale de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement
EFESE	Évaluation française des écosystèmes et des services écosystémiques

EPA	United States Environmental Protection Agency
FAO	Food and Agriculture Organisation – Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture
FEADER	Fonds européen agricole pour le développement rural
FEOGA	Fonds européen d'orientation et de garantie agricole
GIEC	Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat
IPBES	Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services
MAES	Groupe Mapping and Assessment of Ecosystems and their Services
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFB	Office français pour la biodiversité
OMC	Organisation mondiale du commerce
ONF	Office national des forêts
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'Environnement
SFDE	Société française pour le droit de l'environnement
TEEB	The Economics of Ecosystems and Biodiversity
UE	Union Européenne
USACE	United States Army Corps of Engineers
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature

Reuves et publications

AJCT	Actualité juridique - Collectivités Territoriales
AJDA	Actualité juridique - Droit Administratif
Amén.	Revue Aménagement - Environnement
BOMTES	Bulletin officiel du ministère de la transition écologique et solidaire
CICES	Common International Classification of Ecosystem Services
CJEG	Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz
D.	Recueil Dalloz
Dr. adm.	Revue Droit administratif
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
EEl	Énergie - Environnement – Infrastructures

FR	Federal Register - Official journal of the federal government of the United States
Gaz. Pal.	La gazette du Palais
IRJS	Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne
J.-CI.	JurisClasseur
J.-CI. C. civ.	JurisClasseur Code civil
J.-CI. Env.	JurisClasseur Environnement et développement durable
JCP A	La semaine juridique Administrations et collectivités territoriales
JCP E	La semaine juridique Entreprise et affaires
JCP N	La semaine juridique Notariale et immobilière
JO	Journal officiel
JOCE	Journal officiel des Communautés européennes
JOUE	Journal officiel de l'Union européenne
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
NSS	Natures Sciences Sociétés
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
PULIM	Presses universitaires de Limoges
PUR	Presses universitaires de Rennes
RCADI	Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye
RDR	Revue de droit rural
Rec.	Recueil Lebon des décisions du Conseil d'État
REDE	Revue Européenne de Droit de l'Environnement
Rev. aff. Eur.	Revue des Affaires Européennes
RFAP	Revue française d'administration publique
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJE	Revue juridique de l'environnement
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit privé
RTD Eur.	Revue trimestrielle de droit européen
RO	Recueil officiel du droit fédéral

Codes et textes juridiques

C. civ.	Code civil
C. env.	Code de l'environnement
C. forest.	Code forestier
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. urb.	Code de l'urbanisme
CCAG	Cahiers des clauses administratives générales
CCP	Code de la commande publique
CDB	Convention sur la diversité biologique
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CGI	Code général des impôts
CGPPP	Code général de la propriété des personnes publiques
CWA	Clean Water Act
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789
FWPCA	Federal Water Pollution Control Act
LRE	Loi sur la responsabilité environnementale
MOA	Memorandum of Agreement
NEPA	National Environmental Policy Act
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TCEE	Traité instituant la Communauté économique européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TUE	Traité sur l'Union européenne

Autre

al.	alinéa
APPB	Arrêté préfectoral de protection de biotope
art.	article
BEA	Bail emphytéotique administratif
CAD	Contrats d'agriculture durable
CFT	Chartes forestières de territoire

CTE	Contrats territoriaux d'exploitation
Coord.	sous la coordination de
Dactyl.	Dactylographié/e
DCN	Document cadre national
Dir.	sous la direction de
DOCOB	Document d'objectifs
DUP	Déclaration d'utilité publique
éd.	édition
EEM	Évaluation des écosystèmes pour le millénaire
EIE	Évaluation des incidences sur l'environnement
EIS	Environmental impact statement
ENS	Espace naturel sensible
ERC	Éviter – réduire – compenser
et al.	et autres
Fasc.	Fascicule
GES	Gaz à effet de serre
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
ICPE	Installation classée pour la protection de l'environnement
in	dans
INPN	Inventaire national du patrimoine naturel
IOTA	Installations, ouvrages, travaux et activités
MAE	Mesures agri-environnementales / mesures agroenvironnementales
MAEC	Mesures agroenvironnementales et climatiques
MAET	Mesures agroenvironnementales territorialisées
MAPA	Marché à procédure adaptée
MBIs	Market-based instruments
MEA	Millenium Ecosystem Assessment
n°	numéro
OLAE	Opérations locales agri-environnementales
Ord.	Ordonnance
p.	page
PDD	Plan de développement durable
PDRR	Programmes de développement rural régionaux

PLU	Plan local d'urbanisme
PMSEE	Programme national de prime au maintien des systèmes d'élevage extensif
PNGRAT	Programme national de gestion des risques et d'assistance technique
PNR	Parc naturel régional
pp.	page à page
PPSA	Programa por Pago de Servicios Ambientales
PPSE	Paiement pour préservation des services écosystémiques
PPP	Principe pollueur-payeur – <i>polluter pays principle</i>
préc.	Précité
PSE	Paiements pour services environnementaux
PSRRN	Programme spécifique réseau rural national
RAN	Réserve d'actifs naturels
SAGE	Schéma d'aménagement et de gestion des eaux
SCoT	Schéma de cohérence territoriale
SDAGE	Schéma directeur d'aménagement et de gestion des eaux
SE	Service environnemental
SIEG	Service d'intérêt économique général
SNB	Stratégie nationale pour la biodiversité
SNC	Site naturel de compensation
SRADDETT	Schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires
SRCE	Schéma régional de cohérence écologique
TFNB	Taxe foncière sur la propriété non bâtie
TFPB	Taxe foncière sur la propriété bâtie
TO	Types d'opérations
TVB	Trame verte et bleue
V.	Voir.
VET	Valeur économique totale
Vol.	Volume
ZAC	Zone d'aménagement concerté
ZNIEFF	Zone naturelle d'intérêt écologique, faunistique et floristique

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PREMIÈRE PARTIE

LA CONSÉCRATION JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES POUR LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

TITRE 1.- L'ÉMERGENCE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LES APPROCHES JURIDIQUES DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

CHAPITRE 1.- L'ÉCONOMICISATION DES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

CHAPITRE 2.- L'ÉVOLUTION DU CADRE CONCEPTUEL DU DROIT DE LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

TITRE 2.- LA PLURALITÉ DES ENJEUX DE QUALIFICATION JURIDIQUE SOULEVÉS PAR LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

CHAPITRE 1.- LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

CHAPITRE 2.- LE CONTRAT, SUPPORT JURIDIQUE PRIVILÉGIÉ DE MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

DEUXIÈME PARTIE

LE NÉCESSAIRE RENFORCEMENT DU CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

TITRE 1.- L'EFFICACITÉ DISCUTABLE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES POUR LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

CHAPITRE 1.- LE CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES À L'ÉPREUVE DE LA COMPLEXITÉ DU VIVANT

CHAPITRE 2.- LE CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES À L'ÉPREUVE DE LA GESTION DE LA BIODIVERSITÉ

TITRE 2.- L'ENCADREMENT JURIDIQUE INSATISFAISANT DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

CHAPITRE 1.- LA FRAGMENTATION DU RÉGIME JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

CHAPITRE 2.- LA RÉGULATION INADÉQUATE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

CONCLUSION GÉNÉRALE

INTRODUCTION GÉNÉRALE

« *Le temps du monde fini commence* »¹.

Paul Valéry

1. Alors qu'il est largement admis que la biodiversité sur terre se dégrade à un rythme sans précédent sous l'effet des activités humaines, et qu'il est urgent d'en assurer la préservation, le choix des moyens à mettre en œuvre pour y parvenir fait en revanche débat. Nouvel « eldorado »², la nature n'échapperait aujourd'hui plus à l'emprise des logiques économiques³. Le développement des méthodes d'évaluation monétaire appliquées à la biodiversité et au fonctionnement des écosystèmes, associé à de nouveaux instruments inspirés des logiques économiques – marchés de quotas de gaz à effet de serre (GES), paiements pour services environnementaux (PSE) ou écosystémiques, compensation écologique, banques de compensation, unités de biodiversité, etc. –, s'imposent aujourd'hui comme une nouvelle orientation des politiques de protection de la biodiversité. Confronté à la croyance absolue dans l'efficacité du marché pour résoudre les enjeux environnementaux de demain, le juriste est nécessairement interpellé sur les arbitrages prompts à satisfaire, pour l'avenir, l'objectif ambitieux de reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages⁴.

¹ VALÉRY P., *Regards sur le monde actuel*, Librairie Stock, 1931, p. 35. Bien que la présente formule reportée dans son contexte dresse le constat des limites géographiques de notre monde, l'exploitation et la dégradation sous l'effet de l'activité humaine de la nature et des ressources qu'elle fournit en révèle de la même manière le caractère fini. Ce constat est d'ailleurs largement repris par la doctrine juridique : « La terre est finie et ses ressources ne sont pas illimitées » : RÉMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire. Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, 1989, p. 58 ; V. également dans le même sens : « depuis le XX^e siècle la marchandisation totale, nature et corps compris, l'explosion démographique, le caractère exponentiel des besoins et des prédatons qui en résultent ont profondément modifié le contexte planétaire dont la finitude constitue avant tout un fait » : DROKENKO B., « De la capacité de charge des écosystèmes et du droit », in BORN C.-H., JONGEN F. (coord.), *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruylant, 2015, p. 575 ; V. plus encore : D'AMBROSIO L., « Introduction », *RJE*, NSP/2019, p. 9 et s.

² DELESTRAC D., FEYDEL S., « Nature, le nouvel eldorado de la finance », Film documentaire, 2015, 1h30m.

³ « Dans la société de marché, tout est économique » : LATOUCHE S., *La déraison de la raison économique. Du délire d'efficacité au principe de précaution*, Albin Michel, 2001, p. 101 ; « Toutes les sociétés sont maintenant plus ou moins complètement inscrites dans les rapports de marché et dans l'économie capitaliste » : LE ROY E., « La propriété privée de la terre et le marché généralisé. Les limites d'un modèle dans un contexte de développement soutenable », in FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droit de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, p. 248.

⁴ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, JO du 9 août 2016, texte n° 2.

I.- L'APPRÉHENSION JURIDIQUE DE LA BIODIVERSITÉ

2. Néologisme issu de la contraction de « diversité biologique » (« *biological diversity* »)⁵, la notion de biodiversité a connu des évolutions importantes. D'une « vision fixiste et centrée sur les espèces, qui prévalait au début du XIX^e siècle »⁶, la nature est de plus en plus pensée dans sa dimension « évolutive et fonctionnelle, intégrant la diversité au sein des espèces (en particulier la diversité des gènes), la diversité des associations d'espèces peuplant les écosystèmes (diversité « écologique ») et surtout l'importance des interactions entre toutes ces composantes »⁷. L'aspect essentiel étant « moins de conserver un ensemble statique d'entités que de maintenir des processus de diversification, de potentialités évolutives »⁸, la biodiversité est définie par la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) comme la « variabilité des organismes vivants de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes »⁹. Consacrant en droit français une définition attendue, la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages¹⁰ est venue transposer, dans des termes quasiment identiques, la vision portée par la CDB. Elle définit « la biodiversité, ou diversité biologique »¹¹ comme « la variabilité des organismes vivants de toute origine, y compris les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques, ainsi que les complexes écologiques dont ils font partie. Elle comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces, la diversité des

⁵ Bien que la première utilisation du terme « *biodiversity* » soit attribuée aux biologistes Edward O. Wilson et Francis M. Peter, dans leur ouvrage « Biodiversity » (WILSON E. O, PETER F. M., « Biodiversity », National Academic Press, Washington, D.C., 1988, 538 p.), la notion de « diversité biologique » (*biological diversity*) a vraisemblablement été introduite par le biologiste américain Thomas Lovejoy : MICHALLET I., « Diversité biologique ou biodiversité », in CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, p. 360.

⁶ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, Centre d'analyse stratégique, La Documentation française, 2009, p. 14 ; BONNEUIL C., « Une nature liquide ? Les discours de la biodiversité dans le nouvel esprit du capitalisme », in THOMAS F., BOISVERT V. (dir.), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, p. 195.

⁷ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 14.

⁸ BONNEUIL C., « Une nature liquide ? Les discours de la biodiversité dans le nouvel esprit du capitalisme », préc., p. 203.

⁹ Art. 2 de la Convention sur la diversité biologique (CBD), adoptée lors du sommet de la Terre de Rio, 1992.

¹⁰ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc.

¹¹ De la même manière que le législateur français, les termes « biodiversité » et « diversité biologique » seront utilisés comme synonymes dans la suite de nos développements.

écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants »¹². Bien que le terme biodiversité soit aujourd'hui pleinement établi dans le discours juridique, son introduction est avant toute chose le fruit d'une évolution sémantique (§1), dont le droit peine à appréhender pleinement les dynamiques complexes qu'elle sous-tend (§2).

§1.- DU DROIT DE LA PROTECTION DE LA NATURE AU DROIT DE LA RECONQUÊTE DE LA BIODIVERSITÉ

3. Bien que l'on puisse reconnaître l'existence de formes anciennes de protection de la nature motivées par des raisons « cynégétiques et religieuses »¹³, il est communément admis que le droit contemporain de l'environnement prend naissance dans la période comprise entre la fin du XIX^e et le début du XX^e siècle. Mises en évidence par une « communauté [...] principalement composée de naturalistes, de scientifiques, d'artistes, appartenant à une certaine élite culturelle et scientifique des pays occidentaux »¹⁴, les préoccupations environnementales vont se cristalliser dans un premier temps autour du concept idéalisé de « nature »¹⁵. Pourvu d'une dimension presque « métaphysique »¹⁶, le terme de « nature » s'est dès lors imposé comme le vocable de référence dans les discours et les politiques de protection de l'environnement¹⁷. Sous l'impulsion de la loi du 10 juillet 1976, la nature se patrimonialise à

¹² Art. 1^{er} de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, modifiant l'art. L. 110-1 I du C. env.

¹³ CHARLEZ A., « La protection des espaces », in CORNU M., FROMAGEAU J. (dir.), *Genèse du droit de l'environnement Volume II, Droit des espaces naturels et des pollutions*, L'Harmattan, 2001, p. 259.

¹⁴ MARIS V., « De la nature aux services écosystémiques, une commodification de la biodiversité », in *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité*, Ecorev, 2011, n° 38, en ligne [https://ecorev.org/spip.php?article1002].

¹⁵ V. notamment sur ce point : PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 8^e éd., 2019, p. 3 ; NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-VUBPress, 1999, p. 154 ; BOURG D., PAPAUX A., « Nature (histoire et philosophie) », in *Dictionnaire de la pensée écologique*, PUF, 2015, p. 681 ; LENOBLE R., *Histoire de l'idée de nature*, Albin Michel, 1969, 448 p. ; PICKEL-CHEVALIER S., *L'Occident face à la nature : À la confluence des sciences, de la philosophie et des arts*, Le Cavalier Bleu, 2014, 218 p.

¹⁶ PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 3. Nous soulignons que la formule précitée avait été employée par l'auteur dans la première édition de son manuel de Droit de l'environnement : PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1984, p. 5.

¹⁷ En témoigne, le premier Congrès international pour la protection de la *nature* (1923) ; la création d'un Bureau international de documentation et de coordination pour la protection de la *nature* (1928), transformé en Office international pour la protection de la *nature* (1935) ; le Conseil national de la protection de la *nature* (1946) ; l'Union internationale pour la protection de la *nature* (1948 – Devenue Union Internationale pour la conservation de la nature et des ressources naturelles en 1956) ; la loi n° 57-740 du 1^{er} juillet 1957, créant les réserves *naturelles*, JO du 2 juillet 1957, p. 6530 ; la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la *nature*, JO du 13 juillet 1976, p. 4203 ; ou bien encore la Charte mondiale de la *nature* (1982).

travers la consécration juridique de la notion de « patrimoine naturel »¹⁸, avant que la loi Barnier du 2 février 1995 ne lui substitue celle de « patrimoine commun de la nation »¹⁹. D'un droit initialement centré sur « la protection de la nature », la biodiversité est incontestablement devenue un objet central des politiques environnementales. Elle tend depuis les années 1990 à « se substituer à la catégorie “nature” jugée trop vague, trop philosophique ou trop romantique pour être opérationnelle »²⁰, au profit d'une scientification de la terminologie juridique²¹. Introduite pour la première fois en droit français par la loi du 2 février 1995, la « diversité biologique » s'est muée en « biodiversité » dans la loi « Grenelle I » du 3 août 2009²². Érigée en objet central des politiques environnementales par la loi du 8 août 2016²³, la biodiversité s'impose aujourd'hui comme un « méta-concept du droit de l'environnement »²⁴. Reconnue comme un élément du patrimoine commun de la nation²⁵, sa préservation constitue depuis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010 l'un des piliers du développement durable²⁶.

¹⁸ « La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général. Il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit » : art. 1 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976, préc. ; il est important de souligner que l'art. 2 du décret n° 67-158 du 1^{er} mars 1967 instituant des parcs naturels régionaux, JO du 2 mars 1967, p. 2131, utilisait déjà la formule « patrimoine naturel et culturel ».

¹⁹ Art. 1^{er} de la loi « Barnier » n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, JO du 3 fév. 1995, p. 1840 ; modifiant l'art. L. 200-1 du code rural (ancien), aujourd'hui codifié à l'art. L. 110-1 du C. env.

²⁰ THOMAS F., « Introduction. Le pouvoir de la biodiversité », in THOMAS F., BOISVERT V. (dir.), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, p. 9 ; Sur ce point, Robert Lenoble souligne la pluralité du sens donné au mot « Nature ». Il y a « la Nature du savant, la Nature du moraliste, la Nature de l'artiste » : LENOBLE R., *Histoire de l'idée de nature*, préc., p. 32.

²¹ Sur ce point, Jean Untermaier souligne que la biodiversité présente « l'avantage de redonner à la biologie, à l'écologie, une place dans les politiques de conservation qu'elles tendaient à perdre » : UNTERMAIER J., « Préface », in NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-VUBPress, 1999, p. 8.

²² Art. 1^{er} de loi « Grenelle I » n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, JO du 5 juin 2009, p. 13031.

²³ Il serait à la fois long et peu pertinent d'énumérer l'ensemble des dispositions qui intègrent dans le Code de l'environnement la biodiversité – ou diversité biologique comme objet de protection. Au 9 août 2016, le Code de l'environnement comportait seulement 14 occurrences du terme « biodiversité ». Au lendemain de l'entrée en vigueur de la loi, il comptait 53 occurrences. De manière plus anecdotique, le terme « biodiversité » figure pour la première fois dans la table alphabétique de la 20^e édition 2017 du Code de l'environnement chez Dalloz.

²⁴ MEYNIER A., *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, LGDJ, 2020, p. 166.

²⁵ L'art. 1 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement a reconnu la « diversité biologique » comme un élément du « patrimoine commun de la nation », auquel l'article 1 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 lui substitue le terme « biodiversité ».

²⁶ Art. 253 de la loi « Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, JO du 13 juill. 2010, p. 12905.

4. Dans les premiers temps du droit de l'environnement²⁷, les réglementations adoptées se sont fondées, dans le droit fil de la législation sur les monuments historiques héritée du XIX^e siècle²⁸, sur des considérations essentiellement patrimoniales et naturalistes²⁹. La nature n'étant prise en compte « que dans la seule mesure où elle présentait un intérêt artistique, légendaire, historique ou pittoresque »³⁰, l'objectif était alors d'en assurer la « conservation » par le jeu de procédures de classement d'espaces en « sites et monuments naturels » et « réserves naturelles ». Sous l'effet d'une prise de conscience des dommages causés par l'Homme à l'environnement, une importante évolution des mentalités s'est manifestée à partir de la fin des années 1960³¹. En réponse, le législateur accompagne, à partir du début des années 1970, un processus d'« évolution très sensible des valeurs protégées »³², en accordant à la nature et aux écosystèmes une protection non pas seulement au prisme des liens qui les unissent à l'Homme, mais « en eux-mêmes et pour eux-mêmes »³³. Dans un second temps du droit de l'environnement, l'action publique s'est ainsi employée à assurer, eu égard à leur intérêt écologique, la sanctuarisation d'espaces naturels³⁴ et la conservation d'espèces végétales et

²⁷ Prenant acte des « 3 temps de la conservation de la nature » identifiés par Marie Bonnin dans son ouvrage, nous choisisons de nous en écarter dans la mesure où la prise en compte par le droit de cette réalité écologique constitue le prolongement du glissement opéré, à partir des années 1970, d'un droit de la *conservation* vers un droit de la *préservation* de la nature. V., sur ce point : BONNIN M., *Les corridors écologiques : vers un troisième temps du droit de la conservation de la nature ?*, L'Harmattan, 2008, p. 13 et s.

²⁸ Loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments et objets d'arts ayant un intérêt historique et artistique, JO du 31 mars 1887, p. 1521 ; loi du 19 juillet 1909 complétant la loi du 30 mars 1887 sur la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique, JO du 20 juill. 1909, p. 7786 ; loi du 16 février 1912 sur la conservation des monuments et objets d'art ayant un intérêt historique et artistique, JO du 17 fév. 1912, p. 1521 ; loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques, JO du 4 janvier 1914, p. 129.

²⁹ Loi du 21 avril 1906 organisant la protection des sites et monuments naturels de caractère artistique, JO du 24 avril 1906, p. 2762 ; loi du 2 mai 1930 ayant pour objet de réorganiser la protection des monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, JO du 4 mai 1930, p. 5002 ; loi n° 57-740 du 1^{er} juillet 1957 complétant la loi du 2 mai 1930 réorganisant la protection des sites de caractère artistique, historique, monuments naturels et des sites de caractère artistique, historique, scientifique, légendaire ou pittoresque, JO du 2 juill. 1957, p. 6530.

³⁰ UNTERMAIER J., « La protection de l'espace naturel. Généalogie d'un système », *RJE*, 2/1980, p. 121.

³¹ KISS A., « Préface », in KISS A. (dir.), *L'écologie et la loi. Le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, 1989, p. 7 ; CHARLEZ A., « La protection des espaces », préc., p. 265.

³² MARTIN G. J., « Le droit et l'environnement. Rapport introductif », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit et l'environnement, Journées nationales de Caen*, Tome XI, Dalloz, 2010, p. 5.

³³ *Ibid.*

³⁴ « Le territoire de tout ou partie d'une ou de plusieurs communes peut être classé par décret en Conseil d'Etat en "parc national" lorsque la conservation de la faune, de la flore, du sol, du sous-sol, de l'atmosphère, des eaux et, en général, d'un milieu naturel présente un intérêt spécial et qu'il importe de préserver ce milieu contre tout effet de dégradation naturelle et de le soustraire à toute intervention artificielle susceptible d'en altérer l'aspect, la composition et l'évolution » : art. 1 de la loi n° 60-708 du 22 juillet 1960 relative à la création des parcs nationaux, JO du 23 juill. 1960, p. 6751 ; « Des parties du territoire d'une ou de plusieurs communes peuvent être classées en réserve naturelle lorsque la conservation de la faune, de la flore, du sol, des eaux, des gisements de minéraux et de fossiles et, en général, du milieu naturel présente une importance particulière ou qu'il convient de les soustraire à

animales sauvages nominalement identifiées³⁵. De manière concomitante, et alors que l'objectif premier des politiques environnementales était de « conserver »³⁶, « il fut pris conscience de ce qu'il ne suffisait pas de [...] protéger [l'environnement] par le jeu de mesures conservatrices, mais qu'il convenait également de mener [sur ce dernier] une action positive de restauration et de gestion »³⁷. Dès lors, la décennie 1970 correspond non seulement à une mutation des fondements de protection de la nature, mais également à un glissement vers de nouveaux objectifs de protection plus dynamiques. À un droit de la conservation s'est ajouté, sans s'y substituer pour autant, un droit de la préservation³⁸.

5. En dépit de l'apparente analogie linguistique entre préservation et conservation en langue anglaise et française, il est important de relever que leur sens est, à l'inverse, diamétralement opposé. Alors que le mot *preservation* renvoie dans le vocabulaire anglophone

toute intervention artificielle susceptible de les dégrader » : art. 16 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, préc., p. 4204.

³⁵ Sont créés des listes limitatives des espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées « lorsqu'un intérêt scientifique particulier ou que les nécessités de la préservation du patrimoine biologique national justifient la conservation d'espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées » : art. 3 et s. de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, préc., p. 4203.

³⁶ Sur ce point, si Yves Jégouzo identifie bien que le droit de l'environnement était initialement un droit de la « conservation », le choix des termes employés dans la suite de ses développements entretient une certaine confusion, dans la mesure où il énonce que le droit de l'environnement avait initialement « comme unique objet de *préserver*, de sauvegarder, de protéger l'environnement » : JÉGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, Le Seuil, p. 23.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ « Le territoire de tout ou partie d'une ou de plusieurs communes peut être classé en « parc naturel régional lorsqu'il présente un intérêt particulier, par la qualité de son patrimoine naturel et culturel, pour la détente, le repos des hommes et le tourisme, *et qu'il importe de le protéger et de l'organiser* » : art. 1^{er} du décret n° 67-158 du 1^{er} mars 1967, préc. ; « Les parcs naturels régionaux concourent à la politique de protection de l'environnement, d'aménagement du territoire, de développement économique et social et d'éducation et de formation du public. Ils constituent un cadre privilégié des actions menées par les collectivités publiques en faveur de la *préservation des paysages et du patrimoine naturel et culturel* » : art. 2 de la loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages et modifiant certaines dispositions législatives en matière d'enquêtes publiques, JO du 9 janv. 1993, p. 503 ; « Un parc national peut être créé à partir d'espaces terrestres ou maritimes, lorsque le milieu naturel, particulièrement la faune, la flore, le sol, le sous-sol, l'atmosphère et les eaux, les paysages et, le cas échéant, le patrimoine culturel qu'ils comportent présentent un intérêt spécial et qu'il importe d'en assurer la protection *en les préservant des dégradations et des atteintes susceptibles d'en altérer la diversité, la composition, l'aspect et l'évolution* » : art. 1 de la loi n° 2006-436 du 14 avril 2006 relative aux parcs nationaux, aux parcs naturels marins et aux parcs naturels régionaux, JO du 15 avr. 2006, p. 5682 ; « Leur connaissance, leur protection, leur mise en valeur, leur restauration, leur remise en état, leur gestion, *la préservation de leur capacité à évoluer* et la sauvegarde des services qu'ils fournissent sont d'intérêt général et concourent à l'objectif de développement durable qui vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs » : art. L. 110-1 II du C. env. tel qu'issu dans sa rédaction de l'art. 2 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc.

à l'idée de garder une chose à l'abri, de maintenir un statu quo³⁹, le terme *conservation* – dont l'usage a été adopté par les sciences du vivant⁴⁰ – sous-tend une action de l'Homme sur la nature destinée à assurer le maintien de la ressource⁴¹. Loin d'être anodine, cette distinction s'est incarnée dans l'opposition, entre la fin du XIX^e et au début du XX^e aux États-Unis, entre « préservationnistes » et « conservationnistes »⁴². Défendu par John Muir, le courant préservationniste prônait une « sanctuarisation » de la nature⁴³. À l'inverse, les conservationnistes, portés par Gifford Pinchot, faisaient la promotion d'une conception plus interventionniste de l'action de l'Homme sur la nature⁴⁴. À travers ces deux courants de pensée, s'incarnait déjà d'une certaine manière « l'opposition entre visions spiritualiste et utilitariste de la nature »⁴⁵. C'est finalement le courant conservationniste, véhiculant une vision plus économique et utilitariste de la nature, qui s'imposa dans la conduite de la politique environnementale américaine⁴⁶. En droit français, l'usage de ces deux termes a connu une

³⁹ Preservation : « to keep safe from danger or harm ; protect ». Dictionnaire Collins en ligne.

⁴⁰ En lien direct avec l'émergence à partir du début des années 1980 de la biologie de la conservation (*conservation biology*), le terme *conservation* s'est imposé dans le discours scientifique et politique pour souligner la nécessité « de maintenir le potentiel évolutif, d'apporter un soin particulier au système dynamique d'interactions entre organismes vivants » : GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, Les petits matins-Institut Veblen, 2015, p. 12 ; Pour illustrer l'association entre *conservation* et biodiversité, voir : FRANKEL O. H., SOULÉ M. E., *Conservation and evolution*, Cambridge, University Press, 1981, 327 p. ; À titre également d'exemples : World Resources Institute (WRI), *Keeping Options Alive : The Scientific Basis for Conserving Biodiversity*, Washington, World Resources Institute, 1989, 128 p. ; Union Internationale pour la *Conservation* de la Nature (UICN) (jusqu'en 1956 Union Internationale pour la Protection de la Nature), World Resources Institute (WRI), *Conservation International* (CI), Banque mondiale (*World Bank*), Fonds mondial pour la nature (WWF), *Conserving the world's biological diversity*, Gland, Switzerland : International Union for Conservation of Nature, Washington, D.C. : World Resources Institute : Conservation International : World Wildlife Fund-US : World Bank, 1990, 193 p.

⁴¹ Conservation : « protection, preservation, and careful management of natural resources and of the environment ». Dictionnaire Collins en ligne.

⁴² V. notamment : BERGANDI D., BLANDIN P., « De la protection de la nature au développement durable : Genèse d'un oxymore éthique et politique », in *Revue d'histoire des sciences*, 2012/1 (Tome 65), p. 109 et s. ; BERGANDI D., GALANGAU-QUÉRAT F., « Le développement durable : Les racines environnementalistes d'un paradigme », *ASTER*, 46, 2008, p. 34 et s. ; LEVREL H., MISSEMER A., *L'économicisation de la nature, réalités historiques et mythes contemporains*, FAERE Working Paper, 24, 2016, p. 5 et s.

⁴³ FERRET S., *Deepwater Horizon. Ethique de la nature et philosophie de la crise écologique*, Le Seuil, 2011, p. 274.

⁴⁴ BLANDIN P., *De la protection de la nature au pilotage de la biodiversité*, Quæ, 2009, p. 38.

⁴⁵ FÉTIVEAU J., KARSENTY A., GUINGAND A., CASTELLANET C., *Étude relative aux initiatives innovantes pour le financement de la biodiversité et l'identification des mécanismes à fort potentiel*, Ministère des affaires étrangères et du développement international, févr. 2014, p. 8.

⁴⁶ LEVREL H., MISSEMER A., *L'économicisation de la nature, réalités historiques et mythes contemporains*, préc., p. 12.

trajectoire radicalement différente. Très fortement connotée⁴⁷, la conservation désigne dans la langue française l'« action de conserver, de maintenir intact ou dans le même état »⁴⁸. Si la préservation constitue au sens commun un synonyme de protection ou de conservation⁴⁹, son emploi coïncide avec la nécessité d'assurer le maintien de la diversité et de la capacité d'évolution du vivant. Moins connoté, le terme « protection » a essentiellement été utilisé par le législateur français et la doctrine universitaire comme une catégorie fédératrice incorporant les mesures de conservation et de préservation de la nature⁵⁰. L'intérêt de cette distinction, souligné à l'occasion des débats sur le projet de loi relatif à la biodiversité, sera pourtant écarté⁵¹. Pour clarifier l'« ambiguïté linguistique »⁵² qui entoure la distinction entre protection, préservation et conservation, le terme « protection » sera utilisé, dans la suite de nos développements, pour désigner de manière englobante les mesures de préservation et/ou de conservation. Eu égard au « caractère dynamique des processus de biodiversité »⁵³, nous privilégierons toutefois l'emploi du terme de « préservation », à celui de « conservation », appliqué à la biodiversité ou aux écosystèmes⁵⁴.

⁴⁷ Par opposition au progressisme, le conservatisme renvoie idéologiquement à la « prise de position morale, intellectuelle des conservateurs, de ceux qui sont hostile à une évolution : Le Nouveau Petit le Robert, dictionnaire de la langue française, 1993, p. 448.

⁴⁸ Le Nouveau Petit le Robert, dictionnaire de la langue française, préc., p. 448.

⁴⁹ Le Nouveau Petit le Robert, dictionnaire de la langue française, préc., p. 1770.

⁵⁰ Sur ce point, l'art. 1^{er} de la loi n° 60-708 du 22 juillet 1960 relative à la création de parcs nationaux disposait, dans sa rédaction initiale, que « Le territoire de tout ou partie d'une ou de plusieurs communes peut être classée par décret en conseil d'État en parc national lorsque la conservation de la faune, de la flore, du sol, du sous-sol, de l'atmosphère, des eaux et, en général, d'un milieu naturel présente un intérêt spécial et qu'il importe de préserver ce milieu contre tout effet de dégradation naturelle et de le soustraire à toute intervention artificielle susceptible d'en altérer l'aspect, la composition et l'évolution ». Cette distinction sera reprise dans les mêmes termes par la loi « Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010, qui privilégie le terme « conservation » pour les sites d'intérêt géologique, les habitats naturels et les espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées et leurs habitats, et la « préservation ou à la remise en bon état » pour les continuités écologiques.

⁵¹ « Le mot: « préservation » nous paraît mieux correspondre à la logique de biodiversité dynamique que le mot : « conservation », qui a une connotation statique et évoque les boîtes de conserve » : amendement CD537 défendu en commission du développement durable et de l'aménagement du territoire par Mme Abeille sur le texte n° 1847, Assemblée Nationale, Compte rendu n° 71 de la séance de 17 heures 15 du mardi 24 juin 2014.

⁵² RAFFIN J.-P., « De la protection de la nature à la gouvernance de la biodiversité », *Ecologie & politique*, vol. 30, n° 1, p. 106.

⁵³ HÉRIARD-DUBREUIL G., DEWOGHÉLAÈRE J., « Biodiversité et long terme : un défi pour la gouvernance », *Vraiment durable*, vol. 5/ 6, n° 1, 2014, p. 59.

⁵⁴ Sur ce point, nous soulignons la formulation retenue par Éric Naim-Gesbert pour l'un des titres de sa thèse de doctorat, qui s'intitule « 1) Le principe de la préservation de la capacité d'évolution de la biodiversité » : NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, préc., p. 541 ; À l'inverse nous nous désolidarisons de la terminologie employée par Cyrille De Klemm : DE KLEMM C., « La conservation de la diversité biologique. Obligation des États et devoir des citoyens », *RJE*, 4/1989, pp. 397-408.

6. Conséquence de l'apparition combinée de nouvelles valeurs protégées et de nouveaux enjeux de conservation, les instruments juridiques du droit de l'environnement ont connu d'importantes évolutions⁵⁵. L'ampleur des atteintes portées à l'environnement ayant contribué à faire émerger de nombreuses critiques à l'égard du droit de propriété⁵⁶, la protection de la nature s'est affirmée dans un premier temps comme une mission devant être exercée par les autorités publiques au nom de l'intérêt général⁵⁷. L'objectif premier des politiques environnementales étant la conservation des espaces et des espèces, l'outil réglementaire s'est imposé comme l'instrument privilégié de l'action publique de l'État⁵⁸. Le choix de réglementer un territoire délimité, au moyen notamment de la législation sur les parcs nationaux et les réserves naturelles, constitue en effet l'une des formes les plus communes de protection de l'environnement⁵⁹. Toutefois, l'introduction de nouvelles exigences en termes de préservation, combinée avec la diffusion à partir de la fin des années 1980 du concept de développement durable, a « fait apparaître l'insuffisance des outils classiques du droit de l'environnement »⁶⁰. Alors que le droit de l'environnement était jusqu'à présent « essentiellement perçu comme un droit de police de l'environnement »⁶¹, se superpose depuis une vingtaine d'années, sous l'effet d'un « fort courant "d'économisation" »⁶², des « instruments plus économiques et [...] des techniques de marché et d'internalisation »⁶³. Le contrat s'est ainsi imposé à partir des années 1970 comme une « nouvelle forme de l'action administrative » en matière environnementale⁶⁴. Cet outil fut ainsi utilisé par la puissance publique non seulement pour faciliter l'application de la norme unilatérale, voire lui substituer une norme plus négociée⁶⁵. Depuis les années 1990, nous assistons également au déploiement d'une panoplie de nouveaux outils juridiques, de formes et d'objets différents, dont l'idéologie et/ou le vocabulaire empruntent largement aux

⁵⁵ V. sur ce point : JÉGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », préc.

⁵⁶ VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, 4^e éd., PUF, 2016, p. 183.

⁵⁷ Art. L. 200-1 du Code rural *ancien*, désormais codifié à l'article L. 110-1 II du C. env.

⁵⁸ Appropriations foncières (servitudes, préemption et expropriation), et de police administrative générales (tranquillité, sécurité et salubrité publique), et spéciales (eau, chasse, pêche, sites, réserves naturelles).

⁵⁹ MILIAN J., RODARY E., « La conservation de la biodiversité par les outils de priorisation. Entre souci d'efficacité écologique et marchandisation », *Revue Tiers Monde*, n° 202, 2010/2, Armand Colin, p. 35.

⁶⁰ JÉGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », préc., p. 25.

⁶¹ MARTIN G. J., « Le droit et l'environnement. Rapport introductif », préc., pp. 1-2.

⁶² VAN LANG A., « Les sources traditionnelles en droit de l'environnement », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit et l'environnement*, Journées nationales de Caen, Tome XI, Dalloz, 2010, p. 14.

⁶³ MARTIN G. J., « Le droit et l'environnement. Rapport introductif », préc., p. 7.

⁶⁴ ASSOCIATION CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE., *90^e Congrès des Notaires de France - Nantes, 8-11 mai 1994. Protection de l'environnement. De la contrainte au contrat*, 1994, T. II, p. 192 ; V. également en ce sens : HAUTEREAU-BOUONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, 562 p.

⁶⁵ JÉGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », préc., p. 28.

sciences économiques. Cette recherche de nouvelles modalités d'actions en faveur de la protection de la biodiversité et des écosystèmes s'inscrit dans un contexte de remise en cause de l'efficacité des politiques environnementales, due notamment aux difficultés du droit à appréhender et à organiser la protection des dynamiques du vivant.

§2.- LES DIFFICULTÉS D'APPRÉHENSION ET DE PROTECTION JURIDIQUES DE LA BIODIVERSITÉ

7. Les travaux des écologues menés à partir des années 1950 ont conduit à l'émergence et à l'introduction progressive en droit d'une pluralité de notions et concepts⁶⁶ : écosystème, biotope, diversité biologique ou, plus récemment, fonctions, processus et services écologiques. Si la biodiversité constitue incontestablement un objet du droit de l'environnement, cette dernière demeure néanmoins « un objet complexe à saisir pour le système juridique »⁶⁷. Complexes et interdépendantes les unes par rapport aux autres, les dynamiques naturelles se laissent en effet difficilement saisir et enfermer dans les cadres rigides du droit⁶⁸. Dispersées au sein d'une pluralité de codes⁶⁹, les règles relatives à protection de la biodiversité sont la plupart du temps sectorielles. Ces dernières demeurent dans une large mesure « cloisonnées, compartimentées, parfois selon des critères écologiques (droit de l'eau, des zones humides, des espèces et espaces protégés, par exemple), mais le plus souvent selon des considérations ou des clivages institutionnels, économiques, techniques, historiques (droit des installations classées, droit des déchets, droit des produits phytopharmaceutiques, droit des OGM...) »⁷⁰. De ce point

⁶⁶ Dans la littérature scientifique relative aux services écosystémiques, les termes de « concept » et de « notion » sont utilisés indifféremment comme synonymes. Concernant la distinction entre ces deux termes, nous partageons sur ce point l'analyse d'Adeline Meynier, selon laquelle, « la difficulté à distinguer entre le concept et la notion tient à la détermination d'une limite entre une représentation intellectuelle correspondant à une chose construite d'un côté (le concept), et à une chose simplement pensée ou élaborée a minima de l'autre (la notion) [...] en l'absence d'une distinction claire entre les concepts et les notions, nous ne retiendrons pas de différence entre les deux outils conceptuels quant au vocabulaire employé à l'égard des représentations générales et abstraites d'un objet » (MEYNIER A., *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, préc., p. 24).

⁶⁷ PARANCE B., « La protection de la biodiversité. Entre protection et accès », in PARANCE B., DE SAINT VICTOR J. (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, p. 228.

⁶⁸ V. notamment, dans le même sens : « le droit s'avère mal outillé pour rendre compte de la diversité du vivant » : POMADE A., « Les paiements pour services environnementaux contribuent-ils à l'émergence d'un "gradient de juridicité" ? », *Vertigo*, Vol. 16, n° 1, mai 2016, §. n° 3, en ligne [<http://vertigo.revues.org/17084>].

⁶⁹ Pour l'essentiel : Code de l'environnement, Code de l'urbanisme, Code rural et de la pêche maritime, Code forestier, Code général des collectivités territoriales, Code civil.

⁷⁰ DOUSSAN I. (coord.), COUVET D., SALLES J.-M., « Valeurs et services de la biodiversité », in BOSI S., EUZEN A. (coord.), *Prospective droit, écologie & économie de biodiversité*, Les Cahiers Prospective CNRS, 2015, p. 17.

de vue, comment ne pas reconnaître l'inadaptation du régime juridique des espèces protégées⁷¹, qui n'accorde de protection qu'à celles d'entre elles qui figurent sur des listes établies par arrêtés ministériels ? Compte tenu de la difficulté qu'il y a de « concilier et [d'] articuler le besoin de sécurité juridique, qui plaide pour des règles stables dans le temps et l'espace, les frontières institutionnelles (États, collectivités territoriales), qui commandent des compétences distinctes, avec la prise en compte des données écologiques changeantes selon les contextes spatio-temporels »⁷², l'intégration de la dimension évolutive de la biodiversité et des écosystèmes constitue « un véritable défi pour le droit »⁷³.

8. Présentée comme un « troisième temps du droit de la conservation de la nature »⁷⁴, la prise en compte par le droit des corridors écologiques – ou continuités écologiques – s'est imposée comme une remarquable évolution juridique pour appréhender de nouveaux objets et lutter contre la fragmentation et l'isolement des milieux⁷⁵. En réponse à ces nouveaux enjeux, la loi « Grenelle I » du 3 août 2009⁷⁶ se fixe comme objectif d'introduire un dispositif innovant de « Trame verte et bleue » (TVB) pour assurer le maintien et la restauration de ces continuités écologiques. Les TVB seront par la suite explicitement introduites dans le Code de l'environnement et rendues opérationnelles par la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010⁷⁷. Si cette attention nouvelle portée à la connectivité de l'espace que l'on protège témoigne d'une biodiversité « pensée non comme des stocks à conserver dans des réserves mais comme des flux permanents dans des paysages mosaïques hétérogènes »⁷⁸, en revanche de nombreuses approches de conservation des espèces et des habitats restent marquées par une vision « fixiste »⁷⁹. Essentiellement fondés sur des inventaires statiques d'espèces et milieux remarquables, les classements de type ZNIEFF ou Natura 2000 ne prennent néanmoins pas suffisamment en compte « [les éléments historiques, [les] probabilités de survie à long terme,

⁷¹ Art. L. 411-1 et s. du C. env.

⁷² DOUSSAN I. (coord.), COUVET D., SALLES J.-M., « Valeurs et services de la biodiversité », préc., p. 17.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ BONNIN M., « Les corridors écologiques : vers un troisième temps du droit de conservation de la nature ? », préc.

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Loi « Grenelle I » n° 2009-967 du 3 août 2009, préc.

⁷⁷ Art. 121 et 122 de la loi Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010, préc.

⁷⁸ BONNEUIL C., « Une nature liquide ? Les discours de la biodiversité dans le nouvel esprit du capitalisme », préc., p. 207.

⁷⁹ LAFON X., « La notion de service écosystémique : Inscrire la contribution de l'environnement dans les processus de décision », Support de l'intervention réalisée au pôle littoral du CGEDD, 15 décembre 2010, p. 4 ; ALEXANDRE R., « La conservation de la biodiversité est-elle une démarche fixiste ? », Hydrauxois, 2017, *en ligne* [<http://www.hydrauxois.org/2017/08/la-conservation-de-la-biodiversite-est.html>].

[et les] évolutions attendues en situation de changement climatique »⁸⁰. De la même manière, la biodiversité dite « ordinaire » peine à bénéficier de dispositifs de protection⁸¹, alors pourtant qu'elle contribue à la production de nombreuses ressources naturelles indispensables aux activités humaines. Les politiques de protection de l'environnement ayant échoué à réduire le rythme de détérioration de la biodiversité, nous assistons depuis une quinzaine d'années à une appropriation de ces thématiques par les sciences économiques.

II.- L'INTÉGRATION DE LA DIMENSION ÉCONOMIQUE DANS LA SPHÈRE DE LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

9. Clef de voûte du fonctionnement des écosystèmes, la biodiversité conditionne, du point de vue économique, la production de nombreux biens (nourriture, eau, matières premières, etc.) et services (approvisionnement en eau, purification de l'air, recyclage naturel des déchets, formation du sol, pollinisation, etc.) indispensables au bien-être et au développement des sociétés humaines. Les avantages qui découlent de ces biens et services, de même que les coûts supportés par la société pour leur préservation ou du fait de leur détérioration, ne sont toutefois pas suffisamment pris en compte dans le circuit de production, au regard duquel ils ne possèdent qu'une valeur externe⁸². Dès lors, les valeurs de la nature – et partant les coûts liés à son entretien ou à sa destruction – ne se retrouvent pas « pleinement reflétés dans les prix du marché »⁸³, de sorte qu'elles seraient largement invisibles et échapperaient aux calculs et stratégies des acteurs économiques. Cette défaillance du marché constituerait ainsi un des principaux facteurs d'appauvrissement de la biodiversité⁸⁴. Sous l'influence de courants issus des sciences économiques, un important « tournant politique, géopolitique et idéologique »⁸⁵ a été opéré à partir des années 1990 dans le choix des moyens pour lutter contre l'érosion de la

⁸⁰ ALEXANDRE R., « La conservation de la biodiversité est-elle une démarche fixiste ? », préc.

⁸¹ « Face à un manque de définition scientifique opérationnelle de la nature ordinaire, nous proposons une clef de détermination de cette notion reposant sur trois critères : absence de nature remarquable, dépendance de fonctionnement vis-à-vis de l'homme et faible complexité » : PELLEGRIN C., SABATIER R., NAPOLÉONE C., DUTOIT T., « Une définition opérationnelle de la nature ordinaire adaptée à la compensation écologique. Le cas contrasté des régions Centre, Champagne-Ardenne et Paca », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, p. 170 ; TREILLARD A., *L'appréhension juridique de la nature ordinaire*, Université de Limoges, 2019, dactyl., 589 p.

⁸² D'un point de vue économique, l'extériorité des biens et services rendus par les écosystèmes par rapport au marché ne signifie pas que ces derniers ne possèdent pas de valeur écologique, sociale, culturelle ou économique, mais, simplement, qu'ils ne possèdent pas de valeur d'échange.

⁸³ OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, Éditions OCDE, 2014, p. 3.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 3.

⁸⁵ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 26.

biodiversité. Légitimée notamment par les thèses du biologiste américain Garrett Hardin jetant le discrédit sur les politiques publiques de protection de l'environnement⁸⁶, l'évaluation économique des écosystèmes s'est ainsi progressivement affirmée comme un nouveau levier pour souligner l'importance de préserver la biodiversité et les écosystèmes (§1). Ce mouvement s'est également accompagné du déploiement d'instruments novateurs (§2).

§1-. L'ÉVALUATION ÉCONOMIQUE APPLIQUÉE À LA BIODIVERSITÉ ET AUX ÉCOSYSTÈMES

10. Abondantes, les ressources naturelles⁸⁷ exploitées par l'Homme ont longtemps été considérées comme inépuisables. Néanmoins, leur raréfaction contribue aujourd'hui à en révéler le coût, tant pour en assurer le maintien que le remplacement⁸⁸. Or, si donner un prix à la nature dans sa globalité est contesté dans son principe⁸⁹, cet exercice s'avère impossible dans son application⁹⁰. La monnaie constituant un « langage commun »⁹¹, il apparaît toutefois possible de contourner la difficulté « [en créant ou en révélant] un montant monétaire, un prix ou un tarif pour certains de ses usages ou de ses fonctions »⁹². Ainsi, la valeur économique des services rendus par les écosystèmes a été estimée à plus de 33.000 milliards de dollars par an⁹³, dont 3.251 milliards de dollars rien que pour les services de pollinisation⁹⁴. Ce faisant, l'évaluation économique contribue à « aplanir les valeurs sur une seule échelle, les transposant toutes dans une même unité monétaire. Mais si le prix d'un bien, réel ou fictif, peut nous

⁸⁶ HARDIN G., « The Tragedy of the Commons », *Science*, 13 déc. 1968, Vol. 162, Issue 3859, pp. 1243-1248.

⁸⁷ On peut définir les ressources naturelles comme étant les « stocks de matières présentes dans le milieu naturel qui sont à la fois rares et économiquement utiles pour la production ou la consommation, soit à l'état brut, soit après un minimum de transformation » : OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010. Le commerce des ressources naturelles*, Organisation Mondiale du Commerce, 2010, p. 46.

⁸⁸ D'après la règle d'Hotelling, formulée par l'économiste du même nom en 1930, « à mesure que les stocks d'une ressource non renouvelable diminuent, les prix de celle-ci augmente » : GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 21.

⁸⁹ V. notamment en ce sens : SALLES J.-M., « Évaluer la biodiversité et les services écosystémiques : pourquoi, comment et avec quels résultats ? », *NSS*, vol. 18, n° 4, déc. 2010, p. 417 ; BARDE J.-Ph., *Économie et politique de l'environnement*, PUF, 2^{ème} éd., 1992, p. 31 ; RÉMOND-GOUILLOUD M., « Le prix de la nature : l'évaluation du patrimoine naturel », *RFAP*, n° 53, 1990, pp. 61-68.

⁹⁰ TORDJMAN H., BOISVERT V., « L'idéologie marchande au service de la biodiversité ? », *Mouvements*, 2012/2 n° 70, p. 39.

⁹¹ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 35.

⁹² *Ibid.*, p. 43.

⁹³ COSTANZA R. et al., « The value of the world's ecosystem services and natural capital », *Nature*, 387, 1997, p. 256.

⁹⁴ KLEIJN D. et al., « Delivery of crop pollination services is an insufficient argument for wild pollinator conservation », *Nature communications*, 6, 2015, p. 3.

informer, sur un mode comparatif, de l'importance qu'on lui donne relativement à d'autres biens, il ne nous dit pas grand-chose sur la nature de la valeur qui lui est accordée »⁹⁵. Permettant d'un point de vue théorique de « rendre visible l'invisible »⁹⁶, cette mise en économie de la nature repose sur une pluralité de valeurs et de méthodes d'évaluations monétaires (A). Dans le cadre de ces analyses, le concept de « services écosystémiques » s'est imposé à partir des années 1990 comme un « point de rencontre entre disciplines, relativement rassembleur »⁹⁷ ainsi qu'un moyen de souligner l'intérêt de préserver la biodiversité et les écosystèmes (B).

A.- LES MÉTHODES DE L'ÉVALUATION ÉCONOMIQUE

11. Procéder à une évaluation économique, « c'est déterminer une grandeur et lui attribuer une valeur »⁹⁸. Au centre de l'analyse économique, le concept de valeur « exprime quelquefois l'utilité d'un objet particulier, quelquefois le pouvoir d'acheter d'autres biens avec la possession que cet objet apporte. Dans un cas on parle de "valeur d'usage", dans l'autre de valeur d'échange »⁹⁹. Jean-Michel Salles souligne que la question de la valeur des services de la nature a été posée dès la fin des années 1970, avant même l'invention du terme « biodiversité »¹⁰⁰. Un bien ou un actif environnemental est ainsi susceptible de rendre de nombreux services qui sont de nature différente et qui vont tous contribuer à former sa valeur économique totale (VET)¹⁰¹. Cette dernière se décompose classiquement entre, d'une part, des valeurs d'usage (« *use value* ») et, d'autre part, des valeurs de non-usage (« *non-use value* »)¹⁰². En pratique, les méthodes de monétarisation s'attachent, non pas à estimer la valeur économique totale de la biodiversité, mais seulement celle de ses composantes les plus faciles à approcher. Largement

⁹⁵ MARIS V., REVÉRET J.-P., « Les limites de l'évaluation économique de la biodiversité », *Cahiers de l'éthique : la revue du CREUM*, 2009, vol. 4, n° 1, p. 60.

⁹⁶ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 37.

⁹⁷ LAFON X., « La notion de service écosystémique : Inscrire la contribution de l'environnement dans les processus de décision », préc., p. 1.

⁹⁸ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes*, préc., p. 130.

⁹⁹ SMITH A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, W. Strahan and t. Cadell, London, 1776, Two Volumes.

¹⁰⁰ SALLES J.-M., « Évaluer la biodiversité et les services écosystémiques : pourquoi, comment et avec quels résultats ? », préc., p. 414.

¹⁰¹ La valeur économique totale est un concept économique visant à fournir une mesure globale de la valeur économique d'un actif naturel, et dont la définition la plus courante a été proposée par le philosophe David Pearce et l'économiste Dominic Moran : PEARCE D., MORAN D., *The economic value of biodiversity*, Earthscan, London, 1994, 172 p.

¹⁰² V. notamment sur ce point : LAITOS J. G., *The right of Nonuse*, Oxford University Press, 2013, 256 p.

privilégiées dans le cadre des tentatives d'évaluation économique de la biodiversité et des services écosystémiques¹⁰³, les valeurs d'usage se définissent comme « les avantages que nous retirons de la consommation d'un actif naturel »¹⁰⁴. Elles sont ainsi la somme des valeurs d'usage direct¹⁰⁵, indirect¹⁰⁶ et d'option¹⁰⁷. La valeur de non-usage intègre à la fois la valeur d'option, la valeur de legs et la valeur d'existence (ou valeur intrinsèque). Ce faisant, elle renvoie « soit à des usages futurs qu'il faut préserver, soit à l'existence même du bien que l'on peut souhaiter protéger indépendamment de tout usage présent ou futur »¹⁰⁸.

12. La valeur de la biodiversité ou des services rendus par les écosystèmes n'étant pas établie par le marché, il convient dès lors de faire appel à des méthodes « indirectes » qui révéleront la valeur monétaire – le prix – que l'on peut leur attribuer. En économie, le prix constitue en effet « l'expression monétaire de la valeur d'échange d'une unité de bien ou de service »¹⁰⁹. Appliqué à l'environnement, il « est censé envoyer un signal sur l'état des stocks d'une ressource naturelle (c'est ce que l'on appelle le "signal-prix") »¹¹⁰. Compte tenu de leur nombre et de leur hétérogénéité, il existe une grande « diversité des moyens d'appréhender les valeurs de la biodiversité »¹¹¹. Parmi la diversité des méthodes disponibles, les évaluations monétaires se sont progressivement imposées à partir des 1990 comme un cadre de référence pour la production de valeurs monétaires de la biodiversité et des services écosystémiques¹¹². Essentiellement au nombre de quatre¹¹³, les méthodes d'évaluation monétaires employées pour révéler ces valeurs vont s'appuyer sur les prix de marché – ou prix réels –, les coûts observables – ou prix hédonistes –, les prix révélés, et les prix « tutélaires »¹¹⁴. Ces différentes méthodes

¹⁰³ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes*, préc., p. 9.

¹⁰⁴ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 44.

¹⁰⁵ « La valeur d'usage direct correspond aux services de la nature directement utilisés par les êtres humains : l'alimentation, l'énergie, les matériaux de construction, les usages pharmaceutiques, la biomasse, mais aussi les pratiques récréatives ou esthétiques », *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁶ « La valeur d'usage indirect est quant à elle censée exprimer les avantages issus du maintien, de la protection ou de la remise en état des écosystèmes », *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁷ « La valeur d'option représente les usages potentiels de la nature : la conservation et le maintien des paysages, etc. », *Ibid.*, p. 44.

¹⁰⁸ BONTEMS Ph., ROTILLON G. (dir.), *L'économie de l'environnement*, La Découverte, 2013, p. 25.

¹⁰⁹ SILEM A., *Lexique d'économie*, Dalloz, 15^e éd., 2018, p. 684.

¹¹⁰ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 20.

¹¹¹ MARIS V., « Les valeurs en question », in ROCHE P., GEIJZENDORFFER I., LEVREL A., MARIS V. (dir.), *Valeurs de la biodiversité et services écosystémiques. Perspectives interdisciplinaires*, Quæ, 2016, p. 29.

¹¹² *Ibid.*, p. 30.

¹¹³ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 46.

¹¹⁴ Pour une synthèse des méthodes d'évaluations économiques, V. notamment : DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-*

d'évaluation restent néanmoins pour la plupart insatisfaisantes pour prendre en compte l'ensemble des valeurs de la biodiversité et des écosystèmes¹¹⁵.

B.- LES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES, UNE CONSTRUCTION ÉCONOMIQUE AU SERVICE DU RENOUVELLEMENT DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER LA BIODIVERSITÉ

13. Devenu « incontournable »¹¹⁶, le concept de services écosystémiques – ou services écologiques, ou encore de services rendus par les écosystèmes¹¹⁷ – s'est imposé depuis une dizaine d'années dans les discours des politiques environnementales comme un moyen d'explicitier et de légitimer l'intérêt à préserver la biodiversité au regard des avantages que l'on en retire. Bien que sa généalogie soit encore discutée¹¹⁸, il est communément admis que le concept de services écosystémiques puise ses origines dans la prise de conscience, à partir des années 1970 aux États-Unis, de l'impact de l'Homme sur l'environnement au niveau global et la surexploitation des ressources naturelles¹¹⁹, et dans le développement, à partir des années 1980, de l'écologie de la conservation¹²⁰. Réalisé en 1970, le rapport du *Study of Critical*

environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final, Oréade-Brèche, juin 2016, p. 31 et s.

¹¹⁵ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 17 ; DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 41.

¹¹⁶ MÉRAL P., PESCHE D., « Introduction », in MÉRAL P., PESCHE D. (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, p. 15.

¹¹⁷ Ces appellations sont la plupart du temps considérées comme synonymes. V. par ex. : MÉRAL Ph., « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendances récentes », *NSS*, vol. 20, n° 1, 2012, p. 5.

¹¹⁸ Aurélie Cardona relève que « certains auteurs affirment que la notion de services écosystémiques était déjà implicite depuis Platon » : CARDONA A., « L'introduction de la notion de "services écosystémiques" : pour un nouveau regard sur le sol ? », 6^{ème} Journées de Recherches en Sciences Sociales, Toulouse, décembre 2012, p. 4 ; De la même manière, Philippe Méral énonce que « si l'on peut remonter à Platon pour identifier les premiers écrits mettant en avant le rôle des forêts dans la lutte contre l'érosion, on peut, à l'instar de Mooney et Ehrlich (1997), citer des auteurs tels que Marsh (1864), Osborn (1948), Vogt (1948), Leopold (1949) comme les précurseurs contemporains de la notion de service écosystémique » : MÉRAL P., « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendances récentes », préc., p. 3.

¹¹⁹ Philippe Méral met en avant l'influence d'un certain nombre d'événements, parmi lesquels la création de l'Environmental Protection Agency (EPA) en 1970 aux États-Unis, la publication en 1972 à sur commande du Club de Rome du rapport Meadows sur les limites de la croissance (« *The Limits To Growth* »), la Conférence des Nations Unies sur l'environnement de Stockholm qui s'était tenue du 5 au 16 juin 1972, la crise pétrolière de 1973, et plus généralement la naissance du mouvement écologiste américain : MÉRAL P., « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendances récentes », préc., p. 5.

¹²⁰ V. notamment sur ce point : BONIN M., ANTONA M., *Généalogie scientifique et mise en politique des SE (services écosystémiques et services environnementaux)*, Document de travail n° 2010-1, Programme Serena, 2010, p. 5 ; BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques

*Environmental Problem*¹²¹ proposa ainsi une première typologie des services écosystémiques en établissant une liste de « *environmental services* » provenant des « *ecosystem functions* » : « *pest control, insect pollination, fisheries, climate regulation, soil retention, flood control, soil formation, cycling of matter, composition of the atmosphere* »¹²². Introduisant pour la première fois le terme de services des écosystèmes – *ecosystem services* –, les travaux menés par Paul et Anne Ehrlich, Harold Mooney, et Gretchen Daily ont participé d'une volonté de faire prendre conscience de l'impact de la disparition des fonctions écologiques assurées par les écosystèmes sur le bien être humain¹²³. Dans cette première approche, l'importance des services fournis par les écosystèmes sera soulignée sans pour autant intégrer leur évaluation monétaire¹²⁴, l'objectif consistant seulement à analyser la dépendance des systèmes économiques par rapport aux écosystèmes et au fonctionnement général de la biosphère¹²⁵. Bien que l'écologue américain Walter Westman se soit employé à réaliser une première tentative d'évaluation monétaire des « *Nature's services* » en 1977¹²⁶, ce n'est qu'à partir des années 1990, avec le développement de l'écologie économique (*ecological economics*), que des économistes vont utiliser plus largement le concept de service écosystémique ainsi que les outils de l'évaluation monétaire appliqués à la biodiversité et aux écosystèmes pour alerter l'opinion et les gouvernements sur l'importance d'en assurer la préservation¹²⁷. Plus particulièrement, l'année 1997 s'est imposée comme un « marqueur important » de l'émergence du concept de service écosystémique¹²⁸, avec la publication de l'ouvrage « *Nature's Services* » de Gretchen Daily¹²⁹, et par la

et services environnementaux », *Vertigo*, Vol. 13 n° 3, déc. 2012, §. n° 5, en ligne [<http://vertigo.revues.org.ezscd.univ-lyon3.fr/13147>] ; CARDONA A., « L'introduction de la notion de « services écosystémiques » : pour un nouveau regard sur le sol ? », préc., p. 4 ; MÉRAL P., « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendances récentes », préc., p. 5.

¹²¹ Study of Critical Environmental Problems (SCEP), *Man's Impact on the Global Environment: Assessment and Recommendations for Action*, Cambridge, MIT Press, 1970, 319 p.

¹²² *Ibid.*, pp. 122-125.

¹²³ EHRLICH P.R., EHRLICH A., *Extinction: the causes and consequences of the disappearance of species*, Random House, New York, 1981, 305 p. ; EHRLICH P.R., MOONEY H.A., « Extinction, substitution, and ecosystem services », *BioScience*, 33, 1983, pp. 248-254 ; EHRLICH P.R., WILSON O., « Biodiversity Studies - Science and Policy », *Science*, 253, 5021, 1991, pp. 758-762 ; DAILY G. C., *Nature's services : societal dependence on natural ecosystems*, Washington D.C., Island Press, 1997, 412 p.

¹²⁴ BONIN M., ANTONA M., *Généalogie scientifique et mise en politique des SE (services écosystémiques et services environnementaux)*, préc., p. 8.

¹²⁵ MÉRAL Ph., *L'histoire du concept de services écosystémiques*, Repères pour l'action, fiche n° 2, SERENA, 2013, p. 3.

¹²⁶ WESTMAN W.-E., « How much are Nature's services worth ? », *Science*, n° 197, 1977, pp. 960-964.

¹²⁷ MÉRAL Ph., *L'histoire du concept de services écosystémiques*, préc., p. 3.

¹²⁸ BONIN M., ANTONA M., *Généalogie scientifique et mise en politique des SE (services écosystémiques et services environnementaux)*, préc., p. 5 ; BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », préc., §. n° 6.

¹²⁹ DAILY G. C., « Nature's services: societal dependence on natural ecosystems », préc.

publication dans la revue *Nature* de l'article de Robert Costanza intitulé « *The value of the world's ecosystem services and natural capital* »¹³⁰. Issus de disciplines différentes, Gretchen Daily (biologiste) et Robert Costanza (économiste) vont pourtant chercher, de manière commune, à « identifier et mesurer le rôle de la nature et de ses fonctions écologiques »¹³¹.

14. Les évaluations économiques ont connu un essor significatif suite à la publication en 2005 des conclusions du rapport de l'Évaluation des écosystèmes pour le millénaire – *Millennium Ecosystem Assessment* (MEA) –, réalisé sous la coordination du Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE)¹³². Si le MEA est indéniablement une étape « clef » dans la diffusion du concept de service écosystémique¹³³, celui-ci constituerait plus un « marqueur politique de l'apparition de ce concept qu'à proprement parler le point zéro de celui-ci »¹³⁴. L'objectif du MEA était, pour l'essentiel, d'étudier les conséquences d'une modification de l'écosystème sur le bien-être humain et de poser les bases scientifiques nécessaires pour améliorer la conservation et l'utilisation durable des écosystèmes. À cette fin, ces travaux se sont largement appuyés sur les « services d'origine écosystémique » – ou « services que procurent les écosystèmes ». Définis comme « les bénéfiques que les humains tirent des écosystèmes, ceux-ci comprennent des services de prélèvement tels que la nourriture, l'eau, le bois de construction, et la fibre ; des services de régulation qui affectent le climat, les inondations, la maladie, les déchets, et la qualité de l'eau ; des services culturels qui procurent des bénéfiques récréatifs, esthétiques, et spirituels ; et des services d'auto-entretien tels que la formation des sols, la photosynthèse, et le cycle nutritif »¹³⁵. Ceux-ci résulteraient des fonctions

¹³⁰ COSTANZA R. et al., « The value of the world's ecosystem services and natural capital », préc., pp. 253-260.

¹³¹ BONIN M., ANTONA M., *Généalogie scientifique et mise en politique des SE (services écosystémiques et services environnementaux)*, préc., p. 5 ; BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », préc., §. n° 7.

¹³² Évaluation des Écosystèmes pour le Millénaire (Millennium Ecosystems Assessment – MEA), *Rapport de synthèse sur l'Évaluation des Écosystèmes pour le Millénaire*, Island Press, Washington, DC, 2005.

¹³³ BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », préc., §. n° 10 ; MÉRAL Ph., « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendance récentes », préc., p. 4.

¹³⁴ MÉRAL Ph., « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendance récentes », préc., p. 4 ; Plus encore, Marie Bonnin relève très justement que, dès les années 1970, certaines conventions internationales, au premier rang desquelles la Convention de Ramsar relative aux zones humides du 2 février 1971, traitaient des « fonctions des écosystèmes qui sont à rapprocher du concept de services écosystémiques » : BONNIN M., « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », *Vertigo*, Vol. 12, n° 3, déc. 2012, 31 Oct. 2012, 12 p., en ligne, [<http://journals.openedition.org/vertigo/12889>].

¹³⁵ MEA, « Rapport de synthèse de l'Évaluation des Écosystèmes pour le Millénaire », préc., p. 9 ; Pour une définition alternative, V. également : les services écosystémiques sont les services qui « correspondent aux effets bénéfiques, pour l'environnement naturel ou pour la population, qui résultent des fonctions assurées par les

assurées par les écosystèmes – ou fonctions écologiques –, désignées comme les « processus biologiques de fonctionnement et de maintien des écosystèmes »¹³⁶.

15. Si la définition du MEA semble être « l'objet d'un consensus »¹³⁷, il est en revanche établi que la liste des services écosystémiques n'est pas encore « stabilisée »¹³⁸, mais susceptible de s'étendre au fil des découvertes de nouvelles fonctions écologiques. Dans le prolongement du MEA, de nombreux travaux et études ont en effet été dédiés à l'évaluation de la biodiversité et des services écosystémiques : Groupe d'étude économie des écosystèmes et de la biodiversité (*The Economics of Ecosystems and Biodiversity* – TEEB) ; Plateforme intergouvernementale sur la biodiversité et les services écosystémiques (*Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* – IPBES) ; Typologie internationale des services écosystémiques (*Common International Classification of Ecosystem Services* – CICES) ; Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (*Food and Agriculture Organisation* – FAO) ; Groupe Cartographie et évaluation des écosystèmes et de leurs services (Group Mapping and Assessment of Ecosystems and their Services – MAES) de la Commission européenne ; rapport du Centre d'analyse stratégique de 2009 intitulé « Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique » ; ou bien encore la Plateforme Évaluation française des écosystèmes et des services écosystémiques (EFESE), qui constitue la déclinaison nationale du MEA, et contribue à alimenter la plate-forme (IPBES). Devenu un outil incontournable pour alerter décideurs politiques, acteurs économiques et grand public sur l'urgence de protéger la biodiversité et les écosystèmes, le concept de services écosystémiques s'impose depuis peu comme un « vecteur de promotion d'instruments de régulation marchande »¹³⁹.

écosystèmes » : OCDE, *Payer pour la biodiversité. Améliorer l'efficacité-coût des paiements pour services écosystémiques*, Éditions OCDE, Paris, 2011, p. 26 ; OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 30.

¹³⁶ MAUREL F., *Projet de caractérisation des fonctions écologiques des milieux en France*, CGDD, Études et documents, coll. Économie et évaluation, n° 20, mai 2010, p. 5.

¹³⁷ BONIN M., ANTONA M., *Généalogie scientifique et mise en politique des SE (services écosystémiques et services environnementaux)*, préc., p. 8 ; BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », préc., §. n° 15.

¹³⁸ BOISVERT V., « Les services écosystémiques : un nouveau concept ? », in THOMAS F., BOISVERT V. (dir), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, p. 223.

¹³⁹ FROGER G. et al., « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », *VertigO*, Vol. 12, n° 3, déc. 2012, §. n° 4, en ligne [<http://journals.openedition.org/vertigo/12900>].

§2.- LA PROMOTION DE « NOUVEAUX » INSTRUMENTS POUR LA PRÉSERVATION DE LA BIODIVERSITÉ ET DES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES

16. Depuis une vingtaine d'années, nous assistons à la consécration dans le domaine de la protection de l'environnement d'une diversité de « nouveaux » outils régulièrement qualifiés d'« instruments de marché »¹⁴⁰. Traduction du vocable anglo-saxon « *market-based instruments for biodiversity* » (MBIs for biodiversity)¹⁴¹, ces derniers reposent sur la croyance selon laquelle « les objectifs environnementaux peuvent être atteints plus efficacement par la mise en œuvre d'instruments axés sur le marché plutôt que par la seule réglementation »¹⁴². Tantôt désignés d'« instruments de marché », d'instruments « basés sur le marché » ou encore d'« instruments économiques »¹⁴³, ces derniers ont vocation à regrouper une pluralité d'instruments qui n'ont en réalité que des liens très distendus avec le marché (A). Parmi cette vaste panoplie de nouveaux outils, les dispositifs de paiements pour services environnementaux (PSE) et de compensation écologique ont acquis une notoriété toute particulière dans les approches internationales et nationales de protection de la biodiversité (B).

A.- L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES « MARKET-BASED INSTRUMENTS FOR BIODIVERSITY »

17. Dans ses travaux de recherche doctorale, l'économiste Coralie Calvet relève que, d'un point de vue économique, « la régulation environnementale peut mobiliser deux types d'approches : l'approche réglementaire, communément nommée par sa terminologie anglo-saxonne "*command and control*", et l'approche économique. L'approche réglementaire repose sur des approches qualifiées de "contraignantes" car elles réglementent les comportements des individus par le biais d'interdictions et de demandes d'autorisation légales, et par l'instauration de normes ou d'objectifs en termes de qualité environnementale, de rejet ou d'utilisation de

¹⁴⁰ TORDJMAN H., BOISVERT V., « L'idéologie marchande au service de la biodiversité ? », préc., p. 31.

¹⁴¹ Soulignons la coexistence d'une pluralité de vocables, parmi lesquels « *market-based instruments for biodiversity and ecosystem services* », ou bien encore « *market-based instruments for biodiversity protection* ».

¹⁴² L'ÉCONOMIE DES ÉCOSYSTÈMES ET DE LA BIODIVERSITÉ (The Economics of Ecosystems and Biodiversity – TEEB), *L'économie des écosystèmes et de la biodiversité pour les décideurs nationaux et internationaux. Résumé : Prendre en compte la valeur de la nature*, nov. 2009, p. 40.

¹⁴³ À titre d'exemple, le Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement parle indifféremment d'instruments économiques et d'instruments de marché : Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes*, Bruxelles, COM(2007) 140 final, 28 mars 2007.

matière ou de procédés polluants. Ces mesures sont assorties de sanctions en cas de non respect des règles [...]. L'approche économique repose sur des mécanismes incitatifs. Il s'agit des systèmes de taxes, de paiements, de subventions, et des systèmes de quotas ou de permis échangeables, alors qualifiés de *mécanismes de marché*. Ces instruments engagent, et reposent sur, l'intérêt économique des agents. Ces mécanismes agissent sur le comportement des individus en modifiant leur décision par l'introduction d'une incitation économique liée à leurs activités utilisant la biodiversité. Si les dégradations environnementales représentent des coûts pour les agents privés, il est attendu que ces coûts incitent les individus à modifier leur projet, certes à des fins économiques, mais permettant *in fine* de limiter les impacts sur l'environnement »¹⁴⁴. Inspirés des théories économiques néoclassiques, les « instruments économiques » – également appelés « instruments de marchés » – ont émergé rapidement dans le domaine de la préservation de la biodiversité et des services écosystémiques¹⁴⁵. Adoptée en 1992 lors du sommet de la Terre de Rio, la Convention sur la diversité biologique « a marqué un tournant important en inscrivant dans ses principes la promotion des instruments économiques »¹⁴⁶. Elle énonce, dans son principe 16, que « les autorités nationales devraient s'efforcer de promouvoir l'internalisation des coûts de protection de l'environnement et l'utilisation d'instruments économiques, en vertu du principe selon lequel c'est le pollueur qui doit, en principe, assumer le coût de la pollution, dans le souci de l'intérêt public et sans fausser le jeu du commerce international et de l'investissement ». Dans sa Stratégie de mobilisation des ressources, la Conférence des parties identifie six « mécanismes de financement nouveaux et novateurs » à étudier¹⁴⁷, que sont les régimes de paiement des services fournis par les écosystèmes¹⁴⁸, les mécanismes de compensation de la diversité biologique, la fiscalité

¹⁴⁴ CALVET C., *Analyse de l'utilisation de la compensation écologique dans les politiques publiques comme outil de conciliation des intérêts économiques et des objectifs de conservation de la biodiversité*, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2015, dactyl., p. 15.

¹⁴⁵ BROUGHTON E., PIRARD R., *Instruments de marché pour la biodiversité : la réalité derrière les termes*, Analyse de l'IDDRI, n° 03/11, mai 2011, p. 17.

¹⁴⁶ FOYER J. et al., « Chapitre 9. Néolibéraliser sans marchandiser ? La bioprospection et les mécanismes REDD dans l'économie de la promesse », in COMPAGNON D. (éd.), *Les politiques de biodiversité*, Presses de Sciences Po, 2017, p. 235.

¹⁴⁷ Décision IX/11 prise dans le cadre de la 9^{ème} Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique, 9 octobre 2008. Notons que l'expression « mécanismes de financement nouveaux et novateurs » a été remplacée dans les décisions adoptées lors de la COP12 par « mécanismes de financement de la diversité biologique ».

¹⁴⁸ Le texte opère une confusion entre paiements pour services environnementaux et paiements pour services écosystémiques.

environnementale¹⁴⁹, les mécanismes financiers innovateurs¹⁵⁰, l'intégration de la biodiversité et des services associés fournis par les écosystèmes dans le financement international pour le développement ainsi que la prise en compte de la biodiversité dans l'élaboration de mécanismes de financement pour les changements climatiques. Dans le prolongement de ces travaux, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) intègre les « instruments économiques » comme une des trois catégories d'« instruments axés sur la préservation et l'utilisation durable de la biodiversité », au même titre que les approches réglementaires et les instruments informationnels et volontaires¹⁵¹. Selon la classification qu'elle opère, ces instruments rassemblent notamment les instruments axés sur les prix¹⁵², les paiements pour services écosystémiques, les dispositifs de compensation écologique, ou encore les permis négociables. En dépit de très nombreuses évocations de ces instruments dans les discours sur la conservation de la biodiversité et la fourniture de services écosystémiques, il n'existe toutefois pas « de définition claire et consensuelle des instruments de marché »¹⁵³. Ce faisant, tout outil qui repose sur un système de prix donné à la biodiversité ou à certains de ses éléments est mécaniquement qualifié « d'instrument de marché »¹⁵⁴. Pourtant, la majorité de ces instruments ne possèdent en réalité qu'« une relation très vague avec les marchés tels que définis par la théorie économique standard »¹⁵⁵.

18. Le choix de qualifier « d'instruments de marché » de nombreux instruments de gestion de la biodiversité et des services écosystémiques n'est pas neutre¹⁵⁶. Pour les uns, l'utilisation appuyée du terme « marché » semble trouver sa justification dans les « vertus performatives » véhiculées par cette qualification¹⁵⁷. Pour ses détracteurs, cette même qualification serait à

¹⁴⁹ Sont évoqués, les « modes de taxation novateurs et des incitations fiscales », Décision IX/11, préc.

¹⁵⁰ Sont évoqués, les « marchés de produits écologiques, les partenariats affaires-diversité biologique et de nouvelles formes d'actions caritatives », Décision IX/11, préc.

¹⁵¹ OCDE, Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité, préc., p. 33 et s ; OCDE, *Payer pour la biodiversité. Améliorer l'efficacité-coût des paiements pour services écosystémiques*, préc., p. 3.

¹⁵² Sont évoqués, les taxes, les droits et redevances, et les subventions destinées à promouvoir la biodiversité.

¹⁵³ BROUGHTON E., PIRARD R., *Instruments de marché pour la biodiversité : la réalité derrière les termes*, préc., p. 15.

¹⁵⁴ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 27.

¹⁵⁵ BROUGHTON E., PIRARD R., *Instruments de marché pour la biodiversité : la réalité derrière les termes*, préc., p. 43.

¹⁵⁶ Selon Emma Broughton et Romain Pirard, « le terme de marché semble être adopté par défaut, plutôt comme un moyen de faire la distinction avec toutes les autres approches qui ne conduisent pas à mettre un prix sur la nature, d'une manière ou d'une autre ». BROUGHTON E., PIRARD R., *Instruments de marché pour la biodiversité : la réalité derrière les termes*, préc., p. 43.

¹⁵⁷ BOISVERT V., « Les services écosystémiques : un nouveau concept ? », préc., p. 227.

l'inverse utilisée « pour les disqualifier en tant que solutions néolibérales visant à marchandiser la nature »¹⁵⁸. Pourtant, bien que le vocabulaire associé aux « instruments de marché » soit ouvertement marchand, ces dispositifs ne présentent que « quelques analogies formelles avec des marchés ou des contrats »¹⁵⁹. Ce faisant, nous nous rallierons au point de vue selon lequel la catégorie « instruments de marché » constitue en réalité le plus souvent un simple substitut aux termes « monétaire » ou « économique »¹⁶⁰.

19. De la même manière que le rattachement du qualificatif « écologique » aux compensations résulte d'une volonté d'insister sur l'importance d'assurer la finalité écologique de ce dispositif¹⁶¹, nous privilégierons l'emploi du terme « instruments économiques » pour désigner l'ensemble des dispositifs regroupés sous l'anglicisme « *market-based instruments for biodiversity* ». Ce choix permettra d'opérer dans la suite de nos développements une distinction nette entre, d'une part, instruments économiques et instruments de type réglementaire et, d'autre part, de clarifier l'ambiguïté entre ces instruments et le « marché ». Ce faisant, parmi la diversité des définitions qui coexistent, nous qualifierons d'« économique » l'ensemble des instruments qui, fondés sur une incitation des acteurs économiques, ambitionnent d'atteindre un objectif environnemental donné à moindre coût au regard des objectifs poursuivis.

B.- LES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX ET DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

20. Parmi la diversité des « instruments économiques », un rapprochement particulier est opéré entre mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Bien que distincts dans leur principe, les marchés de biodiversité et les paiements pour services environnementaux sont parfois désignés par la doctrine juridique comme des « instruments économiques »¹⁶². L'un, comme l'autre, sont également présentés

¹⁵⁸ KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., « Du mésusage des métaphores. Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ? », in HALPERN Ch., LASCOURMES P., LE GALÈS P. (dir.), *L'instrumentation de l'action publique - Controverses, résistances, effets*, Sciences Po, 2014, p. 184.

¹⁵⁹ BOISVERT V., « Les services écosystémiques : un nouveau concept ? », préc., p. 227.

¹⁶⁰ PIRARD R., BROUGHTON E., *Les instruments de marché pour la biodiversité : la réalité derrière les termes*, préc., p. 15.

¹⁶¹ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, LGDJ, 2015, p. 33.

¹⁶² PARANCE B., « La protection de la biodiversité. Entre protection et accès », préc., p. 234 et s.

comme un moyen d'inciter à protéger les services environnementaux et/ou écosystémiques¹⁶³. Les travaux qui leur sont consacrés font encore trop souvent l'objet d'importantes confusions terminologiques et conceptuelles. Ce constat se résume parfaitement dans un avis du Comité pour l'économie verte du 29 octobre 2015, qui attribue notamment à cette structure la mission d'analyser « des instruments économiques nouveaux permettant d'accélérer la transition vers l'économie verte, comme la diffusion à d'autres secteurs des mécanismes des certificats d'économies aujourd'hui appliqués à la consommation d'énergie, ainsi que les mécanismes économiques favorisant l'investissement de recapitalisation écologique, tels que les marchés de compensation ou les systèmes de paiement pour services écologiques »¹⁶⁴. Il apparaît dès lors essentiel, pour la suite de nos développements, de définir les deux objets de notre étude, que sont, d'une part, les mécanismes de paiements pour services environnementaux (1) et, d'autre part, les dispositifs de compensation écologique (2).

1.- L'indétermination qui entoure la définition des paiements pour services environnementaux

21. Les questionnements relatifs aux paiements pour services environnementaux ont été investis pour l'essentiel par la littérature économique. L'implication très forte des sciences économiques se justifie du fait que ces dispositifs visent, par définition, à modifier le comportement des acteurs économiques par le recours à des incitations monétaires. En dépit d'une production doctrinale dont le rythme tend à s'accélérer depuis 2005 et la publication du MEA, il règne en matière de services écosystémiques et de paiements pour services environnementaux « une certaine confusion sémantique »¹⁶⁵. Si la définition des services écosystémiques semble bien établie, en revanche, celle de la notion de service environnemental,

¹⁶³ V. notamment ce sens : DOUAI A., DOUSSAN I., « Construire des marchés pour la compensation et les services écologiques : enjeux et controverses. Introduction au numéro spécial », *RIDE*, 2015/2, p. 135 ; LAFFITTE P., SAUNIER C., *Rapport sur les apports de la science et de la technologie au développement durable, Tome II : « La biodiversité : l'autre choc ? l'autre chance ? »*, Doc. AN n° 501, Doc. Sénat n° 131, 12 déc. 2007, p. 163 et s. ; Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - stratégie de l'UE à l'horizon 2020*, COM(2011) 244 final, pp. 13-14 ; COMITÉ POUR L'ÉCONOMIE VERTE, *Les instruments incitatifs pour la maîtrise de l'artificialisation des sols*, 2019, p. 15.

¹⁶⁴ COMITÉ POUR L'ÉCONOMIE VERTE, Avis portant sur le développement des paiements pour services environnementaux (PSE), préc., 29 oct. 2015, p. 1.

¹⁶⁵ BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », préc., §. n° 4 ; nous observons sur ce point une certaine confusion, dans la mesure où Hélène Tordjman et Valérie Boisvert englobent à titre d'exemple les mécanismes théorisés par Sven Wunder sous l'appellation de « paiements pour services écosystémiques » : TORDJMAN H., BOISVERT V., « L'idéologie marchande au service de la biodiversité ? », préc., p. 34.

de même que la distinction entre services écosystémiques et services environnementaux, ne sont pas encore stabilisées¹⁶⁶. Les termes de « services environnementaux » et « services écosystémiques » demeurent en effet fréquemment utilisés de manière indifférenciée¹⁶⁷, notamment dans les textes juridiques¹⁶⁸. Selon Claire Etrillard, « il ressort que le concept de PSE est mobilisé pour rémunérer des services qualifiés tantôt d'environnementaux, tantôt d'écosystémiques. Malgré une proximité linguistique certaine, ces deux notions diffèrent. Les services écosystémiques correspondent aux bénéfices que les hommes retirent des écosystèmes. [...] Quant aux services environnementaux, ils correspondent aux services que les hommes se rendent entre eux afin de maintenir ou d'améliorer les écosystèmes. Aussi, ce qu'il s'agit de rémunérer dans le cadre des PSE, c'est par exemple l'usage particulier d'une ressource, l'adoption de pratiques spécifiques ou bien le renoncement à certaines pratiques ou à certains modes de gestion, et non pas les services écosystémiques eux-mêmes »¹⁶⁹. Au regard de la distinction formulée par l'auteure, les services rendus par les écosystèmes aux êtres humains correspondraient dès lors à des services écologiques et non pas économiques¹⁷⁰, tandis que des « mesures et actions de valorisation ou de préservation de ces services par des agents économiques (individus, collectivités...) » constitueraient des « services économiques »¹⁷¹.

22. Les paiements pour services environnementaux reposeraient, pour l'essentiel, sur le concept d'externalités et le théorème de Ronald Coase¹⁷². Selon cette approche, il existerait, en dehors de toute intervention étatique, un intérêt économique à ce qu'une négociation s'instaure

¹⁶⁶ BONIN M., ANTONA M., *Généalogie scientifique et mise en politique des SE (services écosystémiques et services environnementaux)*, préc., p. 9 ; BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », préc., §. n° 18 ; MEKOUAR M. A., « Aperçu sur quelques outils de promotion internationale des paiements pour services environnementaux en agriculture », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 61.

¹⁶⁷ FROGER G. et al., « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », préc., §. n° 1 ; KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., « Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ? », préc., p. 162.

¹⁶⁸ BONNIN M., « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », préc., §. n° 5 à 9.

¹⁶⁹ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », *Développement durable et territoires*, Vol. 7, n° 1, Avril 2016, §. n° 7, en ligne [<http://developpementdurable.revues.org/11274>].

¹⁷⁰ TEYSSÈDRE A., LANDMANN G., VOREUX C., « Les services écosystémiques, entre exploration du fonctionnement des écosystèmes et monétarisation », *Revue forestière française*, 3/2012, p. 412.

¹⁷¹ *Ibid.* ; V. également en ce sens : KARSENTY A., « Les paiements pour services environnementaux dans les pays en développement : compenser ou récompenser ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 80.

¹⁷² COASE R., « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Oct., 1960, pp. 1-44.

directement entre l'émetteur d'une externalité (le pollueur) et le récepteur de cette externalité (la victime de la pollution). Ce faisant, la négociation permettrait en principe d'aboutir à une entente spontanée sur le niveau de la pollution acceptable, censée déboucher sur le versement par le pollueur d'un paiement qui lui permettra de procéder à « l'internalisation de l'externalité »¹⁷³. En l'absence de définition incontestée des PSE, la plus usitée est celle formulée par l'économiste Sven Wunder. Celui-ci propose de les définir comme « une transaction volontaire, où un service environnemental (SE) bien défini — ou un usage pouvant assurer la fourniture de ce SE — est "acheté" par (au moins) un client de SE à (au moins) un fournisseur de SE, si — et seulement si — le fournisseur de SE assure la fourniture ininterrompue du SE (conditionnalité) »¹⁷⁴. Qualifiée par Marthe Lucas de « définition élastique »¹⁷⁵, celle-ci présente l'avantage d'englober une grande variété d'opérations. Bien que cette définition soit encore aujourd'hui largement reprise, les critiques émises à l'encontre du langage intrinsèquement marchand véhiculé par Wunder¹⁷⁶, et du décalage entre cette définition théorique et la réalité¹⁷⁷, ont conduit de nombreux auteurs à recourir à une définition plus large des paiements pour services environnementaux. Roldan Muradian définit ainsi le PSE comme « un transfert de ressources entre acteurs sociaux, visant à créer des incitations pour aligner les décisions individuelles et/ou collectives d'utilisation des terres avec l'intérêt social de la gestion de ressources naturelles »¹⁷⁸. Très extensive, cette définition présenterait l'avantage de ne pas réduire les PSE à un outil permettant seulement l'internalisation des externalités, mais comme un moyen d'inciter à la mise en place de nouvelles pratiques de gestion des ressources naturelles plus favorables à ces dernières¹⁷⁹. Prenant acte des critiques formulées à son encontre, Sven

¹⁷³ CHERVIER C., MILLET-AMRANI S., MÉRAL Ph., « Les apports de l'économie institutionnelle à l'analyse des dispositifs de paiements pour services environnementaux : État des lieux et perspectives », in *Développement durable et territoires*, Vol. 7 n° 1, Avril 2016, §. n° 16, *en ligne* [<http://developpementdurable.revues.org/11280>].

¹⁷⁴ WUNDER S., « Payments for Environmental Services: Some Nuts and Bolts », Occasional paper n° 42, *CIFOR*, Bogor, p. 3.

¹⁷⁵ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 30.

¹⁷⁶ MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, « Les Paiements pour Préservation des Services Ecosystémiques comme outil de conservation de la biodiversité : Cadres conceptuels et défis opérationnels pour l'action », *Les cahiers de Biodiv'2050*, n° 1, févr. 2014, p. 13.

¹⁷⁷ En pratique, les PSE s'appuieraient moins sur une négociation directe et une transaction marchande entre acteurs privés, que sur des politiques publiques mises en place par l'État ou des organisations non gouvernementales (ONG) et financées par des taxes ou des subventions. V. notamment, en ce sens : CHERVIER C., MILLET-AMRANI S., MÉRAL P., « Les apports de l'économie institutionnelle à l'analyse des dispositifs de paiements pour services environnementaux : État des lieux et perspectives », préc., §17.

¹⁷⁸ MURADIAN R. and al., « Reconciling theory and practice: An alternative conceptual framework for understanding payments for environmental services », *Ecological Economics*, 69 (6), 2010, p. 1205.

¹⁷⁹ CHERVIER C., MILLET-AMRANI S., MÉRAL Ph., « Les apports de l'économie institutionnelle à l'analyse des dispositifs de paiements pour services environnementaux : État des lieux et perspectives », préc., §19.

Wunder actualisera d'ailleurs lui-même sa propre définition en 2014¹⁸⁰. Plus encore, selon Alain Karsenty, « un PSE est la rémunération d'un "agent" pour un service rendu à d'autres "agents" (où qu'ils soient dans le temps et l'espace) au moyen d'une action intentionnelle visant à préserver, restaurer ou augmenter un service environnemental convenu par les parties »¹⁸¹. Très active sur la thématique des paiements pour services environnementaux, l'Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture (Food and Agriculture Organisation – FAO) propose une définition moins strictement économique, selon laquelle les PSE constitueraient « des opérations volontaires par lesquelles un prestataire de service est rémunéré par, ou pour le compte de bénéficiaires de ces services, pour des pratiques de gestion agricole, forestière, côtière ou marine dont on attend une fourniture de services plus constante ou plus efficace qu'elle ne l'aurait été sans de tels paiements »¹⁸².

23. Soulignant le caractère « ambiguë »¹⁸³ de la terminologie « PSE », la Caisse des Dépôts et Consignations Biodiversité (CDC Biodiversité) privilégie l'usage du terme de « paiement pour préservation des services écosystémiques (PPSE) »¹⁸⁴. À l'appui de sa démonstration, elle souligne que, contrairement à ce que l'intitulé paiement pour service écosystémique pourrait laisser penser, « l'objet de la transaction dans le cadre de ce dispositif n'est pas le service écosystémique en lui-même, dérivé d'une ou plusieurs fonctionnalités écologiques par nature non appropriables, mais l'adoption d'usages particuliers de ressources (principalement les terres) ou de pratiques spécifiques susceptibles de maintenir ou de restaurer un ou plusieurs services écosystémiques »¹⁸⁵. Néanmoins, les PSE ne se limitant pas à assurer uniquement la rémunération d'un agent en contrepartie d'un service visant seulement à maintenir ou restaurer un ou plusieurs services écosystémiques¹⁸⁶, nous privilégierons la terminologie « paiement pour service environnemental » pour désigner les PSE. À la lumière de l'ensemble des éléments qui précèdent, nous rejoignons la position selon laquelle « trois principes élémentaires doivent être

¹⁸⁰ WUNDER S., « Revisiting the concept of payments for environmental services », *Ecol. Econ.*, 2014, 10 p.

¹⁸¹ KARSENTY A., « Paiements pour services environnementaux et développement : coupler incitation à la conservation et investissement », *Perspective n° 7*, janvier 2011, Cirad, p. 1.

¹⁸² FAO, *La situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture 2007. Payer les agriculteurs pour les services environnementaux*, Collection FAO, Agriculture n° 38, 2007, p. 8.

¹⁸³ MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, « Les paiements pour services écosystémiques : des vertus du concept aux défis de la mise en œuvre », *Biodiv'2050*, n° 1, mai 2013, p. 8.

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 2.

¹⁸⁵ MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, « Les Paiements pour Préservation des Services Ecosystémiques comme outil de conservation de la biodiversité : Cadres conceptuels et défis opérationnels pour l'action », préc., p. 2.

¹⁸⁶ WUNDER S., « Revisiting the concept of payments for environmental services », préc., p. 6.

remplis pour pouvoir parler de PSE : l'additionnalité, la conditionnalité et l'accord volontaire »¹⁸⁷. Par conséquent, nous retiendrons, à ce stade de notre réflexion, la définition proposée par Claire Etrillard, selon laquelle les paiements pour services environnementaux (PSE) constituent des « instruments incitatifs qui consistent à offrir une rémunération en contrepartie de l'adoption de pratiques favorables à la préservation de l'environnement »¹⁸⁸.

2.- La pluralité des dispositifs de compensation écologique

24. Au même titre que les mécanismes de paiements pour services environnementaux, la compensation écologique est aujourd'hui largement présentée comme un instrument économique particulièrement efficace pour répondre aux enjeux de la protection de la biodiversité et des services écosystémiques¹⁸⁹. En faisant de leur préservation une option économiquement plus avantageuse que leur destruction, elle constituerait un levier important permettant de réorienter le comportement des acteurs économiques¹⁹⁰. D'un point de vue juridique, le terme « compensation » fait écho à de nombreux dispositifs en droit public comme en droit privé. Selon Jean Untermaier et Patrick Janin, « compenser introduit l'idée de contrepartie. Il s'agit en quelque sorte de contrebalancer, de corriger, d'échanger, voire encore de dédommager »¹⁹¹. Parmi la diversité des compensations en droit¹⁹², Marthe Lucas caractérise les compensations écologiques comme un ensemble de dispositifs, de nature « curative »¹⁹³,

¹⁸⁷ COMITÉ POUR L'ÉCONOMIE VERTE, Avis portant sur le développement des paiements pour services environnementaux (PSE), préc., p. 2.

¹⁸⁸ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., p. 8.

¹⁸⁹ La compensation écologique est identifiée, au même titre que les dispositifs de PSE, comme des « mécanismes de financement nouveaux et novateur » (Décision IX/11, préc.) ; V. également en ce sens : OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 33 et s. ; The Economics of Ecosystems and Biodiversity (TEEB), *The Economics of Ecosystems and Biodiversity – An Interim Report*, French, May 2008, p. 50 et s. ; COMITÉ POUR L'ÉCONOMIE VERTE, *Les instruments incitatifs pour la maîtrise de l'artificialisation des sols*, préc., p. 15.

¹⁹⁰ LEVREL H., JONES C., « La compensation écologique : risques, opportunités et apport de l'ingénierie écologique. Le point de vue de deux scientifiques », in MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, *Biodiv'2050*, n° 3, mai 2014, p. 6 ; CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 141.

¹⁹¹ UNTERMAIER J., JANIN P., *Le procédé de l'autorisation conditionnelle et la mise en œuvre des mesures de réduction, de suppression et de compensation des études d'impact. Rapport final*, Ministère de l'Environnement (Atelier central de l'environnement), févr. 1983, p. 15.

¹⁹² LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 11 et s.

¹⁹³ *Ibid.*, p. 299 et s.

dont l'objectif serait de « faire face aux dommages écologiques inévitables ou non évités »¹⁹⁴. Dotés d'une grande diversité d'objets et de formes¹⁹⁵, les mécanismes de compensation écologique tireraient leur origine d'un régime de police administratif spécial¹⁹⁶. Ils se distingueraient selon qu'ils soient déterminés « en amont du dommage (*ex ante*) » ou « postérieurement à ce dernier (*ex post*) »¹⁹⁷. Il existerait ainsi, selon l'auteure, « deux facettes de la compensation : la compensation *ex ante* pour les dommages prévus dans le cadre de régime d'autorisation – voir de déclaration – préalable et la compensation *ex post* pour les dommages déjà réalisés, cette dernière regroupant la réparation complémentaire et la réparation compensatoire »¹⁹⁸. Ce raisonnement conduit Marthe Lucas à qualifier l'ensemble de ces mesures de « mode de réparation par équivalent en nature des dommages causés aux milieux naturels »¹⁹⁹. En dépit de l'indiscutable qualité scientifique de ses travaux de recherche doctorale, l'approche défendue par l'auteure mérite, selon nous, d'être discutée.

25. En affirmant, que les mesures de compensation écologique constituent un « mode de réparation par équivalent en nature des dommages causés aux milieux naturels », la définition proposée nous semble occulter, en premier lieu, la distinction juridique entre une « atteinte » et un « dommage »²⁰⁰. En l'absence de définition législative, le Vocabulaire Cornu définit le

¹⁹⁴ *Ibid.*, p. 296.

¹⁹⁵ Les mesures compensatoires peuvent résulter d'une grande diversité de Nous pouvons relever deux grandes catégories de compensations écologiques. D'une part, les compensations écologiques qui interviennent dans le cadre d'un processus d'évaluation environnementale : évaluation environnementale des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements (art. L. 122-1 et s. et R. 122-1 et s. du C. env.) ; évaluation environnementale de certains plans et programmes ayant une incidence notable sur l'environnement (art. L. 122-4 et s. et R. 122-17 et s. du C. env.) ; évaluation environnementale des documents d'urbanisme (art. L. 104-1 et s. et R. 104-1 et s. du C. urb.). D'autre part, les compensations écologiques qui susceptibles d'intervenir de manière indépendante d'une procédure d'évaluation environnementale : atteinte aux continuités écologiques (art. L. 371-2 et L. 371-3 du C. env.) ; boisements compensateurs pour cause de défrichement (art. L. 341-6 et s. et R. 341-1 et s. du C. forest.) ; dérogation au régime de protection des espèces protégées de faune et de flore sauvages (art. L. 411-1 et s. et R. 411-6 et s. du C. env.) ; étude d'impact nécessaire à la déclaration d'utilité publique de projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements (art. L. 122-2 du C. de l'expropriation) ; étude d'incidence environnementale des projets non soumis à étude d'impact (art. R-181-14 du C. env.) ; évaluation des incidences au titre de Natura 2000 (art. L. 414-4 et s. et R.414-19 et s. du C. env.) ; mesures complémentaires et compensatoires dans le cadre de la réparation des dommages environnementaux (art. L. 162-6 et s. du C. env.) ; (voire éventuellement) mesures complémentaires et compensatoires dans le cadre de la réparation du préjudice écologique (art. 1249 du C. civ).

¹⁹⁶ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 302 et s.

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 295.

¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 155.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 343.

²⁰⁰ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 303 et s. ; Dans le même sens, Isabelle Doussan affirme que « l'obligation de compensation est toujours la conséquence d'un dommage écologique auquel elle droit apporter une "contrepartie" durable » (DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au

dommage comme une « atteinte subie par une personne [...] qui ouvre à la victime un droit à réparation »²⁰¹. Il convient par conséquent d'observer, en premier lieu, que si tout dommage exige une atteinte, toute atteinte ne constitue pas nécessairement un dommage. L'article R.161-5 du Code de l'environnement précise, en ce sens, que les détériorations dues à une cause naturelle, de même que certaines interventions dans le milieu naturel ou le paysage réalisées par l'exploitant conformément à un document de gestion, ne constituent pas un *dommage* affectant gravement le maintien ou le rétablissement dans un état de conservation favorable des espèces et des habitats. Ensuite, le terme dommage trouve, le plus souvent, à s'appliquer dans le cadre de régimes de responsabilité. Bien qu'elles relèvent d'un régime de police administrative²⁰², les mesures de compensation entreprises dans le cadre de la réparation de certains dommages causés à l'environnement sur le fondement des articles L. 60-1 et suivants du Code de l'environnement peuvent néanmoins apparaître consécutives à la réalisation d'un « dommage ». En dehors de ce régime, l'usage du terme dommage pour désigner les effets négatifs sur l'environnement d'une opération justifiant la réalisation de mesures compensatoires nous semble cependant devoir être exclu. Si l'existence d'une obligation de compenser est la conséquence d'atteintes à l'environnement, la délivrance d'une autorisation administrative préalable atteste de la conformité, avec le droit en vigueur, des opérations donnant lieu à mesures compensatoires. Dès lors, la seule conséquence que les opérations menées par le bénéficiaire de l'autorisation puissent avoir des effets négatifs sur l'environnement n'est pas de nature à ouvrir un droit à réparer sur le fondement d'une action en responsabilité. À l'exception des dispositions relatives à la réparation de certains dommages causés à l'environnement, le législateur privilégie d'ailleurs les termes d'« atteinte » ou d'« incidence » pour désigner les effets négatifs de certaines opérations sur l'environnement.

26. En second lieu, limiter les compensations *ex post* (postérieures à l'atteinte) aux seules mesures complémentaires et compensatoires exigées par le régime de réparation de certains dommages causés à l'environnement sur le fondement des articles L. 160-1 et s. du Code de

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. 100).

²⁰¹ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020, p. 364.

²⁰² En dépit de ce que l'intitulé de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 « relative à la responsabilité environnementale » pourrait laisser penser, le régime de réparation qu'elle consacre s'apparente à un régime de police administrative dans la mesure notamment où « l'évaluation de la nature et des conséquences du dommage » ainsi que la prescription des « mesures de réparation appropriées » relèvent de la compétence de l'autorité préfectorale (art. L.162-6 et L.162-11 C. env.). V. notamment en ce sens : HAUTEREAU-BOUTONNET M. *Responsabilité civile environnementale*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juill. 2020, note n° 18.

l'environnement nous paraît également contestable. Cette approche exclut l'hypothèse selon laquelle des mesures de compensation écologiques complémentaires peuvent être décidées, postérieurement à l'atteinte, dans le cas où les mesures initiales se révéleraient insuffisantes. Bien que les mesures de correction des mesures compensatoires demeurent « une pratique à la marge »²⁰³, le nouvel article L. 163-4 alinéa 3 du Code de l'environnement issu de la loi « Biodiversité » permet ainsi à l'autorité administrative compétente d'ordonner des prescriptions complémentaires « 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 ». Introduit également par la loi du 8 août 2016, le régime dédié à la réparation du « préjudice écologique » offre un nouveau cadre susceptible d'accueillir des mesures compensatoires. Consacré aux articles 1246 et s. du Code civil, ce nouveau régime de responsabilité permet à toute personne ayant qualité pour agir de demander réparation du préjudice écologique pur consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'Homme de l'environnement. La réparation de ce préjudice s'effectue par priorité en nature. En cas d'impossibilité ou d'insuffisance des mesures de réparation, le responsable peut être condamné à verser des dommages et intérêts. En pratique cependant, et « contrairement à ce qui est parfois affirmé, le constat du caractère irréversible d'un préjudice écologique n'a pas vocation à se traduire par le versement d'une somme d'argent au demandeur à l'action en justice ». Cette situation peut en effet aboutir à condamner le responsable à adopter des « mesures de réparation tournées vers la recherche d'un équivalent écologique aux ressources définitivement perdues »²⁰⁴. Dès lors, si les mesures compensatoires mises en œuvre dans le cadre de la réparation de certains dommages causés à l'environnement ou du préjudice écologique pur sont nécessairement *ex post*, l'ensemble des autres mesures de compensation peuvent être tantôt *ex ante* lorsqu'elles sont initiales, tantôt *ex post* lorsqu'elles sont correctives.

27. À contre-courant du rapprochement doctrinal opéré entre mécanismes de compensation *ex post* et *ex ante*, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 accentue la démarcation entre ces dispositifs en droit. Alors que la compensation écologique était initialement absente du projet de loi relatif à la biodiversité²⁰⁵, les débats parlementaires ont abouti à l'intégration, dans le

²⁰³ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 276 et s.

²⁰⁴ ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE ET FINANCIER, *La réparation du préjudice écologique en pratique*, APCEF, 2016, pp. 26-27.

²⁰⁵ Projet de loi relatif à la biodiversité, Doc. AN n° 1847, 26 mars 2014.

Titre VI du Code de l'environnement, d'un nouveau chapitre consacré à la « Compensation des atteintes à la biodiversité ». Selon l'article L. 163-1-1 du Code de l'environnement, les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité se bornent seulement à « compenser, dans le respect de leur équivalence écologique, les atteintes prévues ou prévisibles à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification »²⁰⁶. Elles se distingueraient ainsi des mesures de réparation – compensation écologique *ex post* – prévues aux articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement, en ce qu'elles ne sont consécutives à aucun dommage. Bien que réduit, le champ d'application des compensations des atteintes à la biodiversité coïncide néanmoins, d'un point de vue conceptuel, avec l'approche majoritairement retenue dans les approches économiques et écologiques de la protection de la biodiversité. Ces dernières s'appuient en effet sur une définition moins extensive de la compensation écologique, réduite aux mécanismes de compensation « *ex ante* ». Le *Business and Biodiversity Offset Programme* définit ainsi les mesures compensatoires (*Biodiversity offsets*) comme « des résultats de conservation mesurables résultant d'actions conçues pour compenser les impacts négatifs résiduels significatifs d'un projet sur la biodiversité après que des mesures appropriées de prévention et d'atténuation aient été prises. L'objectif des compensations de la biodiversité est de ne produire aucune perte nette voir de préférence un gain net de biodiversité [...] »²⁰⁷. Dans le même sens, l'écologue Baptiste Regnery relève que « le principe de la compensation écologique est que la destruction ou la dégradation d'un espace naturel à un endroit donné, quelle que soit la finalité du projet d'aménagement, soit contrebalancée ailleurs par des actions positives visant à reconstituer les composantes écologiques impactées »²⁰⁸. Dans le prolongement des travaux du Commissariat Général au Développement Durable (CGDD)²⁰⁹, Pascale Steichen définit ainsi la compensation

²⁰⁶ Art. L. 163-1-1 du C. env.

²⁰⁷ BUSINESS AND BIODIVERSITY OFFSETS PROGRAMME, *To No Net Loss and Beyond: An Overview of the Business and Biodiversity Offsets Programme (BBOP)*, Washington, D.C., 2012, p. 14, traduit par nous.

²⁰⁸ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, Muséum national d'Histoire naturelle, 2017, pp. 11-12.

²⁰⁹ « Les mesures compensatoires ont pour objet d'apporter une contrepartie aux impacts résiduels négatifs du projet (y compris les impacts résultant d'un cumul avec d'autres projets) qui n'ont pu être évités ou suffisamment réduits » : Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, oct. 2013, p. 10.

comme « une composante du triptyque "éviter-réduire-compenser" mis en œuvre dans le cadre de la réalisation de projets d'aménagement ou de construction d'une certaine envergure »²¹⁰.

28. Au regard de ces éléments, nous nous limiterons, dans la suite de nos développements, à l'étude des mécanismes de compensation des atteintes à la biodiversité, que nous désignerons également sous le terme de mesures de compensation écologique. *A priori* réductrice, l'approche retenue se justifie dans un souci de comparer, d'un point de vue matériel et conceptuel, la manière dont le droit, et plus généralement les autres sciences sociales, appréhendent les mécanismes de compensation écologique. De surcroît, nos raisonnements nous conduiront nécessairement à procéder à une analyse comparative du régime juridique des compensations des atteintes à la biodiversité par rapport aux autres dispositifs de compensation écologique existant en droit français. Nous définirons ainsi les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité – ou mesures de compensation écologique – comme l'ensemble des mesures exigées dans le cadre d'un régime d'autorisation administratif préalable pour contrebalancer les atteintes à la biodiversité qui n'ont pas pu être suffisamment évitées ou réduites. Ces mesures se distinguent ainsi des compensations entreprises dans le cadre de la réparation de certains dommages causés à l'environnement, en ce sens que la détermination des mesures compensatoires n'intervient pas pour réparer un dommage environnemental qui s'est d'ores et déjà réalisé, mais s'appuie – pour l'essentiel – sur l'anticipation d'atteintes futures.

III.- CONSTRUCTION DE LA PROBLÉMATIQUE

29. Longtemps fondé sur des considérations d'ordre strictement écologiques, le droit de la protection de la biodiversité tend aujourd'hui à prendre un tour de plus en plus économique. Il devient en effet largement admis que « si la nature n'a pas de prix, ne pas la protéger a un coût »²¹¹. Bien qu'instrumentale, cette vision constitue néanmoins une entrée intéressante pour une meilleure prise en compte de la biodiversité « ordinaire »²¹². Si la biodiversité

²¹⁰ STEICHEN P., « La compensation préalable des atteintes à la biodiversité dans le cadre des projets d'aménagement. Biodiversité protégée et biodiversité ordinaire : deux poids, deux mesures ? », *RJE*, 4/2019, p. 706.

²¹¹ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 36.

²¹² « Compte tenu de la complexité de la notion de biodiversité, le groupe de travail a proposé de distinguer deux composantes : – l'une, qualifiée de « remarquable », correspondant à des entités (des gènes, des espèces, des habitats, des paysages) que la société a identifiées comme ayant une valeur intrinsèque et fondée principalement sur d'autres valeurs qu'économiques ; – l'autre, qualifiée de « générale » (ou « ordinaire »), n'ayant pas de valeur intrinsèque identifiée comme telle mais qui, par l'abondance et les multiples interactions entre ses entités,

« remarquable » jouit de dispositifs pléthoriques de protection, la biodiversité qui ne présente pas ces caractères, peine à bénéficier d'une protection juridique²¹³. Pourtant, la biodiversité ordinaire « apparaît comme un déterminant majeur des services écosystémiques »²¹⁴, dans des proportions souvent plus importantes que la biodiversité extraordinaire. En ce sens, l'incursion du discours économique présente l'intérêt d'introduire en droit de nouvelles valeurs de conservation non plus seulement intrinsèques ou patrimoniales mais fondées sur des considérations socio-économiques. Ce faisant, l'argumentaire économique permet de réévaluer l'intérêt de protéger juridiquement certains éléments de l'environnement au regard de leur capacité à produire des biens et services écosystémiques²¹⁵.

30. Le déploiement dans le champ du droit de « nouveaux » instruments de nature « économique » semble ainsi caractériser l'émergence d'une nouvelle approche des politiques environnementales. Soulignant l'intérêt de préserver la biodiversité en termes de développement économique, ces derniers ambitionnent d'inciter les acteurs économiques à changer leur comportement en faveur d'actions de préservation et de gestion de la biodiversité et des services rendus par les écosystèmes – ou services écosystémiques. Parmi ces instruments, les dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique sont ainsi reconnus comme un moyen à la fois d'orienter le comportement des acteurs privés dans leurs décisions d'utilisation des ressources naturelles, de faire de la préservation de la biodiversité une option économiquement favorable et d'accroître les ressources financières consacrées à la biodiversité. Jusqu'à présent, tant le discours économique que juridique font peu état de perspectives d'articulations voire d'hybridations entre ces dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Souvent dissociée, leur mise en œuvre apparaît parcellaire et sans réelle cohésion d'ensemble. Pourtant, ils semblent intrinsèquement liés l'un à l'autre par une complémentarité d'ordre à la fois matérielle et théorique. Ces deux dispositifs organisent en effet la rémunération d'un prestataire en contrepartie de la réalisation d'opérations de restauration, de réhabilitation, de préservation

contribue à des degrés divers au fonctionnement des écosystèmes et à la production des services qu'y trouvent nos sociétés » : CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 7.

²¹³ TREILLARD A., *L'appréhension juridique de la nature ordinaire*, préc., p. 38 et s.

²¹⁴ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 19.

²¹⁵ Sur ce point, Adélie Pomade souligne le « potentiel remarquable [des services écosystémiques] pour la création de nouvelles manières de penser la biodiversité en droit » : POMADE A., « Les paiements pour services environnementaux contribuent-ils à l'émergence d'un "gradient de juridicité" ? », préc., §. n° 9.

et/ou de gestion de la biodiversité et des écosystèmes. Il apparaît ainsi intéressant de se demander si la notion de service environnemental peut trouver un écho en droit, et s'imposer comme un concept juridique structurant pour désigner et rassembler une grande variété d'opérations ayant pour objet la biodiversité ou certains de ses éléments. Le développement d'une approche juridique des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux ne semble toutefois avoir de sens qu'à la condition de traiter les perspectives d'articulations, non seulement entre instruments économiques, mais également à l'égard d'outils plus administrés de protection de la biodiversité. Les questionnements relatifs aux instruments économiques étant à ce jour essentiellement investis par la biologie et l'économie, l'analyse révèle un déficit juridique certain. En dépit de leurs vertus théoriques, les instruments économiques demeurent, en tant que tels, peu présents, voire absents, des principaux ouvrages généraux du droit de l'environnement²¹⁶. Confronté à l'introduction à marche forcée de l'économie dans le champ du droit de la protection de l'environnement, il convient dès lors de se demander si, au-delà d'un simple effet de « mode »²¹⁷, la mobilisation d'instruments fondés sur l'évaluation économique de la biodiversité et des services écosystémiques devient indispensable pour répondre aux enjeux écologiques contemporains.

31. La présente recherche doctorale se propose de donner une cohérence et une structuration aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. À cette fin, la réflexion que nous entendons mener s'inscrit dans une double perspective. Elle vise ainsi à analyser le processus d'intégration de ces instruments économiques dans les approches juridiques de protection de la biodiversité ainsi que le statut juridique qui leur est associé. Dans la mesure où le droit possède à la fois son propre langage et ses propres codes qui correspondent à sa propre manière d'appréhender et de saisir le réel, par quels procédés et sous quelles formes le discours économique a-t-il été consacré dans le champ du droit ? Quels sont les fondements théoriques et les principes directeurs de ces instruments ? Compte tenu du développement de nouvelles pratiques qui mobilisent à la fois de nouveaux instruments, « biens » et/ou « services », il est également indispensable de qualifier ces différents objets, ainsi que d'identifier le régime juridique qui leur est applicable. Si la compensation écologique

²¹⁶ Exception faite de l'ouvrage de Marianne Moliner-Dubost, dans lequel les « instruments économiques » sont rangés par l'auteure parmi les « outils modernes » du droit de l'environnement : MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1^{ère} éd., 2015, p. 136 et s. ; MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2^e éd., 2019, p. 191 et s.

²¹⁷ MARIS V., « De la nature aux services écosystémiques, une commodification de la biodiversité », préc.

a fait l'objet de travaux d'envergure, en revanche, « du point de vue juridique, aucun consensus n'existe à ce jour pour définir les PSE »²¹⁸. Dès lors, est-il possible d'identifier un régime juridique propre aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux ? Quelle est leur cohérence ? La biodiversité et les services rendus par les écosystèmes sont-ils appropriables ? Comment sont organisées les modalités de leur préservation et la rémunération de leur protection ?

32. Ces travaux ambitionnent également de déterminer si, au regard de l'efficacité opérationnelle de ces mécanismes, un renforcement de leur encadrement juridique apparaît nécessaire pour garantir la prise en compte de la biodiversité dans toutes ses composantes. Quelles sont, sur ce point, les conditions de leur mise en œuvre et l'efficacité des dispositifs actuels de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux ? Contribuent-ils à renforcer la protection de certains éléments naturels encore aujourd'hui peu pris en compte, ou bien au contraire à affaiblir la protection de l'environnement ? Comment se prémunir contre tout risque de hiérarchisation des valeurs de la nature ? Quels outils juridiques mobiliser pour assurer l'effectivité et la pérennité des mécanismes de compensations écologiques et de paiements pour services environnementaux ? Existe-t-il des perspectives d'hybridations théoriques et pratiques entre ces instruments ? Enfin, une articulation entre ces mécanismes et les instruments des politiques nationales, régionales et locales de préservation de la biodiversité est-elle possible et/ou souhaitable ?

33. Prenant le contre-pied de la Théorie pure du droit formalisée par Hans Kelsen²¹⁹, notre analyse se situe nécessairement à l'interface de plusieurs disciplines scientifiques, telle que

²¹⁸ CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « Les paiements pour services environnementaux : une participation au processus de marchandisation des services écosystémiques ? Quelle réalité pour un marché des paiements pour services environnementaux ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 116.

²¹⁹ Dans son ouvrage *Théorie pure du droit*, Hans Kelsen postule que la Théorie pure du droit est une théorie qui « se propose uniquement et exclusivement de connaître de son objet [...]. D'un mot : elle entend être science du droit, elle n'entend pas être politique juridique. Pourquoi se dénomme-t-elle elle-même une théorie "pure" du droit ? C'est pour marquer qu'elle souhaiterait simplement assurer une connaissance du droit, du seul droit, en excluant de cette connaissance tout ce qui ne se rattache pas à l'exacte notion de cet objet. En d'autres termes, elle voudrait se débarrasser la science du droit de tous les éléments qui lui sont étrangers. Tel est son principe méthodologique fondamental. Il paraîtra sans doute aller de soi. Cependant, il suffit de jeter un coup d'œil sur la science du droit traditionnelle, telle qu'elle s'est développée au cours des XIX^e et XX^e siècles, pour apercevoir clairement combien il s'en faut qu'elle satisfasse à ce postulat de "pureté". Sans aucun esprit critique, elle a mêlé science du droit d'une part, psychologie, sociologie, éthique et théorie politique d'autre part ». KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1962, pp. 1-2.

l'écologie, l'économie, la philosophie ou encore la sociologie. Confortant une fois de plus les liens intimes qui unissent, à travers la nature, la science et le droit²²⁰, cette recherche s'en remet nécessairement aux sciences du vivant pour opérer les arbitrages prompts à garantir une protection efficace de la diversité biologique. Elle ne pourra pas non plus faire l'économie des économistes²²¹, tant ces derniers en ont investi le champ d'étude. Plus encore, elle ne pourra pas se soustraire aux considérations d'ordre philosophiques et sociales, tant les soubassements idéologiques que véhicule l'évaluation économique de la nature renvoient indiscutablement à une dimension éthique²²², à la problématique de l'équité²²³, tout autant qu'elle questionne plus largement « la modernité dans son ensemble »²²⁴.

34. Annonce de plan. Avec la consécration juridique des dispositifs de compensation des atteintes à la biodiversité et de paiements pour services environnementaux, nous assistons sans détour, à une incursion inédite des logiques économiques en droit (**Première partie**). En dépit de l'apparente rationalité économique sous-jacente aux instruments économiques, leur déploiement invite nécessairement à la prudence²²⁵. Confrontés à d'importantes difficultés de mise en œuvre, il apparaît nécessaire de renforcer le cadre juridique des instruments économiques qui en constituent, à leur manière, le relais (**Deuxième partie**).

²²⁰ NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, préc., p. 18.

²²¹ PETIT O., VIVIEN F.-D., « Peut-on faire l'économie des économistes ? », *NSS*, vol. 24, n° 3, 2016, pp. 201-202.

²²² La dimension éthique se pose d'autant plus que l'ensemble des questionnements soulevés par les approches économiques de la biodiversité engagent à l'évidence non seulement non même, mais également et de grandes échelles de temps les générations futures.

²²³ LANGLAIS A., « Le droit de la biodiversité à l'aune du développement durable ou l'ouverture à de nouvelles formes d'équité environnementale ? L'exemple controversé de la compensation écologique », in MICHELOT A. (dir.), *Équité et environnement : Quel(s) modèle(s) de justice environnementale*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 231-253 ; LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques », *RDR*, n° 413, mai 2013, p. 18 et s. ; MICHELOT A., « Les paiements pour services environnementaux à l'épreuve du droit et de l'équité : réflexion critique », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 109 et s.

²²⁴ MARIS V., « De la nature aux services écosystémiques, une commodification de la biodiversité », préc.

²²⁵ Sur l'opposition entre le raisonnable et le rationnel dans la pensée économique et philosophie moderne, et l'importance de la prudence, voir : LATOUCHE S., « La déraison de la raison économique. Du délire d'efficacité au principe de précaution », préc., p. 65 et s.

Première Partie

LA CONSÉCRATION JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES POUR LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

35. Le constat largement partagé à l'échelle internationale de la réalité, à la fois de la dégradation de la biodiversité, et du changement climatique, a engendré dès la fin des années 1980 et le début des années 1990 le besoin de mobiliser de nouveaux instruments à même de répondre à ces enjeux²²⁶. Parmi une constellation de nouveaux dispositifs « innovants » regroupés sous le vocable « *Market-based instruments for biodiversity* – ou *MBIs for biodiversity* », les mécanismes de paiements pour services environnementaux (PSE) et de compensation écologique ont été érigés en instruments incontournables pour la protection de la biodiversité, du climat ou encore des services rendus par les écosystèmes²²⁷. Si certains auteurs ont pu légitimement penser que les obstacles théoriques rencontrés par ces instruments d'inspiration économique étaient de nature à les condamner « à la fois dans leur principe et dans la pratique »²²⁸, ceux-ci sont devenus une réalité dans de nombreux ordres juridiques, sous des formes diverses, et avec des objets variés. Porteurs d'une vision renouvelée des relations Homme-nature, ces deux instruments s'accompagnent également de l'introduction en droit d'objets nouveaux. Le développement des réflexions sur les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux suscite dès lors de nombreuses

²²⁶ La Convention sur la diversité biologique adoptée lors du sommet de la Terre à Rio le 5 juin 1992 dispose en son article 11 que « Chaque Partie contractante adopte, dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, des mesures économiquement et socialement rationnelles incitant à conserver et à utiliser durablement les éléments constitutifs de la diversité biologique ».

²²⁷ La Stratégie de mobilisation des ressources de la CDB adoptée lors de la neuvième Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique (COP9) à Bonn, en Allemagne, les 19 et 30 mai 2008 fixe parmi les buts et objectifs stratégiques de la Convention l'étude des « mécanismes de financement nouveaux et novateurs », parmi lesquels les « régimes de paiement des services fournis par les écosystèmes », les « mécanismes de compensation de la diversité biologique », ou encore les « réformes fiscales environnemental », UNEP/CBD/COP/DEC/IX/11, 9 octobre 2008, p. 7 ; la nécessité de recourir aux « mécanismes de financement nouveaux et innovants » sera par la suite réitérée par les décisions X/3 (COP10) et XI/4 (COP11), qui préciseront que ces instruments viennent compléter et ne remplacent en aucune façon le mécanisme de financement établi au titre de l'article 21 de la Convention ; plus encore, les travaux de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) identifient trois catégories d'« instruments axés sur la préservation et l'utilisation durable de la biodiversité », que sont les approches réglementaires, les instruments informationnels et volontaires et les « instruments économiques », et auxquels sont rattachés les « paiements pour services écosystémiques » et les « mesures compensatoires » : OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 33 et s.

²²⁸ DEFFAIRI M., « Le recours aux instruments économiques : facteur de modernisation et/ou de simplification du droit de l'environnement ? », in DOUSSAN I. (dir.), *Les futurs du droit de l'environnement. Simplification, modernisation, régression ?*, Bruylant, 2016, p. 184.

interrogations juridiques. Tantôt apparentés²²⁹, tantôt dissociés, ces deux instruments semblent relever de cadres théoriques et juridiques distincts. De surcroît, la littérature économique comme juridique qui leur est consacrée opère de nombreuses confusions entre services « écosystémiques », « écologiques » et « environnementaux ». Confrontée à des débats sur leur définition en économie, la recherche d'une définition et d'une classification de ces derniers en droit apparaît dès lors indispensable pour éclairer la nature de ces mécanismes ainsi que le régime juridique qui leur est applicable. L'engouement dont bénéficient ces instruments nous invite dès lors à analyser les conditions de leur introduction en droit (**Titre 1**), pour nous intéresser ensuite aux nombreux enjeux de qualifications juridiques qu'ils génèrent (**Titre 2**).

TITRE 1.- L'ÉMERGENCE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LES APPROCHES JURIDIQUES DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

36. « Développés en marge de la législation »²³⁰, les instruments économiques constitueraient un moyen de « pallier les carences des dispositifs juridiques antérieurs et notamment leur inadéquation à l'appréhension des ressources naturelles par le monde marchand »²³¹. Loin d'être conceptuellement neutre²³², le déploiement de ces instruments s'accompagne d'un vocabulaire plus explicitement économique, voire marchand, ainsi que du développement de nouvelles méthodes permettant d'évaluer la valeur économique de la biodiversité et des écosystèmes. Comme le souligne Rémy Petitimberty, les instruments économiques illustreraient, dès lors, un glissement des politiques publiques environnementales « tant dans leurs intentions que dans leur opérationnalisation »²³³. Des liens étroits et réciproques semblent ainsi unir mécanismes de compensation écologique, paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Associés aux systèmes

²²⁹ FÉTIVEAU J., KARSENTY A., GUINGAND A., CASTELLANET C., *Étude relative aux initiatives innovantes pour le financement de la biodiversité et l'identification des mécanismes à fort potentiel*, préc., p. 41.

²³⁰ POMADE A., « Les paiements pour services environnementaux contribuent-ils à l'émergence d'un "gradient de juridicité" ? », préc., §. n° 7.

²³¹ DEFFAIRI M., « Le recours aux instruments économiques : facteur de modernisation et/ou de simplification du droit de l'environnement ? », préc., p. 175.

²³² De manière plus générale, les « instrument d'action publique [...] ne sont pas des outils axiologiquement neutres, et indifféremment disponibles. Ils sont au contraire porteurs de valeurs, nourris d'une interprétation du social et de conceptions précises du mode de régulation envisagé », LASCOUMES P., LE GALÈS P., *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, « Académique », 2005, p. 13.

²³³ PETITIMBERT R., « Quantifier pour manager. L'émergence des paiements pour services environnementaux au sein des politiques publiques environnementales françaises », *Développement durable et territoires*, Vol. 7, n° 1, avril 2016, §. n° 1, en ligne [<http://developpementdurable.revues.org/11203>].

d'attribution de valeur exprimée en termes monétaires, ces instruments seraient en effet mobilisés « afin de favoriser l'opérationnalisation des services écosystémiques »²³⁴. Ce point de vue se confirme à la lecture du rapport d'information de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité. Celui-ci souligne, d'une part, que « l'intégration des services rendus par la nature dans l'économie pourrait fonder, légitimer un nouveau type de décisions, s'appuyant sur des données économiques, beaucoup plus favorables à la conservation de la biodiversité »²³⁵. Il énonce, d'autre part, que « la monétarisation des services rendus par les écosystèmes faciliterait la mise en œuvre d'actions de compensation, en cas d'atteinte impossible à éviter à la biodiversité »²³⁶. Si les instruments économiques bénéficient d'une résonance incontestable, ces derniers sont-ils, de même que le lexique économique qui leur est associé, pour autant nouveaux dans le champ du droit ? Nous verrons ainsi que les approches économiques de la biodiversité et des écosystèmes tendent à donner un caractère plus économique à des instruments juridiques préexistants (**Chapitre 1**), pour analyser ensuite les incidences générées par cette dynamique d'économicisation sur le cadre conceptuel du droit d'environnement (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1.- L'ÉCONOMICISATION DES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

37. En dépit du caractère novateur qui leur est fréquemment reconnu, les instruments économiques n'ont, dans une large mesure, rien de nouveau dans leur principe. Comme le relève Valérie Boisvert, « le côté novateur de certains dispositifs est surévalué en raison de nouvelles dénominations, leur conférant de la visibilité et les inscrivant résolument dans la modernisation écologique. De nouveaux noms, traduisant de nouveaux objectifs, sont assignés à des arrangements institutionnels existants, pour les parer, ne serait-ce que de façon symbolique, des attributs d'efficacité attachés au marché dans la théorie économique dominante »²³⁷. Dans le même sens, Alexandra Langlais souligne, à propos des paiements pour

²³⁴ PETITIMBERT R., « Quantifier pour manager. L'émergence des paiements pour services environnementaux au sein des politiques publiques environnementales françaises », préc., §. n° 3 ; V. également en ce sens : HRABANSKI M., « Du national à l'international : l'émergence d'un "nouvel" instrument de politique publique, les paiements pour services environnementaux (PSE) », *NSS*, vol. 23, 3/2015, p. 241.

²³⁵ GAILLARD G., *Rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité*, Doc. AN n° 3313, 6 avril 2011, p. 36.

²³⁶ *Ibid.*

²³⁷ BOISVERT V., « Conclusion. Quel capitalisme pour la biodiversité ? », in THOMAS F., BOISVERT V. (dir.), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, p. 259.

services environnementaux, que leur définition s'appuie « sur une logique particulièrement simple pour payer des comportements vertueux en faveur de l'environnement »²³⁸. Loin de contribuer à la création de nouveaux outils, l'analyse économique s'emploierait plutôt à étudier et à requalifier des instruments préexistants²³⁹. L'intérêt politique et scientifique récent dont font l'objet les dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique ne doit ainsi pas occulter la réalité selon laquelle ceux-ci sont, sous différentes formes et dénominations, partie intégrante des politiques de protection de l'environnement initiées depuis la deuxième moitié du XX^e siècle. Bien que ces mécanismes soient regroupés sous le qualificatif d'« instruments économiques », ils sont néanmoins le plus souvent traités de manière distincte dans la littérature économique et juridique qui leur est consacrée. Compte tenu de leurs spécificités, nous nous intéresserons dans un premier temps au déploiement des dispositifs de paiements pour services environnementaux en droit (**Section 1**), pour étudier ensuite la mutation des mécanismes de compensation écologique (**Section 2**).

SECTION 1.- LE DÉPLOIEMENT INACHEVÉ DES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

38. En dépit de l'engouement des décideurs politiques et de la doctrine pour cet outil, notamment depuis le *Millennium Ecosystem Assessment*²⁴⁰, la réflexion juridique autour des paiements pour services environnementaux accuserait « un certain retard par rapport aux recherches menées en économie et en écologie »²⁴¹. Pourtant, si « cette terminologie ne figure

²³⁸ LANGLAIS A., « À la recherche d'une définition juridique des paiements pour services environnementaux ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 28.

²³⁹ En effet, « si la notion de service écosystémique est devenue une référence incontournable des politiques de conservation de la biodiversité en France et à l'échelle européenne, elle n'a toutefois pas entraîné l'émergence de nouveaux dispositifs d'action publique, mais a plutôt contribué à en requalifier certains » : HRABANSKI M. et al., « La diffusion de la notion de service écosystémique au Costa Rica, en France, à Madagascar, au Brésil et au Cambodge », in MÉRAL P., PESCHE D., (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, p. 169 ; V. également en ce sens : HRABANSKI M., « Du national à l'international : l'émergence d'un « nouvel » instrument de politique publique, les paiements pour services environnementaux (PSE) », préc., p. 237.

²⁴⁰ Évaluation des écosystèmes pour le millénaire, rapport demandé par le Secrétaire général des Nations Unies Kofi Annan, et publié le 30 mars 2005.

²⁴¹ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 4 ; V. également en ce sens : LABAT B. (coord.), *Droits réels au profit de la biodiversité : comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux ?*, Humanité et Biodiversité, Mission Économie de la Biodiversité, Fondation Nicolas Hulot pour la Nature et l'Homme, 2014, p. 5.

pas encore en tant que telle dans le champ du droit »²⁴², le caractère « innovant » qui leur est reconnu doit cependant être relativisé. Ces dispositifs s'imposent en effet comme l'aboutissement d'un raisonnement économique relativement ancien, qui consiste à « intégrer, dans la prise de décision sur l'usage du sol, les externalités (effets qu'une personne crée par son activité sur d'autres personnes, effets qui peuvent être positifs ou négatifs). L'intégration de ces externalités se fait par un paiement direct, contractuel et conditionnel aux utilisateurs et propriétaires locaux des terres, en retour de l'adoption de pratiques permettant de conserver et de restaurer les écosystèmes »²⁴³. Compte tenu du fait que « le terme de PSE est parfois utilisé pour reformuler des dispositifs existants »²⁴⁴, de nombreux instruments juridiques existants seraient, par conséquent, susceptibles de répondre à cette qualification sans correspondre pour autant à la définition type de Sven Wunder²⁴⁵. Les mesures agro-environnementales de la Politique agricole commune (PAC), en particulier, seraient ainsi fréquemment reconnues comme un exemple privilégié de paiements pour services environnementaux²⁴⁶. Bien que l'on assiste sous l'impulsion des lois « Grenelle »²⁴⁷ et « Biodiversité », à une multiplication des références aux « services environnementaux », « services écologiques » et « services écosystémiques », les mécanismes de rémunération liés à la protection de la nature ne sont pas une nouveauté en droit²⁴⁸. Dès lors que l'on s'attache à l'idée selon laquelle un paiement pour service environnemental vise, par définition, à inciter un individu à protéger l'environnement en contrepartie d'un « paiement », l'analyse révèle qu'une pluralité de dispositifs juridiques

²⁴² LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 185.

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ MÉRAL Ph., PESCHE D., « Introduction », préc., p. 32 ; FROGER G. et al. « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », préc., §. n° 34.

²⁴⁵ V. supra. §. n° 22.

²⁴⁶ BAYLIS K. et al., « Agri-environmental policies in the EU and United States: A comparison », *Ecological Economics*, 65, 2008, pp. 753-764 ; HRABANSKI M., AZNAR O., VALETTE E. (dir.), *Les services écosystémiques et environnementaux en France métropolitaine et d'outre-mer : synthèse des travaux du programme SERENA*, Note de synthèse n° 2012-02, Programme Serena, 2012, p. 11 ; BONIN M. et al., *Les mesures agri-environnementales favorisent-elles la fourniture de services écosystémiques ? Contribution de trois études de cas (Auvergne, Réunion, Guadeloupe)*, 7^{èmes} Journées de Recherche en Sciences Sociales, 2013, Angers, France, p. 21.

²⁴⁷ Loi « Grenelle I » n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, préc. ; et loi « Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, préc.

²⁴⁸ VERON F., « Rémunérations liées à l'entretien de la nature », *Économie rurale*, n° 220-221, 1994, pp. 215-217 ; V. également en ce sens : LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », préc., pp. 185-215 ; LANGLAIS A., « Introduction », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 18.

renvoient à cette idée de manière implicite, sans en utiliser le terme. Si l'on peut relever l'existence d'initiatives privées assez largement commentées par la doctrine (expérience menée par la société Vittel-Perrier²⁴⁹, contrats de pollinisation²⁵⁰, etc.), on observe que les politiques agricole et forestière françaises se sont imposées comme un terrain d'expression privilégié de dispositifs publics rémunérant des individus en contrepartie de la réalisation d'actions favorables à l'environnement (§1). De manière plus récente, la popularisation des réflexions à la fois sur les paiements pour services environnementaux et l'évaluation économique des services rendus par les écosystèmes tend à orienter plus explicitement les dispositifs juridiques existants vers la rémunération des services environnementaux et écosystémiques (§2).

§1.- LA « MULTIFONCTIONNALITÉ » COMME JUSTIFICATION À LA RÉMUNÉRATION DES FONCTIONS ENVIRONNEMENTALES DE L'ACTIVITÉ AGRICOLE ET FORESTIÈRE

39. La multifonctionnalité de l'agriculture désigne « un ensemble de pratique agricoles connexes à l'activité agricole de base, dénommées et définies par les économistes comme les externalités positives de l'activité agricole »²⁵¹. Appliquée aux activités agricole et forestière, la multifonctionnalité va contribuer à ne plus réduire ces secteurs d'activités à leur dimension strictement économique, mais à expliciter à la fois la nature économique, environnementale et sociale des fonctions qu'elles assurent. Parmi ces fonctions, la fonction environnementale souligne notamment la capacité de ces activités à générer des effets positifs sur l'environnement. En dépit d'une certaine proximité sémantique, la fonction environnementale se distingue, dans une large mesure, des fonctions écologiques – ou fonctionnalités écologiques²⁵². Popularisée à l'occasion du Sommet de la Terre de Rio de Janeiro de 1992, la notion de multifonctionnalité s'est imposée comme un nouvel argument au service de la « promotion d'un développement agricole et rural durable »²⁵³. Appliquée à l'agriculture et à

²⁴⁹ PERROT-MAÎTRE D., *The Vittel payments for ecosystem services : a "perfect" PES case?*, International Institute for Environment and Development, London, UK, 2006, 24 p.

²⁵⁰ BILLET Ph., « Considérations juridiques sur le service de pollinisation et services associés », in BILLET Ph. (coord.), *"Des petits oiseaux aux grands principes". Mélanges en l'honneur de Jean Untermaier*, Mare et Martin, 2018, pp. 53-91.

²⁵¹ BODIGUEL L., « Le territoire, vecteur de la reconnaissance juridique de l'agriculture multifonctionnelle », in NIEDDU M., ROUDART L., *Économie rurale*, n° 273-274, 2003, p. 61.

²⁵² V. supra. §. n° 14.

²⁵³ Chapitre 14 de l'Agenda 21, adopté lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de Rio de Janeiro, Brésil, 3-14 juin 1992.

la forêt, la multifonctionnalité va ensuite progressivement se décliner en droit européen, puis en droit national. En raison d'importants surplus de production agricole et d'une prise de conscience des impacts de l'agriculture intensive sur l'environnement intervenus au cours des années 1980, la décennie 1990 a été marquée par une profonde remise en cause et une réorientation du modèle historique de la PAC²⁵⁴. Aux objectifs initiaux essentiellement économiques et sociaux²⁵⁵, s'est ainsi ajoutée la reconnaissance – ou plutôt la redécouverte²⁵⁶ – de nouvelles « fonctions » aux activités agricole et forestière (A). Essentiellement « non marchandes », les fonctions environnementales vont constituer une nouvelle justification économique à l'intervention publique dans le secteur agricole et forestier, et légitimer la mise en place dans le cadre du second pilier de la PAC de paiements directs en contrepartie de la mise en place de pratiques favorables à la préservation de la biodiversité (B).

A.- LA RECONNAISSANCE DE LA FONCTION ENVIRONNEMENTALE DE L'ACTIVITÉ AGRICOLE ET FORESTIÈRE

40. Largement dépendantes de leur environnement, et exposées aux conséquences de sa dégradation, les activités agricoles et forestières jouent un rôle déterminant dans la gestion de l'espace²⁵⁷. En dépit d'une communauté étroite de liens entre l'agriculture et la forêt, leurs « rapports [...] se sont longtemps exprimés en termes de concurrence quant à l'occupation de l'espace »²⁵⁸. En témoigne la répartition des dispositions qui les concernent dans deux codes distincts, le Code rural, et le Code forestier. Érigée en objectif commun des politiques agricoles

²⁵⁴ HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, LexisNexis, 2012, p. 3.

²⁵⁵ Article 39 du Traité instituant la Communauté économique européenne ; BLUMANN C. (dir.), *Politique agricole commune et politique commune de la pêche*, Institut d'étude européenne, 3^e éd., 2011, p. 25 ; V. notamment en ce sens : LAMOTTE H., « Rapport général », in FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droit de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 32-33.

²⁵⁶ Sur les prestations qui étaient jusque-là fournies gratuitement à la société par l'agriculture en même temps que l'acte de production, V. notamment : ULMANN L., « La prime à l'herbe, une aide à l'agriculture fonctionnelle ? », in BARTHÉLÉMY D., DELORME H., LOSCH B., MOREDDU C., NIEDDU M. (dir.), *La multifonctionnalité de l'activité agricole et sa reconnaissance par les politiques publiques*, Quæ, 2003, p. 338 ; sur le caractère bien établi de la fonction écologique et sociale de la forêt, V. : DOUSSAN I., « Agriculture et forêt : rapprochements et divergences autour du développement durable et de la multifonctionnalité », in CORNU M., FROMAGEAU J. (dir.), *La forêt en France au XXI^e siècle : enjeux politiques et juridiques*, L'Harmattan, 2004, p. 69.

²⁵⁷ « Comme le souligne la FAO dans son rapport en 2007, les PSE se justifient par l'existence d'externalités positives (à privilégier) ou négatives (à réduire) induites par des activités de production (agricoles ou forestières) qui jouent un rôle déterminant dans la gestion des espaces » : FROGER G., MÉRAL P., LE COQ J.-F., AZNAR O., BOISVERT V., CARON A., ANTONA M., « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », préc., §. n° 28.

²⁵⁸ DOUSSAN I., « Agriculture et forêt : rapprochements et divergences autour du développement durable et de la multifonctionnalité », préc., p. 67.

et forestières (1), la multifonctionnalité s'est ainsi imposée comme un « facteur de rapprochement des activités agricoles et forestières »²⁵⁹. En révélant l'existence d'une fonction environnementale, non rémunérée, qui bénéficie à l'ensemble de la société, la reconnaissance de la multifonctionnalité s'est accompagnée d'une volonté de légitimer le versement de contreparties financières aux agriculteurs et aux gestionnaires forestiers (2).

1.- La reconnaissance juridique des fonctions environnementales de l'activité agricole et forestière

41. Le concept de multifonctionnalité de l'activité agricole a été progressivement introduit en droit européen à partir des années 1980²⁶⁰. Dans une communication « Un avenir pour l'agriculture européenne » du 18 décembre 1985, la Commission des Communautés européennes constatait « une prise de conscience croissante du fait que l'agriculture, au-delà de sa fonction économique, est appelée à assurer un rôle de plus en plus important dans l'aménagement du territoire, pour le maintien d'un certain tissu socio-économique ou pour la sauvegarde de l'environnement et du paysage. Ces services rendus à la collectivité s'avèrent essentiels dans les régions qui, en raison de l'éloignement des centres urbains et des conditions naturelles difficiles, sont confrontées à un processus progressif de désertification et d'appauvrissement à la fois économique et culturel »²⁶¹. Mobilisant pour la première fois le terme de « fonctions », le règlement n° 1760/87 du Conseil du 15 juin 1987²⁶² énonce que « les agriculteurs situés dans des zones sensibles du point de vue de la protection de l'environnement ou du maintien de l'espace naturel peuvent exercer une véritable fonction au service de l'ensemble de la société ». Dans le prolongement, la communication de la Commission européenne de 1988 sur « L'avenir du monde rural » soulignera « le rôle constructif que l'agriculture et la sylviculture peuvent jouer dans la protection de

²⁵⁹ *Ibid.*, p. 69.

²⁶⁰ V. notamment sur ce point : BLUMANN C. (dir.), *Politique agricole commune et politique commune de la pêche*, préc., p. 276 et s.

²⁶¹ Commission des Communautés européennes, *Un avenir pour l'agriculture européenne. Orientations de la Commission à la suite des consultations dans le cadre du "Livre vert"*, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, COM/1985/0750 final, p. 3.

²⁶² Règlement (CEE) n° 1760/87 du Conseil du 15 juin 1987 modifiant les règlements (CEE) n° 797/85, (CEE) n° 270/79, (CEE) n° 1360/78 et (CEE) n° 355/77 en ce qui concerne les structures agricoles et l'adaptation de l'agriculture à la nouvelle situation des marchés et le maintien de l'espace rural, JOCE n° L 167 du 26 juin 1987, p. 1.

l'environnement rural »²⁶³. Le concept de fonction environnementale de l'activité agricole sera par la suite pleinement consacré lors de la réforme de la politique agricole commune (PAC) – réforme « Mac Sharry » – issue du règlement n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992²⁶⁴. Ce dernier considérera en effet, que « sur la base d'un régime d'aides approprié, les agriculteurs peuvent exercer une véritable fonction au service de l'ensemble de la société par l'introduction ou le maintien de méthodes de production compatibles avec les exigences accrues de la protection de l'environnement et des ressources naturelles ou avec les exigences du maintien de l'espace naturel et du paysage »²⁶⁵. L'idée selon laquelle « les agriculteurs [peuvent] exercer une véritable fonction au service de l'ensemble de la société » s'inscrira également au cœur du premier règlement de développement rural (RDR1) du 17 mai 1999, instituant un cadre commun de soutien communautaire en faveur d'un développement rural durable²⁶⁶.

42. Largement déclinée en droit européen, la multifonctionnalité sera formellement introduite pour la première fois en droit rural français par la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999²⁶⁷. Elle dispose, en ces termes, que « la politique agricole prend en compte les fonctions économique, environnementale et sociale de l'agriculture et participe à l'aménagement du territoire, en vue d'un développement durable. Elle a pour objectifs, en liaison avec la politique agricole commune et la préférence communautaire : [...] - la préservation des ressources naturelles et de la biodiversité, et l'entretien des paysages, l'équilibre économique des exploitations ne devant pas être mis en péril par les obligations qui en découlent, notamment en matière de préservation de la faune sauvage, sans qu'il en résulte des charges supplémentaires pour l'Etat [...] »²⁶⁸. Selon Carole Hernandez-Zakine, « ces trois fonctions sont mises sur un

²⁶³ Commission des Communautés européennes, *L'avenir du monde rural*, Communication de la Commission, COM(88) 501 final, p. 10.

²⁶⁴ Règlement (CEE) n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992 concernant des méthodes de production agricole compatibles avec les exigences de la protection de l'environnement ainsi que l'entretien de l'espace naturel, JOCE n° L 215 du 30 juillet 1992, p. 85.

²⁶⁵ *Ibid.*

²⁶⁶ Règlement (CE) n° 1257/1999 du Conseil du 17 mai 1999 concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) et modifiant et abrogeant certains règlements, JOCE n° L 160 du 26 juin 1999, p. 80.

²⁶⁷ « La politique agricole prend en compte les fonctions économique, environnementale et sociale de l'agriculture et participe à l'aménagement du territoire, en vue d'un développement durable. Elle a pour objectifs, en liaison avec la politique agricole commune et la préférence communautaire : [...] - la préservation des ressources naturelles et de la biodiversité, et l'entretien des paysages, l'équilibre économique des exploitations ne devant pas être mis en péril par les obligations qui en découlent, notamment en matière de préservation de la faune sauvage, sans qu'il en résulte des charges supplémentaires pour l'Etat [...] » : art. 1 de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, JO du 10 juillet 1999, p. 10231.

²⁶⁸ Art. 1 de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, préc.

ped d'égalité et se substituent à la seule mission de production confiée jusqu'alors aux agriculteurs par la loi »²⁶⁹. Si la réalité des fonctions environnementales assurées par l'activité agricole est largement établie, leur généalogie semble en revanche opposer deux visions. Pour les uns, « la fonction de base de l'agriculture, celle de production de biens et de services, se complète ainsi de nouveaux devoirs : la préservation de l'eau, des sols, des paysages et de la biodiversité, le maintien, voire la création d'emplois, l'animation du milieu rural »²⁷⁰. Pour d'autres, ces « prestations », inhérentes à l'activité agricole²⁷¹, étaient jusqu'à présent fournies gratuitement à la société en même temps que l'acte de production agricole. Quoi qu'il en soit, la baisse des prix des produits agricoles, couplée à l'augmentation des coûts de production, a néanmoins contribué à leur dégradation, voire à leur disparition²⁷². Dès lors, la consécration juridique de la fonction environnementale de l'activité agricole s'est accompagnée d'une volonté d'en assurer la rémunération pour en garantir la perpétuation.

43. Avant même la consécration de la multifonctionnalité, « l'idée selon laquelle les forêts remplissent une fonction écologique et sociale est par ailleurs déjà ancienne et peu controversée »²⁷³. Si l'intervention communautaire dans le secteur forestier n'est pas

²⁶⁹ HERNANDEZ-ZAKINE C., « Analyse juridique de la multifonctionnalité de l'agriculture : l'intérêt général au cœur de l'agriculture (1^{ère} partie) », *RDR*, n° 283, mai 2000, p. 263.

²⁷⁰ PATRIAT F., *Rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi d'orientation agricole (n° 977)*, Doc. AN n° 1058, 8 juillet 1998, p. 115.

²⁷¹ « Contrairement à ce que laissent parfois penser les discours, les réformes agricoles européenne et françaises de 1999 n'ont pas inventé la multifonctionnalité de l'agriculture. L'agriculteur a toujours assuré des fonctions dépassant le simple cadre économique (Heuchel, 2001). La multifonctionnalité de l'agriculture est un fait. [...] L'an 1999 n'est donc que l'année de son officialisation » (BODIGUEL L., « Le territoire, vecteur de la reconnaissance juridique de l'agriculture multifonctionnelle », préc., p. 61).

²⁷² ULMANN L., « La prime à l'herbe, une aide à l'agriculture fonctionnelle ? », préc., p. 339 ; VÉRON F., « Rémunérations liées à l'entretien de la nature », préc., p. 215.

²⁷³ DOUSSAN I., « Agriculture et forêt : rapprochements et divergences autour du développement durable et de la multifonctionnalité », préc., p. 69 ; dans le même sens, M. Roger Douroure, rapporteur de la loi « forêt », énonçait en 1985 que « comme toutes les forêts, la forêt française assure depuis son origine une fonction écologique qui vise la protection et la conservation du milieu naturel : la forêt épure et réoxygène l'atmosphère ; elle protège le sol contre l'érosion par le vent [...] et elle contribue au maintien des équilibres biologiques : composition de l'air, équilibre faune-flore, régime climatique, régime des eaux. Par ailleurs, l'homme lui a donné depuis qu'il existe une fonction économique : satisfaire les besoins en bois de feu puis en bois d'œuvre, et l'ère industrielle a ajouté, au XX^e siècle, le bois de trituration ou bois d'industrie. Enfin, phénomène moderne, la forêt joue de plus en plus une fonction sociale en offrant un espace de détente, de loisirs à une population citadine qui ressent le besoin d'un contact direct à la nature » : Doc. AN, CR de la 1^e séance du jeudi 9 mai 1985 sur le projet de loi relatif à la forêt, JO de l'AN du vendredi 10 mai 1985, p. 631 ; sur les principales étapes de la construction du régime forestier français et la prise en compte juridique des liens entre forêt et prévention des risques naturels, V. BILLET Ph., « La forêt fonctionnelle. La formalisation juridique de l'instrumentalisation de la forêt », in HARPET C., BILLET Ph., PIERRON J.-P., *À l'ombre des forêts. Usages, images et imaginaires de la forêt*, l'Harmattan, 2014, pp. 101-118.

« nouvelle »²⁷⁴, en revanche la définition et la mise en œuvre des politiques forestières nationales ont longtemps relevé de la seule compétence des États²⁷⁵. Implicite dans la loi du 4 décembre 1985 relative à la gestion, la valorisation et la protection de la forêt²⁷⁶, la « multifonctionnalité » s'est peu à peu imposée à partir du milieu des années 1980 dans la terminologie employée en droit européen²⁷⁷, ainsi que par les forestiers²⁷⁸. Elle sera formellement consacrée en droit forestier par la loi du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt²⁷⁹. Selon le Député Germinal Peiro, cette loi a contribué à apporter « dans la période récente, les changements de fond les plus significatifs au code forestier, en mettant notamment l'accent sur l'aspect économique des forêts et l'encouragement à l'exploitation »²⁸⁰. Reconnaisant d'intérêt général la mise en valeur et la protection des forêts, le législateur énonce que « la politique forestière prend en compte les fonctions économique, environnementale et sociale des forêts et participe à l'aménagement du territoire, en vue d'un développement durable. Elle a pour objet d'assurer la gestion durable des forêts et de leurs ressources naturelles, de développer la qualification des emplois en vue de leur pérennisation, de renforcer la compétitivité de la filière de production forestière, de récolte et de valorisation du bois et des autres produits forestiers et de satisfaire les demandes sociales relatives à la forêt »²⁸¹.

²⁷⁴ BAVARD D., CHEVALIER B., « Un premier "paquet" forestier adopté à Bruxelles », *Revue Forestière Française*, n° 1, 1990, p. 7.

²⁷⁵ « Les États membres doivent déterminer les conditions auxquelles doivent répondre les boisements des superficies agricoles » : règlement (CEE) n° 1609/89 du Conseil du 29 mai 1989 modifiant, en matière de boisement des superficies agricoles, le règlement (CEE) n° 797/85 concernant l'amélioration de l'efficacité des structures de l'agriculture, JOCE n° L 165 du 15 juin 1989, p. 1.

²⁷⁶ « La politique de mise en valeur économique, écologique et sociale de la forêt relève de la compétence de l'Etat » : Art. 2 de la loi n° 85-1273 du 4 décembre 1985 relative à la gestion, la valorisation et la protection de la forêt, JO du 5 décembre 1985, p. 14105 ; codifié à l'article L. 101 du C. forest. (ancien) ; la formule retenue par le législateur se révèle cependant moins explicite que celle contenue dans le projet de loi « Méhaignerie » relatif à la forêt, qui disposait que « les bois, forêts et terrains à boisier, quel qu'en soit le propriétaire, doivent être gérés en vue de remplir leurs fonctions économique, écologique et sociale ».

²⁷⁷ Résolution du Conseil du 15 décembre 1998 relative à une stratégie forestière pour l'Union européenne, JOCE n° C 56 du 26 février 1999, p. 1 ; Règlement (CE) n° 2152/2003 du Parlement européen et du Conseil du 17 novembre 2003 concernant la surveillance des forêts et des interactions environnementales dans la Communauté, JOUE n° L 324 du 11 déc. 2003, p. 1 ; Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen concernant un plan d'action de l'Union européenne en faveur des forêts, COM/2006/0302 final.

²⁷⁸ BARTHOD C., « La multifonctionnalité des forêts entre discours et pratiques : illusion ou réalité à assumer ? », *Revue Forestière Française*, n° 5, 2015, p. 298.

²⁷⁹ Loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, JO du 11 juillet 2001 p. 11001.

²⁸⁰ PEIRO G., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (n° 1548)*, Doc. AN n° 1639, 13 déc. 2013, p. 477.

²⁸¹ Art. 1^{er} de loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001, préc.

2.- La légitimité de la rémunération des fonctions environnementales des activités agricole et forestière

44. À l'image des travaux de l'OCDE²⁸², les décennies 1980 et 1990 vont être marquées par la revendication selon laquelle, en l'absence de prise en compte par le marché des effets positifs de l'agriculture sur l'environnement, leur rémunération apparaîtrait dès lors justifiée²⁸³. Cette volonté de rémunérer les activités agricole et forestière va se révéler en réalité concomitante à la reconnaissance juridique des fonctions environnementales de ces activités. Le livre vert de la Commission européenne du 13 juillet 1985 énonce, qu'au regard du « rôle de l'agriculture en tant que protection de l'environnement »²⁸⁴, « la société devrait lui en être reconnaissante en lui donnant les ressources financières nécessaires [pour remplir ses taches] »²⁸⁵. Il ajoute, que « les paiements effectués pourraient en même temps soutenir et diversifier le revenu des agriculteurs et contribuer à limiter la production »²⁸⁶. La communication de la Commission européenne de 1988 sur « L'avenir du monde rural » soulignera également, qu'en protégeant l'environnement, l'agriculture et la sylviculture deviennent par conséquent « fournisseurs d'un bien public nécessaire et apprécié » justifiant que « des aides incitatives ou compensatoires » soient versées, « à la limite même de façon permanente »²⁸⁷. De la même manière, le règlement n° 2078-92 du 30 juin 1992 dispose que « sur la base d'un régime d'aides approprié, les agriculteurs peuvent exercer une véritable fonction au service de l'ensemble de la société »²⁸⁸. Plus encore, les travaux préparatoires de la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999 ont clairement souligné que les nouvelles missions « assignées par la société aux agriculteurs, [devaient] aussi être compensées par une rémunération »²⁸⁹.

²⁸² V. notamment en ce sens : OCDE, *L'évaluation monétaire des avantages des politiques de l'environnement*, Paris, 1989, 91 p. ; OCDE, *Réforme de la politique agricole : nouvelles orientations, le rôle des paiements directs au revenu*, Paris, 1994, 217 p.

²⁸³ MADELIN V., « La rémunération des externalités positives », *Économie rurale*, n° 220-221, 1994, p. 210 ; MADELIN V., « La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture », *Économie & prévision*, n° 117-118, 1995, pp. 78-80.

²⁸⁴ Commission des Communautés européennes, COM(85) 333 final, *Perspectives de la politique agricole commune*, 13 juillet 1985, p. VI.

²⁸⁵ *Ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*, p. 52.

²⁸⁷ Commission des Communautés européennes, *L'avenir du monde rural*, préc., p. 10.

²⁸⁸ Règlement (CEE) n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992, préc., *souligné par nous*.

²⁸⁹ Audition de M. Jean-François Hervieu, président de l'Assemblée permanente des chambres d'agriculture (APCA), retranscrite dans le rapport sur le projet de loi d'orientation agricole : Doc AN n° 1058, 9 juillet 1998.

45. De même qu'en matière agricole, la reconnaissance de la fonction environnementale des forêts va s'imposer comme un moyen de justifier leur rémunération. La résolution H1 Dans le cadre de la Conférence d'Helsinki sur la gestion des forêts de 1993 énonçait que « les propriétaires forestiers qui font bénéficier la communauté des avantages découlant d'un usage multiple de leurs forêts devraient être encouragés, et lorsque de telles prestations entraînent pour eux des frais excessifs, ils devraient recevoir, le cas échéant, le soutien de la société ou d'autres bénéficiaires »²⁹⁰. Reconnaisant d'intérêt général la mise en valeur et la protection des forêts, la loi d'orientation sur la forêt du 9 juillet 2001 encourage la recherche « de justes contreparties pour les services rendus par la forêt et les forestiers en assurant les fonctions environnementale et sociale lorsque cela conduit à des contraintes ou à des surcoûts d'investissement et de gestion »²⁹¹. Cette orientation nouvelle est particulièrement explicite dans l'exposé des motifs du projet de loi d'orientation sur la forêt, qui entend ouvrir « la voie de la contractualisation avec des propriétaires pour satisfaire une demande collective, clairement identifiée, et négociée, dans les domaines environnementaux, économiques ou sociaux. À travers cette approche territoriale, [le projet de loi] facilite l'émergence de nouvelles formes de rémunération des fonctions non marchandes des forêts »²⁹². Bien qu'il ait été sollicité par un rapport du Sénat²⁹³ et un amendement²⁹⁴, le législateur n'a toutefois pas souhaité affirmer le principe selon lequel les forestiers devraient bénéficier de contreparties (systématiques) pour les services qu'ils rendent à la société en garantissant la fonction environnementale et sociales de la forêt. De la même manière qu'en matière agricole, le droit forestier ne s'oriente pas vers un « principe de compensation »²⁹⁵. La rémunération de la fonction environnementale de l'activité forestière n'est ainsi pas systématique, mais conditionnée, les « services rendus » par

²⁹⁰ Résolution H1 « Principes généraux pour la gestion durable des forêts », adoptée lors de la Conférence interministérielle d'Helsinki pour la protection des forêts, 1993.

²⁹¹ Art. 1 de la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, préc.

²⁹² Projet de loi d'orientation sur la forêt, Doc. AN n° 2332, 12 avril 2000.

²⁹³ « Votre commission vous propose d'inscrire, en outre, dans le livre préliminaire du code forestier parmi les objectifs de la politique forestière, le principe d'une contrepartie juste et équilibrée des contraintes et des surcoûts résultant du développement des fonctions environnementales et surtout sociales de la forêt. Ceci constitue un élément essentiel pour encourager les propriétaires à développer ainsi des politiques d'accueil du public, en les assurant que, de manière contractuelle, les contraintes et surcoûts qui en découlent seront pris en compte » : FRANÇOIS Ph., *Rapport sur le projet de loi d'orientation sur la forêt*, Doc. Sénat n° 191, 17 janvier 2001, p. 35.

²⁹⁴ « Nous proposons de détailler beaucoup plus les mesures que nous pouvons prendre après le rapport de la conférence d'Helsinki. Conformément à l'engagement international de la France, cet amendement [...] vise donc à affirmer le principe selon lequel les forestiers devraient bénéficier de contreparties pour les services qu'ils rendent à la société en assurant les fonctions environnementales et sociales de la forêt, lorsque cela conduit à des contraintes ou des surcoûts : Doc. Sénat, CR de la séance du 4 avril 2001, amendement n° 145 rectifié *bis*.

²⁹⁵ LAMOTTE H., « Rapport général », préc., p. 38.

les forestiers n'étant rémunérés qu'à la condition que leur réalisation engendre « des contraintes particulières ou des surcoûts d'investissement et de gestion »²⁹⁶. La reconnaissance simultanée de la fonction environnementale assurée par les activités agricole et forestière et de la nécessité d'en assurer la rémunération va rapidement s'accompagner du déploiement de nouveaux dispositifs de rémunération de ces fonctions dans le cadre de la politique agricole commune.

B.- LE DÉPLOIEMENT DE NOUVEAUX INSTRUMENTS JURIDIQUES ORGANISANT LA RÉMUNÉRATION DE LA FONCTION ENVIRONNEMENTALE DES ACTIVITÉS AGRICOLE ET FORESTIÈRE

46. La rémunération de la fonction environnementale des activités agricole et forestière s'est progressivement mise en place, à partir des années 1990, à travers une pluralité de dispositifs contractuels mis en œuvre dans le cadre de la politique agricole commune, d'abord en matière agricole (1) puis, ensuite, en matière forestière (2).

1.- Le déploiement de nouveaux outils dans le cadre de la politique agricole commune

47. Le début des années 1990 a été marqué par le déploiement, en droit français, de nouveaux dispositifs contractuels visant à inciter les agriculteurs à maintenir ou adopter des pratiques plus respectueuses de l'environnement. Bien que le règlement n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992 constitue indiscutablement un marqueur de la prise en compte de l'environnement par la politique agricole commune, Isabelle Doussan relève qu'une « première tentative, timide, d'introduction des préoccupations environnementales dans la politique agricole commune date de 1985 »²⁹⁷. D'une part, le règlement (CEE) n° 797/85 du Conseil du 12 mars 1985 a autorisé les États membres à créer des régimes « aides » financières pouvant bénéficier aux agriculteurs qui s'engagent « à exploiter des zones sensibles [sous l'angle de l'environnement] de manière à entretenir ou améliorer leur environnement »²⁹⁸. L'objectif de ce dispositif était double, puisqu'il s'agissait, non seulement de « promouvoir la conservation

²⁹⁶ Art. 1 de la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, préc.

²⁹⁷ DOUSSAN I., « Agriculture et forêt : rapprochements et divergences autour du développement durable et de la multifonctionnalité », préc., p. 73.

²⁹⁸ Art. 19 du règlement (CEE) n° 797-85 du Conseil du 12 mars 1985 concernant l'amélioration de l'efficacité des structures de l'agriculture, JOCE n° L 93 du 30 mars 1985, p. 1.

volontaire des espaces naturels par les agriculteurs »²⁹⁹, mais également d'assurer aux agriculteurs engagés dans cette démarche de bénéficier d'un revenu adéquat.

48. Faisant de la démarche agri-environnementale un des aspects importants de la nouvelle politique agricole commune, le règlement n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992 élargit et précise significativement le contenu de l'article 19 du règlement n° 797/85 du Conseil du 12 mars 1985³⁰⁰. En premier lieu, il intègre dans le champ d'application du dispositif agri-environnemental la question de l'extensification des zones agricoles, la protection des eaux et des paysages, la biodiversité ou encore l'agriculture biologique. En second lieu, il crée un régime communautaire d'aides cofinancées par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA) destiné à encourager les exploitants agricoles à maintenir ou à réintroduire des méthodes de production respectueuses de l'environnement et à participer à l'entretien de l'espace rural. Relativement timide sur la période 1985-1991³⁰¹, la mise en application des mesures agri-environnementales en droit national interviendra pour l'essentiel à partir de 1992. Sur la période 1992-1999, ces mesures seront, pour l'essentiel, déclinées sous trois formes : un programme national de prime au maintien des systèmes d'élevage extensifs (PMSEE), des opérations locales agri-environnementales (OLAE) et des plans de développement durable (PDD). Avant même la consécration formelle en droit français de la multifonctionnalité de l'agriculture, la prime au maintien des systèmes d'élevage extensifs – dite « prime à l'herbe » – s'est imposée comme l'un des premiers dispositifs de mise en application des mesures agri-environnementales en France³⁰². Créée par le décret n° 93-738 du 29 mars 1993 instituant une prime au maintien des systèmes d'élevage extensifs, cette prime était accordée par contrat pour une durée de cinq ans aux « exploitants agricoles qui choisissent de maintenir leur système d'élevage extensif et de veiller au bon entretien de leurs prairies »³⁰³. Bien que le terme de multifonctionnalité n'ait pas été explicitement employé, la géographe Laurence Ulmann a pu voir rétrospectivement dans la prime à l'herbe « la première expérimentation d'une aide fondée non pas sur la production » mais « une reconnaissance des externalités positives engendrées par

²⁹⁹ DE KLEMM C., SHINE C., *Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels*, Sauvegarde de la nature, n° 82, Conseil de l'Europe, 1996, p. 80.

³⁰⁰ Règlement (CEE) n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992, préc.

³⁰¹ ALPHANDÉRY P., BOURLIAUD J., « L'agri-environnement, une production d'avenir ? », *Études rurales*, n° 141-142, 1996, p. 23 et s.

³⁰² PELLEGRINI N., « Les mesures agri-environnementales », *Courrier de l'Environnement de l'INRA*, n° 25, 1995, p. 128.

³⁰³ Art. 1^{er} du décret n° 93-738 du 29 mars 1993 instituant une prime au maintien des systèmes d'élevage extensifs, JO du 29 mars 1993, p. 5591.

les formes d'agriculture extensives à la société »³⁰⁴. Ce dispositif sera néanmoins refondu par le décret du 20 mars 1998 instituant une prime au maintien des systèmes d'élevage extensifs³⁰⁵. En dépit d'un élargissement de son champ d'application et du renforcement des obligations qui pèsent sur l'agriculteur³⁰⁶, ce dispositif convaincra toutefois peu. Insuffisant pour couvrir les coûts et le manque à gagner dus à l'adaptation aux critères³⁰⁷, il ne va susciter l'adhésion que de ceux dont les exploitations étaient déjà herbagères et extensives³⁰⁸, et ne va pas être suffisamment attractif pour convaincre ceux qui se situent au-delà des seuils de s'adapter³⁰⁹.

49. Instaurant le volet « développement rural » – ou « second pilier » – de la PAC, le règlement n° 1257/1999 du 17 mai 1999 a fait également intervenir un changement de terminologie : d'« agri-environnementaux », les dispositifs du second pilier de la PAC deviendront « agro-environnementaux »³¹⁰. Dans le prolongement de la consécration en droit européen, puis en droit français par la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999 de la multifonctionnalité de l'agriculture, les mesures agro-environnementales se sont imposées comme l'instrument privilégié de rémunération des fonctions environnementales de l'activité agricole³¹¹. Principales mesures d'application en droit français du règlement de 1999, les

³⁰⁴ ULMANN L., « La prime à l'herbe, une aide à l'agriculture fonctionnelle ? », préc., p. 337.

³⁰⁵ Décret n° 98-196 du 20 mars 1998 instituant une prime au maintien des systèmes d'élevage extensifs, JO du 22 mars 1998, p. 4308.

³⁰⁶ Le bénéficiaire s'engage, « pour chacune des cinq années à compter de la date de demande de la prime, à satisfaire en permanence aux conditions de chargement et de spécialisation définies à l'article 3, à ne pas réduire la surface totale des prairies et la surface toujours en herbe sauf lors d'une transmission selon les modalités fixées à l'article 6, à récolter l'herbe et à assurer l'entretien de la surface primée ainsi que celle des haies, fossés et points d'eau existants, à limiter la fertilisation azotée minérale à moins de soixante-dix unités par hectare de superficie du système d'élevage, à maintenir la surface toujours en herbe sur les mêmes parcelles pendant les cinq années, à maintenir les prairies temporaires pendant au moins trois ans depuis la date de semis sur les mêmes parcelles et à leur substituer des parcelles de superficie au moins équivalente après ces trois années » : art. 4 du décret n° 98-196 du 20 mars 1998 instituant une prime au maintien des systèmes d'élevage extensifs, préc.

³⁰⁷ ULMANN L., « La prime à l'herbe, une aide à l'agriculture fonctionnelle ? », préc., p. 345.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 342.

³⁰⁹ *Ibid.*, p. 345.

³¹⁰ Règlement (CE) n° 1257/1999 du Conseil du 17 mai 1999, préc.

³¹¹ Le règlement n° 1257/1999 du Conseil du 17 mai 1999 fait explicitement des instruments agroenvironnementaux un moyen de « répondre à un accroissement des exigences de la société en matière de services écologiques » et d'« encourager les agriculteurs à exercer une véritable fonction au service de l'ensemble de la société par l'introduction ou le maintien de méthodes d'exploitation agricole compatibles avec les nécessités accrues de la protection et de l'amélioration de l'environnement, des ressources naturelles, ainsi qu'avec les nécessités du maintien de l'espace naturel et du paysage » : considérants 29 et 31 du règlement (CE) n° 1257/1999 du Conseil du 17 mai 1999, préc. ; plus encore, la Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions – Pistes pour une agriculture durable – précise que « les agriculteurs devraient assurer un minimum d'activités en faveur de l'environnement en tant que partie intégrante des régimes de soutien, mais que toute prestation environnementale supplémentaire au-delà du niveau

contrats territoriaux d'exploitation (CTE) et contrats d'agriculture durable (CAD)³¹², ont consisté en des engagements contractuels et volontaires en faveur notamment de la préservation des ressources naturelles et de la diversité biologique, en contrepartie d'une compensation des surcoûts ou des pertes de revenus. Créé par la loi du 9 juillet 1999 d'orientation agricole³¹³, le CTE permettait à toute personne physique ou morale exerçant une activité agricole – et non plus seulement celles situées à l'intérieur d'une zone sensible sous l'angle de l'environnement – de souscrire avec l'autorité administrative un « contrat territorial d'exploitation » dont l'objectif consistait à développer un projet économique global qui intègre les fonctions de l'agriculture mentionnées à l'article 1^{er} de la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999. En raison d'une trop grande complexité³¹⁴, le CTE sera remplacé par le contrat d'agriculture durable, plus simple et recentré notamment sur des problématiques environnementales prioritaires, telles que la préservation des ressources naturelles, la diversité biologique, la nature et les paysages³¹⁵. Ce dispositif sera toutefois supprimé par le décret n° 2007-1261 du 21 août 2007 au profit par les mesures agro-environnementales dans le cadre de la PAC 2007-2014³¹⁶.

50. Les instruments contractuels du second pilier la PAC ont également été complétés par d'autres instruments, de nature contractuelle, dans le cadre dispositif Natura 2000. Distinct de la PAC, le réseau Natura 2000 constitue la « principale contribution européenne à la préservation de la biodiversité³¹⁷ ». Il est, dans une large mesure, le plus grand réseau d'espaces protégés au monde³¹⁸. Issu de la transposition en droit français des directives « Oiseaux » du 2

de base des bonnes pratiques agricoles et du respect de la législation en matière de protection de l'environnement devrait être rémunérée par la société au moyen des programmes agroenvironnementaux » : Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, *Pistes pour une agriculture durable*, COM/99/0022 final, 3.2.1. Orientations générales.

³¹² Décret n° 2003-675 du 22 juillet 2003 relatif aux contrats d'agriculture durable et modifiant le code rural, JO du 25 juillet 2003, p. 12594, texte n° 29.

³¹³ Art. 4 et s. de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, préc.

³¹⁴ DOUSSAN I., « Agriculture et forêt : rapprochement et divergences autour du développement durable et de la multifonctionnalité », préc., p. 75 ; En août 2002, l'audit demandé par le Ministère de l'Agriculture, de l'Alimentation, de la Pêche et des Affaires Rurales sur le CTE a révélé certaines failles au niveau du dispositif de CTE (dépassement budgétaire, faiblesse d'impact sur l'environnement, complexité du dispositif...).

³¹⁵ Décret n° 2003-675 du 22 juillet 2003 relatif aux contrats d'agriculture durable et modifiant le code rural, préc.

³¹⁶ Décret n° 2007-1261 du 21 août 2007 relatif au financement des exploitations agricoles, JO du 24 août 2007, p. 14127, texte n° 53.

³¹⁷ LE CORRE L., « Le réseau Natura 2000 », *J.-CI Env.*, Fasc. 3820, 20 janv. 2020, note n° 2.

³¹⁸ LEFEBVRE T., MONCORPS S., *Les espaces protégés français : une pluralité d'outils au service de la conservation de la biodiversité*, Comité français de l'UICN, Paris, France, 2010, p. 59.

avril 1979³¹⁹ et « Habitat » du 21 mai 1992³²⁰, ce réseau s'articule autour d'un document d'objectifs (DOCOB), dont les orientations de gestion qu'il contient ont vocation à être déclinées par la suite par le recours à des chartes et contrats Natura 2000³²¹. Instaurés par une ordonnance du 11 avril 2001³²², les contrats Natura 2000 sont une démarche volontaire permettant aux titulaires de droits réels et personnels portant sur les terrains inclus dans un site Natura 2000 – propriétaire ou locataire du terrain concerné – de souscrire avec une personne publique, pour une durée de cinq ans un « ensemble d'engagements [...] portant sur la conservation et, le cas échéant, le rétablissement des habitats naturels et des espèces qui ont justifié la création du site Natura 2000 »³²³. Les engagements souscrits pourront donner lieu soit au « versement d'une contrepartie financière »³²⁴, soit à une exonération de la taxe foncière sur la propriété non bâtie (TFNB)³²⁵. La protection de la biodiversité, via notamment « le maintien, voire l'encouragement, d'activités humaines », étant au cœur de l'objectif du réseau Natura 2000³²⁶, les contrats Natura 2000 conclus entre une personne publique et un exploitant agricole peuvent dès lors prendre la forme de contrats agro-environnementaux³²⁷.

2.- Le déploiement de nouveaux outils spécifiques en matière de forêt

51. La forêt a été « longtemps éclipsée par les mesures agricoles prises dans le cadre de la politique agricole commune »³²⁸. Tout au plus, le règlement n° 797/85 relatif à l'amélioration de l'efficacité des structures de l'agriculture³²⁹, et ses modifications successives³³⁰, « ont introduit à partir de 1985 la possibilité d'accorder des aides au boisement et à l'amélioration des

³¹⁹ Directive « Oiseaux » n° 79/409/CEE du 2 avril 1979 concernant la conservation des oiseaux sauvages, JOCE n° L 103 du 25 avril 1979, p. 1.

³²⁰ Directive « Habitat » n° 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que la faune et la flore sauvages, JOCE n° L 206 du 22 juillet 1992, p. 7.

³²¹ Art. L. 414-1-V du C. env.

³²² Ord. n° 2001-321 du 11 avril 2001 relative à la transposition de directives communautaires et à la mise en œuvre de certaines dispositions du droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JO du 14 avril 2001, p. 5820.

³²³ Art. L. 414-3 I du C. env.

³²⁴ Art. R. 414-13 III du C. env.

³²⁵ Art. 1395 E I du CGI.

³²⁶ Directive 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, préc.

³²⁷ Art. L. 414-3 I du C. env.

³²⁸ BAVARD D., CHEVALIER B., « Un premier "paquet" forestier adopté à Bruxelles », préc., p. 7.

³²⁹ Règlement (CEE) n° 797/85 du Conseil du 12 mars 1985 concernant l'amélioration de l'efficacité des structures de l'agricoles, JOCE n° L 93 du 30 mars 1985, p. 1.

³³⁰ Règlement (CEE) n° 1609/89 du Conseil du 29 mai 1989, préc.

surfaces forestières dans les exploitations agricoles et un encouragement à la cessation de l'activité agricole en particulier par le boisement »³³¹. Peu appliqué dans les États membres, ce dispositif ne sera pas mis en œuvre en France³³². Dès lors, la PAC s'est imposée comme l'une des principales sources de financements européens pour les forêts, en se limitant toutefois à soutenir les actions forestières en lien avec les surfaces agricoles. En particulier, le règlement n° 2328/91 du 15 juillet 1991 a reconnu la nécessité de « compléter les mesures agricoles par certaines mesures forestières spéciales en faveur de ces exploitations agricoles, telles que le boisement des surfaces agricoles et l'amélioration des superficies boisées »³³³. À cette fin, il instaure un dispositif d'aides au boisement des surfaces agricoles cofinancé par le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA)³³⁴. Portant application du règlement du 15 juillet 1991, le décret n° 91-1227 du 6 décembre 1991 introduit en droit interne un dispositif de prime annuelle versée aux exploitants agricoles qui boisent tout ou partie de leur exploitation. En transformant l'exploitant agricole en « opérateur qui travaille pour l'avenir et reçoit une rémunération de la collectivité pour ce faire »³³⁵, ce dispositif provoque ainsi une « inflexion dans la politique forestière »³³⁶. Constatant le caractère insuffisamment incitatif des régimes d'aides existants en matière de boisement³³⁷, le règlement n° 2080/92 du 30 juin 1992 consacre un nouveau régime d'aide dédié au boisement et au reboisement des terres agricoles³³⁸. Alors que, jusque-là, la Commission laissait la définition et la mise en œuvre des politiques forestières nationales relever de la responsabilité de chaque État membre (« paquet forestier »), le règlement de 1992 rend obligatoire pour les États membres de la Communauté la mise en œuvre d'un régime d'aides³³⁹. De surcroît, elle rehausse la contribution de la Communauté à hauteur de 50 % des dépenses engagées au niveau national par l'État et les collectivités territoriales, et étend son application non plus seulement aux seuls exploitants agricoles mais plus généralement à l'ensemble des personnes privées³⁴⁰.

³³¹ BAVARD D., CHEVALIER B., « Un premier "paquet" forestier adopté à Bruxelles », préc., p. 8.

³³² *Ibid.*

³³³ Règlement (CEE) n° 2328/91 du Conseil du 15 juillet 1991 concernant l'amélioration de l'efficacité des structures de l'agriculture, JOCE n° L 218 du 6 août 1991, p. 1.

³³⁴ Art. 25 et s. du règlement (CEE) n° 2328/91 du Conseil du 15 juillet 1991, préc.

³³⁵ PÉLISSIÉ, D., « La prime au boisement des terres agricoles. Quels enjeux pour l'avenir ? », *Revue Forestière Française*, n° 6, 1992, p. 480.

³³⁶ *Ibid.*, p. 479.

³³⁷ « Le montant actuel de la prime paraît insuffisant pour inciter certains exploitants à boiser » : PÉLISSIÉ, D., « La prime au boisement des terres agricoles. Quels enjeux pour l'avenir ? », préc., p. 485.

³³⁸ Règlement n° 2080/92 du 30 juin 1992 instituant un régime communautaire d'aides aux mesures forestières en agriculture, JOCE n° L 215 du 30 juillet 1992, p. 96.

³³⁹ PÉLISSIÉ, D., « La prime au boisement des terres agricoles. Quels enjeux pour l'avenir ? », préc., p. 486.

³⁴⁰ *Ibid.*

52. Introduites par la loi du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt³⁴¹, les chartes forestières de territoire (CFT) ont consisté en des engagements contractuels et volontaires en faveur notamment de la préservation des ressources naturelles et de la diversité biologique. Non dénués de parenté avec les contrats territoriaux d'exploitation mis en place par la loi d'orientation agricole du 9 juillet 1999³⁴², les CFT visent notamment « à garantir la satisfaction de demandes environnementales ou sociales particulières concernant la gestion des forêts et des espaces naturels qui leur sont connexes »³⁴³. Les travaux parlementaires révèlent qu'à travers ce dispositif, il s'agit « de reconnaître, par ce biais, la rémunération possible de services non-marchands, qui jusqu'à présent étaient considérés comme gratuits, ou pris en charge par la seule valorisation économique d'un massif forestier »³⁴⁴. Bien que la loi du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt s'appuie dans une large mesure sur la notion de multifonctionnalité, cette dernière va mobiliser, plus précocement qu'en matière agricole, l'idée de contrepartie à un « service ». Elle crée en effet un article L. 1 dans le Code forestier, selon lequel la politique forestière « privilégie les mesures incitatives et contractuelles, notamment par la recherche de justes contreparties pour les services rendus par la forêt et les forestiers en assurant les fonctions environnementale et sociale lorsque cela conduit à des contraintes ou à des surcoûts d'investissement et de gestion »³⁴⁵. Dès lors, si la reconnaissance en droit français de la fonction rendue par l'activité forestière n'est pas une nouveauté, la coexistence dans un même texte, des notions de « fonctions » et de « services », mérite d'être soulignée. Avant même la popularisation des travaux du *Millenium Ecosystem Assessment*, l'article L. 1 du Code forestier préfigure le déclin progressif du concept de multifonctionnalité au profit des concepts de « services environnementaux » ou encore de « services écosystémiques ».

§2.- LE SERVICE ENVIRONNEMENTAL, NOUVELLE JUSTIFICATION À LA RÉMUNÉRATION DES SERVICES RENDUS À L'ENVIRONNEMENT

53. Si la réflexion et les premiers programmes de paiements pour services environnementaux remontent au milieu des années 1990, la diffusion internationale de ce concept à partir du milieu des années 2000 coïncide, sans être directement liée, avec le

³⁴¹ Loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, préc.

³⁴² BROTTES F., *Rapport sur le projet de loi d'orientation sur la forêt*, Doc. AN n° 2417, 24 mai 2000, p. 15.

³⁴³ Art. 1 de la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, préc.

³⁴⁴ FRANÇOIS P., *Rapport sur le projet de loi d'orientation sur la forêt*, Doc. Sénat n° 191, 17 janv. 2001, p. 55.

³⁴⁵ Art. 1 de la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, préc.

*Millenium Ecosystem Assessment*³⁴⁶. Bien que le terme « paiements pour services environnementaux » « ne figure pas encore en tant que telle dans le champ du droit »³⁴⁷, les notions de « service » et de « paiement » se sont en revanche peu à peu imposées dans les approches juridiques. De manière comparable à la multifonctionnalité, cette nouvelle terminologie va peu à peu imprégner les politiques agricoles et forestières. Soulignant, à propos de la politique agricole commune une « invasion des services »³⁴⁸, Carole Hermon et Isabelle Doussan relèvent que « la terminologie employée à propos de la mise en œuvre par les agriculteurs de pratiques considérées comme respectueuses de l'environnement a évolué en quelques années. Il est ainsi aujourd'hui courant de parler de services environnementaux, écologiques ou encore agroenvironnementaux ou, plus globalement, de paiements pour services environnementaux (PSE). La source de ce changement sémantique est sans doute à rechercher au niveau international, tant dans la logique libérale dominante, que dans la nouvelle approche des écosystèmes et de l'environnement »³⁴⁹. La multifonctionnalité va ainsi peu à peu s'effacer en matière agricole et forestière au profit du concept de services environnementaux (A). Alors que les « paiements pour services environnementaux » demeurent encore peu présents, en tant que tels, en droit français, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 s'impose comme un vecteur du déploiement de ces instruments dans les politiques de protection de la biodiversité (B).

A.- LA CONSÉCRATION EXPLICITE DES SERVICES ENVIRONNEMENTAUX DANS LES POLITIQUES AGRICOLE ET FORESTIÈRE

54. Bien que la multifonctionnalité se soit progressivement imposée en droit européen et en droit français comme un moyen de légitimer la rémunération des fonctions environnementales de l'activité agricole et forestière, l'utilisation des concepts de « services » ou encore de « paiements » n'est pas aussi récente que ce qu'une première analyse pourrait laisser penser (1). Depuis le milieu des années 2000, nous sommes en revanche confrontés à une neutralisation marquée de la fonction environnementale au profit des « services environnementaux » (2).

³⁴⁶ LE COQ J.-F., MÉRAL Ph., FROGER G., CHERVIER C., « Les paiements pour services environnementaux ou écosystémiques », in MÉRAL Ph., PESCHE D. (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, pp. 184-186.

³⁴⁷ LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », préc., p. 185.

³⁴⁸ HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, préc., p. 277.

³⁴⁹ *Ibid.*

1.- L'intégration des « services » et « paiements » en droit européen et national

55. Si le concept de services environnementaux rencontre aujourd'hui un très large succès, il est possible de trouver des traces de la mobilisation de ce vocable, dès la fin des années 1980, dans les travaux de la Commission des Communautés européennes³⁵⁰. Bien que de nombreux outils contractuels se soient appuyés sur la fonction environnementale des activités agricole et forestière pour justifier le versement de contreparties financières, une analyse bibliographique et lexicométrique met en évidence une certaine promiscuité, dès les années 1980, entre « service(s) » et multifonctionnalité. En 1985, la Commission des Communautés européennes avait pu relever, dans sa communication « Un avenir pour l'agriculture européenne », que les « services rendus [par l'agriculture] à la collectivité s'avèrent essentiels dans les régions qui, en raison de l'éloignement des centres urbains et des conditions naturelles difficiles, sont confrontées à un processus progressif de désertification et d'appauvrissement à la fois économique et culturel »³⁵¹. Bien que la notion de « service » ait été absente du règlement n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992³⁵², on relève en revanche l'existence, dès 1994, de quelques rares écrits envisageant la possibilité de rémunérer explicitement les « services environnementaux » rendus par l'agriculture³⁵³. L'avis d'initiative du Comité économique et social sur le « Contrat Agriculture et Société » offre un exemple intéressant, dans la mesure où il relève que l'agriculture exerce une « fonction de protection de l'environnement et participe à l'aménagement du territoire ». Il ajoute néanmoins qu'il est « nécessaire de susciter le développement de conditions qui favorisent le déploiement des activités productives régionales, afin de favoriser l'accès à un revenu raisonnable, notamment aux populations agricoles. En particulier, la collectivité doit prendre à sa charge la rémunération des services

³⁵⁰ « Enfin, la sauvegarde de l'écosystème agricole ne peut se soustraire à une réflexion approfondie sur les possibilités offertes tant par le retrait des terres de l'activité productive que par l'extensification de la production. Les superficies rendues ainsi disponibles pourraient faire l'objet d'utilisation à des fins non agricoles dans le cadre d'une gestion intégrée du paysage en vue de favoriser, outre les services environnementaux, des initiatives accessoires pouvant assurer des revenus complémentaires au revenu agricole proprement dit » : Commission des Communautés européennes, COM (88) 338, *Environnement et agriculture*, 16 août 1988, p. 11.

³⁵¹ Commission des Communautés européennes, *Un avenir pour l'agriculture européenne. Orientations de la Commission à la suite des consultations dans le cadre du "Livre vert"*, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, préc., p. 3.

³⁵² Règlement (C.E.E.) n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992, préc.

³⁵³ V. notamment en ce sens : MADELIN V., « La rémunération des externalités positives », préc., pp. 209-214 ; VERON F., « Rémunérations liées à l'entretien de la nature », préc., pp. 215-217 ; MADELIN V., « La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture », préc., pp. 77-88.

environnementaux rendus à la société par les agriculteurs »³⁵⁴. Dans le même sens, la Communication de la Commission « Pistes pour une agriculture durable » du 27 janvier 1999 relève que « l'idée qui sous-tend les aspects environnementaux de la réforme de la politique agricole commune est que les agriculteurs doivent être prêts à observer un minimum de règles environnementales sans compensation. En revanche, dans tous les cas où la société aspire à ce que les agriculteurs fournissent un service environnemental qui dépasse ce seuil, il est équitable que ce service soit spécifiquement rémunéré par le canal des mesures agroenvironnementales »³⁵⁵. Elle ajoute que les programmes agroenvironnementaux offrent une aide aux agriculteurs qui s'engagent par contrat à fournir des « services de protection de l'environnement et d'entretien du paysage »³⁵⁶. Loin d'être anodines, ces évolutions sémantiques traduisent un recul progressif du concept de multifonctionnalité.

56. Contestée dès 1999, la multifonctionnalité sera peu à peu évincée de l'agenda politique international, européen et français à partir de 2003³⁵⁷. Mobilisée par des experts agricoles, la notion de service environnemental va progressivement se diffuser dans les arènes politiques agricoles au service du renouvellement des réponses à apporter aux problèmes agricoles et environnementaux³⁵⁸. La raison de l'engouement pour le concept de paiements pour services environnementaux tient, en grande partie, au fait que les évaluations des mesures agroenvironnementales remettent systématiquement en cause l'attractivité de ces dispositifs³⁵⁹. En effet, bien que l'on puisse reconnaître dans l'ensemble des dispositifs précédemment identifiés de potentiels paiements pour services environnementaux, ou tout du moins une parenté certaine avec ces derniers, les instruments de la PAC participent toutefois plus d'une logique de compensation des surcoûts ou des pertes de revenus engendrés par la réalisation de pratiques

³⁵⁴ Avis d'initiative du Comité économique et social sur le « Contrat Agriculture et Société », JOCE n° C 393 du 31 décembre 1994, p. 90.

³⁵⁵ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions, *Pistes pour une agriculture durable*, préc.

³⁵⁶ *Ibid.*

³⁵⁷ VALETTE et al., « Émergence de la notion de service environnemental dans les politiques agricoles en France : l'ébauche d'un changement de paradigme ? », *VertigO*, Vol. 12, n° 3, déc. 2012, §. n° 6, *en ligne* [<http://journals.openedition.org/vertigo/12925>] ; BONNAL Ph., BONIN M., AZNAR O., « Les évolutions inversées de la multifonctionnalité de l'agriculture et des services environnementaux », *VertigO*, Vol. 12, n° 3, déc. 2012, §. n° 27, *en ligne* [<http://journals.openedition.org/vertigo/12882>]

³⁵⁸ *Ibid.*, §. n° 6 et §. n° 11.

³⁵⁹ ETRILLARD C., « Contrats et écosystèmes agricoles. Des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux », *Droit de l'environnement*, 2015, n° 237, p. 296 ;

plus vertueuses pour l'environnement, que de rémunération de prestations de services³⁶⁰. Le règlement n° 2078-92 du 30 juin 1992 énonçait, en effet, que le régime d'aides mis en œuvre dans le cadre de la PAC devait se limiter à « compenser les agriculteurs de leurs pertes de revenu dues à une réduction de la production et / ou à une augmentation des coûts de production ainsi que pour le rôle qu'ils jouent dans l'amélioration de l'environnement »³⁶¹. Dès lors, le montant des paiements est reconnu comme étant le plus souvent insuffisant pour inciter à la mise en œuvre de pratiques ou de systèmes favorables à l'environnement³⁶² et inéquitablement réparti entre exploitations agricoles³⁶³. Distincte de la « compensation » des surcoûts ou pertes de revenus, la « logique de rémunération », défendue notamment dans le cadre des réflexions sur les dispositifs de paiements pour services environnementaux, serait ainsi de nature à permettre d'« inciter [les exploitants agricoles] à produire plus d'externalités positives et permettrait ainsi d'atteindre de meilleurs résultats environnementaux »³⁶⁴. Dans le même sens, Claire Etrillard relève qu'« une évolution de ces mesures agroenvironnementales, grâce notamment à l'essor du concept de PSE, [serait] toutefois envisageable et pourrait permettre de les rendre plus incitatives »³⁶⁵. Dès lors, on observe que la réflexion et le vocabulaire tendent de plus en plus explicitement à s'orienter, dans le cadre des mesures agro-environnementales, vers la rémunération des services environnementaux³⁶⁶.

³⁶⁰ MADELIN V., « La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture », préc., p. 82 ; BALNY P. et al., *La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture*, Prospective et Evaluation, document de travail n° 2, mars 2009, p. 3 ; HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, préc., p. 274. ; ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 8.

³⁶¹ Règlement (CEE) n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992, préc.

³⁶² V. notamment en ce sens : ORÉADE-BRÈCHE, *Évaluation des mesures agroenvironnementales*, Rapport financé par la Commission européenne, 2005, 309 p. ; COUR DES COMPTES EUROPÉENNE, *L'aide agro-environnementale est-elle conçue et gérée de manière satisfaisante ?*, Rapport spécial n° 7, 2011, 75 p. ; DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 8.

³⁶³ BAZIN G., « La PAC contre la multifonctionnalité ? », *Économie rurale*, 2003, n° 273-274, p. 239.

³⁶⁴ BALNY et al., « La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture », préc., p. 3 ; V. également en ce sens : DELGOULET E., DUVAL L., LEPAY S., *Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux : regards croisés sur deux instruments*, Analyse, Centre d'étude et de prospective, n° 104, sept. 2017, p. 1.

³⁶⁵ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 8.

³⁶⁶ AZNAR O. et al., « Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux », in MÉRAL P., PESCHE D., (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, p. 207 ; ETRILLARD C., « Contrats et écosystèmes agricoles. Des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux », préc., p. 297.

57. Autrement qu'en doctrine, le concept de « service environnemental » va progressivement occuper une place grandissante dans les textes européens et nationaux à partir des années 2000. Alors que la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole ne mobilisait pas la notion de service, la loi du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt s'est imposée comme le premier texte législatif intégrant en droit français le terme « services environnementaux ». En visant les services rendus par les forêts, et non pas les services rendus par les acteurs agricoles et forestiers, le législateur opère néanmoins une confusion entre services environnementaux et écosystémiques. Tel qu'employé dans la loi du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt, le service environnemental semble en effet plutôt s'apparenter à un service écologique ou écosystémique. De la même façon, le règlement n° 1698/2005 substitue, aux « aides directes » ou « aides compensatoires », les termes de « paiement » et de « services écologiques ». Son considérant 35 dispose que « les paiements agroenvironnementaux devraient continuer à jouer un rôle de premier plan pour contribuer au développement durable des zones rurales et satisfaire à la demande croissante de la société en matière de services écologiques. Ils devraient aussi continuer à encourager les agriculteurs et autres gestionnaires de terres à exercer une véritable fonction au service de l'ensemble de la société en introduisant ou en maintenant des méthodes de production agricole compatibles avec la protection et l'amélioration de l'environnement, des paysages et de leurs caractéristiques, des ressources naturelles, des sols et de la diversité génétique »³⁶⁷. Ces évolutions sémantiques en droit national et européen ont ainsi pu conduire certains auteurs à rapprocher la définition des MAE de celle des paiements pour services environnementaux. Les MAE ont ainsi pu être définies comme des « paiements visant à engager les producteurs à fournir des services environnementaux contribuant à protéger les services écosystémiques liés à l'agriculture. Leur efficacité est fortement conditionnée par l'ampleur de l'adoption de ces mesures par les agriculteurs à l'échelle géographique pertinente pour l'enjeu environnemental ciblé »³⁶⁸.

58. Dans sa Communication « La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - stratégie de l'UE à l'horizon 2020 », la Commission européenne relève que « les régimes de paiements en contrepartie des services rendus par les écosystèmes devront récompenser la

³⁶⁷ Règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil du 20 septembre 2005 concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), JOUE n° L 277 du 21 octobre 2005, p. 1.

³⁶⁸ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 8 ; V. supra. §. n° 186 et s.

fourniture de biens privés et publics par les écosystèmes agricole, forestier et marin »³⁶⁹. Plus encore, la nouvelle stratégie de l'Union européenne pour les forêts et le secteur forestier du 20 septembre 2013 énonce que « les forêts sont multifonctionnelles: elles remplissent des fonctions économiques, sociales et environnementales. Elles offrent un habitat pour les animaux et les plantes et jouent un rôle majeur dans l'atténuation du changement climatique et dans la fourniture d'autres services environnementaux »³⁷⁰. Elle ajoute qu'« un nouveau cadre est nécessaire pour : faire en sorte que le potentiel multifonctionnel des forêts de l'UE soit géré d'une manière durable et équilibrée, permettant aux services écosystémiques essentiels de nos forêts de fonctionner correctement »³⁷¹. Si ce texte peut manquer quelque peu de clarté dans la distinction entre services environnementaux et services écosystémiques, il réitère la volonté du législateur européen de maintenir la multifonctionnalité comme un concept clef de la politique forestière de l'UE. Le texte souligne en effet, dans ses orientations stratégiques, que « la Commission veillera à ce que les travaux du Comité permanent forestier s'appuient sur d'autres politiques de l'UE ayant une incidence sur les forêts et le secteur forestier, en garantissant que la gestion des forêts de l'UE reste multifonctionnelle »³⁷².

2.- La disparition du concept de multifonctionnalité des activités agricole et forestière

59. La fin des années 2000 a été marquée par de profonds bouleversements dans les politiques environnementales. D'une part, sous l'effet de la conjugaison de plusieurs facteurs liés à la fois à la prise de conscience des causes anthropiques et des conséquences du changement climatique, les enjeux de l'atténuation et de l'adaptation aux changements climatiques ont été érigés en nouvel objectif des politiques environnementales. D'autre part, cette période coïncide avec un glissement dans les fondements des politiques agricoles et forestières, la multifonctionnalité s'effaçant peu à peu au profit du concept de « services environnementaux »³⁷³. Le *Millenium Ecosystem Assessment* n'apparaît à l'évidence pas

³⁶⁹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 3 mai 2011, *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - Stratégie de l'UE à l'horizon 2020*, préc., p. 10.

³⁷⁰ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Une nouvelle stratégie de l'UE pour les forêts et le secteur forestier*, Bruxelles, 20 septembre 2013, COM(2013) 659 final, p. 2.

³⁷¹ *Ibid.*, p. 4.

³⁷² *Ibid.*, p. 15.

³⁷³ V. notamment en ce sens : BONNAL Ph., BONIN M., AZNAR O., « Les évolutions inversées de la multifonctionnalité de l'agriculture et des services environnementaux », préc., §. n° 1 ; HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, préc., p. 278 ; VALETTE E. et al., « Émergence de la notion

étranger dans cette évolution conceptuelle. Carole Hermon et Isabelle Doussan n'ont d'ailleurs pas manqué de souligner que « la source de ce changement sémantique est sans doute à rechercher au niveau international, tant dans la logique libérale dominante, que dans la nouvelle approche des écosystèmes et de l'environnement »³⁷⁴. Alors que la multifonctionnalité était au cœur des lois « d'orientation agricole » de 1999 et « d'orientation sur la forêt » de 2001, ce concept sera sensiblement moins présent dans la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006³⁷⁵. Cette évolution sémantique est particulièrement visible dans l'exposé des motifs du projet de loi d'orientation agricole, qui relève qu'« à la demande, longtemps uniforme, adressée au monde agricole de fournir le pays en denrées à des prix raisonnables pour le consommateur, ainsi que le précisait le traité de Rome, se sont aujourd'hui ajoutées des attentes aux formes multiples, qui portent de manière croissante sur un niveau élevé de sécurité sanitaire et de qualité des denrées, ainsi que sur des services nouveaux en matière de préservation de l'environnement ou d'aménagement du territoire rural »³⁷⁶. Il ajoute que, « pour prendre en compte les attentes nouvelles de notre société et favoriser la contribution de l'agriculture au développement durable, il apparaît nécessaire d'accompagner les démarches de valorisation des usages non alimentaires de la biomasse, de garantir la prise en compte de l'environnement dans les pratiques agricoles, et de mieux reconnaître les services rendus par l'agriculture dans la valorisation de nos territoires »³⁷⁷. En dépit de ces références appuyées, le concept de « service environnemental » ne sera toutefois pas consacré explicitement dans le texte adopté.

60. Prenant acte de la nécessité de répondre à l'« urgence écologique », la loi Grenelle I du 3 août 2009 « fixe les objectifs et [...] définit le cadre d'action et énonce les instruments de la politique mise en œuvre pour lutter contre le changement climatique et s'y adapter, préserver la biodiversité ainsi que les services qui y sont associés et contribuer à un environnement respectueux de la santé »³⁷⁸. À ce titre, elle acte l'engagement de l'État d'étudier « des dispositifs permettant d'évaluer et de valoriser les services rendus par la biodiversité à la collectivité et aux acteurs socio-économiques »³⁷⁹ et « à reconnaître et valoriser les services

de service environnemental dans les politiques agricoles en France : l'ébauche d'un changement de paradigme? », préc., §. n° 6 ; Dossier « La multifonctionnalité de l'activité agricole », *Économie rurale*, 2003, n° 273-274.

³⁷⁴ HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, préc., p. 277.

³⁷⁵ Loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, JO du 6 janvier 2006 p. 229.

³⁷⁶ Projet de loi d'orientation agricole, Doc. AN n° 2341, 18 mai 2005, p. 6.

³⁷⁷ *Ibid.*, p. 7.

³⁷⁸ Art. 1 de la loi « Grenelle I » n° 2009-967 du 3 août 2009, préc.

³⁷⁹ *Ibid.*, art. 25.

environnementaux rendus par la forêt »³⁸⁰. En dépit de ces objectifs ambitieux, cette réorientation en faveur du climat et des services associés à la biodiversité ne sera pas immédiatement suivie d'effets en droit français. Mis en œuvre à partir de 2007, les neuf dispositifs de mesures agro-environnementales (MAE) de la PAC 2007-2014 resteront centrés sur la protection de la biodiversité, à travers notamment la protection de l'eau, l'entretien du paysage et la protection des sols³⁸¹. La restructuration en profondeur des règles relatives aux paiements directs du second pilier de la PAC interviendra avec le règlement n° 1305/2013 du 17 décembre 2013. D'une part, il adopte une nouvelle terminologie. Les mesures agroenvironnementales deviennent ainsi agro-environnementales et climatiques (MAEC)³⁸². D'autre part, le règlement n° 1305/2013 délaisse toute référence à la « multifonctionnalité ». Il fait en revanche coexister à la fois les termes de « fonctions » et de « services environnementaux ». Il énonce ainsi, dans son considérant 22, qu'« il convient que les paiements au titre de mesures agroenvironnementales et climatiques continuent à jouer un rôle de premier plan pour contribuer au développement durable des zones rurales et satisfaire à la demande croissante de la société en matière de services environnementaux. Ils devraient continuer aussi à encourager les agriculteurs et autres gestionnaires de terres à exercer une fonction au service de l'ensemble de la société en introduisant ou en maintenant des modes de production agricole qui contribuent à l'atténuation des changements climatiques et à l'adaptation à ces changements et qui soient compatibles avec la protection et l'amélioration de l'environnement, des paysages et de leurs caractéristiques, des ressources naturelles, et des sols et de la diversité génétique »³⁸³.

En droit national, la question des enjeux agricoles et forestiers sera intégrée, pour la première fois, au sein d'un seul et même texte. La loi du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt s'oriente vers une consécration plus explicite des

³⁸⁰ *Ibid.*, art. 29.

³⁸¹ La programmation 2007-2013 de la PAC s'est déclinée en France à travers neuf dispositifs de mesures agro-environnementales (MAE) : « PHAE » : prime herbagère agro-environnementale ; « MAER » : MAE rotationnelle ; « SFEI » : système fourrager polyculture-élevage économe en intrants ; « CAB » : conversion à l'agriculture biologique ; « MAB » : maintien de l'agriculture biologique ; « PRM » : protection des races menacées ; « PRV » : protection des ressources végétales menacées de disparition ; « API » : amélioration du potentiel pollinisateur des abeilles domestiques pour la préservation de la biodiversité ; « MAEt » : mesures agro-environnementales territorialisées.

³⁸² Règlement (UE) n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader) et abrogeant le règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil, JOUE n° L 347 du 20 décembre 2013, p. 487 ; règlement (UE) n° 1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune, JOUE, L 347 du 20 décembre 2013, p. 549.

³⁸³ Considérant 22 du règlement (UE) n° 1305/2013 du 17 décembre 2013, préc.

paiements pour services environnementaux et écosystémiques³⁸⁴. Elle énonce en effet que « la politique forestière privilégie les mesures incitatives et contractuelles, notamment à l'égard des propriétaires organisés en groupement. Elle favorise la recherche de contreparties pour les services rendus en matière environnementale et sociale par les bois et forêts qui présentent une garantie de gestion durable »³⁸⁵.

61. Si le concept de services environnementaux tend à l'évidence à occuper une place de plus en plus significative au sein des politiques agricoles et forestières, la neutralisation de la multifonctionnalité demeure toutefois relative. Nous sommes en réalité confrontés, non pas à une substitution, mais à une coexistence entre ces deux concepts. Les références faites par le Code rural et le Code forestier aux « fonctions économique, environnementale et sociale » des politiques agricoles et forestières demeurent, en effet, encore à ce jour inchangées. La survivance du concept de multifonctionnalité mérite toutefois d'être soulignée, dans la mesure où, « si les notions de services écosystémiques et environnementaux s'affirment alors que disparaît celle de multifonctionnalité, elles n'en constituent pas pour autant un substitut »³⁸⁶. Comme le souligne Carole Hernandez-Zakine, « l'intérêt de la multifonctionnalité n'est pas la reconnaissance de fonctions qui justifient de nouvelles aides économiques mais la mise en place d'un nouveau lien juridique entre les agriculteurs et la société »³⁸⁷. Essentiellement mobilisé pour légitimer le versement d'une rémunération à ceux qui les produisent, le concept de services environnementaux tend également à neutraliser la fonction sociale de l'agriculture³⁸⁸. Il véhicule, dès lors, une vision bien plus mercantile des relations agriculture – société que le concept de multifonctionnalité. Les agriculteurs se retrouveraient ainsi moins investis d'une mission d'intérêt général que transformés en véritables prestataires de services environnementaux pour le compte d'un bénéficiaire.

³⁸⁴ Loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, JO n° 0238 du 14 octobre 2014, p. 16601.

³⁸⁵ Art. 67 de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014, préc. ; codifié à l'art. L. 121-2 du C. forest.

³⁸⁶ BONIN M., ANTONA M., Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux, préc., §. n° 37.

³⁸⁷ HERNANDEZ-ZAKINE C., « Analyse juridique de la multifonctionnalité de l'agriculture : l'intérêt général au cœur de l'agriculture (1^{re} partie) », préc., p. 266.

³⁸⁸ HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, préc., p. 278.

B.- VERS UNE CONSÉCRATION EXPLICITE DES PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX ET ÉCOSYSTÉMIQUES

62. Bien que les notions de « services environnementaux » et de « paiements » se soient imposées progressivement en droit depuis le milieu des années 2000, les paiements pour services environnementaux peinent encore à s'extraire des politiques agricoles et forestières. Plus récemment, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 introduit pour la première fois, en droit interne, le concept de services environnementaux (1). Au-delà de cette consécration, nous assistons à la revendication de dispositifs de rémunération des services écosystémiques (2).

1.- L'intégration insatisfaisante du concept de services environnementaux dans la loi « Biodiversité » du 8 août 2016

63. En consacrant les notions de « services écosystémiques », de « fonctions écologiques » des écosystèmes ou encore de « valeurs d'usage », la loi « Biodiversité » intègre dans une large mesure le cadre théorique associé à l'évaluation des services rendus par les écosystèmes et aux paiements pour services environnementaux. Sans pour autant être explicitement consacrée en droit, la notion de « paiements pour services environnementaux » apparaît néanmoins présente de manière sous-jacente. Le projet de loi relatif à la biodiversité ambitionnait ainsi notamment de faciliter « la mise en œuvre d'actions favorables à la biodiversité sur les terrains agricoles et naturels sans avoir à recourir à leur acquisition ». Plus explicite, la loi du 8 août 2016 introduit en substance pour la première fois dans le Code de l'environnement le terme « services environnementaux »³⁸⁹. Elle définit le principe de complémentarité entre l'environnement, l'agriculture, l'aquaculture et la gestion durable des forêts comme le principe « selon lequel les surfaces [...] et les activités agricoles, aquacoles et forestières peuvent être vecteurs d'interactions écosystémiques garantissant [...] des services environnementaux qui utilisent les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité »³⁹⁰. En se référant implicitement à l'agro-écologie et à l'agro-foresterie, dont le fonctionnement

³⁸⁹ Exprimant la volonté de « faire évoluer la vision de la biodiversité », l'étude d'impact du projet de loi relatif à la biodiversité soulignait qu'« il pourrait être introduit dans le droit la notion de services environnementaux et leur reconnaissance. Les services environnementaux correspondent aux services générés par une activité anthropique sur un écosystème et qui bénéficient à d'autres acteurs ».

³⁹⁰ Art. 2 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc.

même repose sur un lien étroit entre agriculture et fourniture de services écosystémiques³⁹¹, le législateur témoigne ainsi d'une évolution des représentations, en particulier, dans la prise de conscience des synergies possibles entre préservation des services écosystémiques et production agricole et forestière. Préférant toutefois, dans un souci de valorisation de « l'approche anthropocentrique et économique de la biodiversité »³⁹², la notion de « services environnementaux » à celle de « fonctionnalités écologiques », le choix du législateur d'asseoir le service environnemental *sur l'utilisation* des fonctions écologiques, et non pas comme un moyen *d'agir sur* ces mêmes fonctions, n'apparaît cependant pas pleinement satisfaisant d'un point de vue terminologique et conceptuel. Dans sa rédaction issue de son adoption en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale, l'article. 2 du projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages disposait, de manière plus pertinente, que « le principe de complémentarité entre l'environnement, l'agriculture et la sylviculture, reconnaissant les surfaces agricoles et forestières comme porteuses d'une biodiversité spécifique et variée, et les activités agricoles et forestières comme vecteur d'interactions écosystémiques permettant la préservation des continuités et des fonctionnalités écologiques »³⁹³. Critiqué en deuxième lecture du projet de loi par la Commission du développement durable³⁹⁴, ce choix rédactionnel apparaît ainsi comme une occasion manquée d'apporter les premiers linéaments d'une définition législative de la notion de service environnemental.

Si le choix des mots retenus peut susciter quelques regrets, la loi du 8 août 2016 semble offrir, dans le même temps, un outil prometteur pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux. Le législateur n'a d'ailleurs pas manqué d'essayer d'introduire dans la loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous des dispositions relatives à la réalisation par le Gouvernement d'un rapport à remettre au Parlement, avant le 1^{er} janvier 2020, « sur

³⁹¹ « Cette définition [de l'UNESCO] met parfaitement en évidence le lien étroit entre agriculture et fourniture de services écosystémiques par l'ensemble des sous-systèmes rencontrés sur une parcelle, une exploitation agricole ou même sur un territoire plus élargi tel que la région agricole » : DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 26.

³⁹² BIGNON J., *Rapport sur le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages et sur la proposition de loi organique relative à la nomination à la présidence du conseil d'administration de l'Agence française pour la biodiversité*, Doc. Sénat n° 607, 8 juillet 2015, p. 72.

³⁹³ Projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, Doc. AN n° 494, 24 mars 2015, p. 4.

³⁹⁴ Doc. AN, CR de la séance du 1^{er} mars 2016, amendements n° CD55, CD92, CD108, CD216, CD317, CD382, CD784, CD844 et CD863.

l'opportunité de mettre en place une prestation pour services environnementaux afin de valoriser les externalités positives de notre agriculture »³⁹⁵. Ce rapport devait définir « les modèles de rémunération qui pourraient valoriser les services écosystémiques rendus par les agriculteurs et leurs conditions de mise en œuvre. Il identifie notamment les conditions nécessaires à la mise en place d'une expérimentation de cette prestation dans certains territoires, à commencer par ceux qui viennent d'être exclus du zonage des zones défavorisées simples »³⁹⁶. Dépourvues de lien, même indirect, avec les dispositions qui figuraient dans le projet de loi initial, ces dispositions seront par conséquent déclarées contraires à la Constitution par le Conseil constitutionnel³⁹⁷. De manière complémentaire au déploiement des mécanismes de paiements pour services environnementaux, un intérêt tout particulier se développe également en faveur des paiements pour services écosystémiques.

2.- La revendication d'un système de paiements pour services écosystémiques

64. De manière manifeste, les réflexions relatives aux dispositifs de paiements pour services écosystémiques font l'objet d'une certaine confusion entre services écologiques, écosystémiques et environnementaux. Dès lors, la volonté de développer des dispositifs de « paiements pour services écosystémiques » vise en réalité le plus souvent les mécanismes de paiements pour services environnementaux. À titre d'exemple, le 7^e programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 énonce que « les autres instruments fondés sur le marché, tels que les paiements pour les services écosystémiques, devraient être utilisés plus largement au niveau de l'Union et au niveau national pour promouvoir la participation du secteur privé et la gestion durable du capital naturel »³⁹⁸.

³⁹⁵ Art. 12 du projet de loi, adopté, pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, Doc. AN n° 177, 2 oct. 2018, p. 18.

³⁹⁶ *Ibid*, p. 19.

³⁹⁷ CC, 25 oct. 2018, Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, n° 2018-771 DC.

³⁹⁸ Décision n° 1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète » JOUE n° L 354 du 28 décembre 2013, p. 171 ; V. notamment pour un autre exemple de confusion : « Les États membres et la Commission favoriseront des mécanismes novateurs (par ex. les paiements en contrepartie des services écosystémiques), en vue de financer le maintien et le rétablissement des services écosystémiques fournis par les forêts multifonctionnelles (Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 3 mai 2011, *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - stratégie de l'UE à l'horizon 2020*, préc., p. 15).

65. Dans la mesure où la distinction entre paiements pour services environnementaux et paiements pour services écosystémiques tend à se clarifier, nous assistons au développement d'une volonté explicitement en faveur de la rémunération des services écosystémiques³⁹⁹. Auditionné en 2011 devant la commission relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité, Jean-Claude Lefeuvre, alors professeur émérite au Muséum national d'Histoire naturelle (MNHN), insistait ainsi sur la nécessité d'« évoluer vers un système où les utilisateurs de services rendus par les écosystèmes les paient à la collectivité »⁴⁰⁰. Cette position se retrouve explicitement dans les débats sur le projet de loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt. Un amendement en particulier mérite, selon nous, d'être cité : « dans sa rédaction actuelle, le premier alinéa de l'article L. 121-2 du code forestier parle de services rendus sans préciser qu'il s'agit de services rendus par les forêts. Or ce n'est pas le propriétaire forestier qui rend le service par une prestation ou une action particulière. C'est l'espace forestier qui rend, de par sa propre nature, des services à la collectivité. Il est donc précisé ici que le service est rendu "par les bois et forêts". En outre, le texte actuel met comme condition à l'apport de contreparties aux services rendus en matière environnementale et sociale le fait qu'"il en résulte des contraintes ou des surcoûts d'investissement et de gestion." Cette exigence revient à nier l'importance des services rendus par les bois et forêts gérés durablement et à ne prendre en compte que des interventions humaines ayant généré contraintes ou surcoûts dans la gestion ou des demandes en sus de la règle commune, qui est la gestion durable. Cette exigence barre la route à la rémunération des services écosystémiques, comme le stockage de carbone ou la conservation de la biodiversité, qui résultent de la gestion durable mise en place, alors que ce sujet est au cœur de deux conventions de Rio (la Convention cadre des Nations Unies sur le changement climatique et la Convention sur la diversité biologique) et fait l'objet de travaux au niveau européen. Or, toute propriété forestière qui fait l'objet d'une gestion durable de la part de son propriétaire, dans le respect des prescriptions du code forestier, contribue à satisfaire les attentes de la société comme l'expriment très clairement les articles L 121-1 et L 121-4. Il n'apparaît donc pas cohérent de réserver des contreparties aux seuls propriétaires forestiers qui acceptent ou sont tenus d'accepter des contraintes supplémentaires dans leur gestion alors que la loi elle-même pose le principe selon lequel, en assurant une gestion durable, le propriétaire répond de fait aux

³⁹⁹ V. sur ce point le dossier « Ateliers REGEFOR 2011. Les services écosystémiques rendus par les forêts », *Revue Forestière Française*, n° 3, 2012, 443 p.

⁴⁰⁰ GAILLARD G., *Rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité*, préc., p. 36.

attentes de la société [...] »⁴⁰¹. Plus récemment, une Décision d'exécution (UE) 2018/210 de la Commission du 12 février 2018 définit explicitement les « Mécanismes de paiement de services écosystémiques (PSE) » comme des « projets impliquant le paiement d'avantages résultant d'un capital naturel, généralement une transaction bilatérale volontaire effectuée à échelle restreinte entre un acheteur et un vendeur clairement identifiés d'un service écosystémique. Ils sont fondés sur le principe du bénéficiaire-payeur, les paiements étant effectués pour bénéficier de services écosystémiques vitaux »⁴⁰². En 2007, le président équatorien Rafael Correa avait également adressé un appel à la communauté internationale demandant une compensation financière à hauteur de 350 millions de dollars pour la non-exploitation d'un gisement pétrolier situé dans le parc national Yasuni⁴⁰³. Dénoncée comme une forme de « chantage écologique », cette démarche participe d'une volonté de faire contribuer financièrement les bénéficiaires des services rendus par les écosystèmes aux coûts liés à leur préservation.

Manifeste au travers du déploiement des dispositifs de paiements pour services environnementaux, l'économicisation des instruments de juridique de protection de l'environnement se dessine également au travers de la mutation du régime juridique des mécanismes de compensation écologique en droit interne.

SECTION 2.- LA MUTATION JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES

66. La réflexion sur les mécanismes de compensation écologique est un champ aujourd'hui largement investi à la fois par l'écologie, la philosophie, l'économie et le droit. Le succès rencontré par les travaux sur l'évaluation économique des services rendus par les écosystèmes, contribue, de manière assez récente, à renouveler l'intérêt qui leur est porté. En dépit de l'engouement dont ils font l'objet, ces mécanismes n'ont rien de novateur, puisque leur introduction dans de nombreuses législations nationales remonte aux années 1970. Les compensations écologiques ont été formellement consacrées en droit français à l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature⁴⁰⁴, et leur contenu précisé par le décret

⁴⁰¹ Doc. AN, CR de la séance du 4 décembre 2013, amendement n° CE119.

⁴⁰² Décision d'exécution (UE) 2018/210 de la Commission du 12 février 2018 concernant l'adoption du programme de travail pluriannuel LIFE pour 2018-2020, JOUE n° L 39 du 13 février 2018, p. 11.

⁴⁰³ CORREA R., *Discours du président de la République de l'Équateur*, septembre 2007, Dialogue de haut niveau sur le changement climatique de la 62^e assemblée générale des Nations unies.

⁴⁰⁴ Art. 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, préc.

n° 77-1141 du 12 octobre 1977⁴⁰⁵. Insérées dans la séquence « ERC » (éviter, réduire, compenser), les mesures compensatoires ont été traditionnellement rattachées en droit français aux dispositifs d'étude d'impact, puis d'évaluation environnementale. Si le cadre juridique de l'évaluation environnementale – et par là même celui des mesures compensatoires – s'est peu à peu renforcé, ces évolutions n'ont pas pour autant remis significativement en cause, ni le régime, ni l'esprit de ce dispositif. La loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages s'impose comme un tournant juridique inédit dans les approches juridiques de la protection de la biodiversité. S'inspirant notamment du dispositif de « *mitigation banking* » (banque de compensation) mis en place aux États-Unis, le législateur oriente la compensation écologique dans un sens plus explicitement économique, voire marchand. Cette évolution nous invite dès lors à souligner que si la compensation écologique a été conçue, de prime abord, comme un outil au service de la limitation des incidences sur l'environnement de certains projets, plans et programmes (§1), nous assistons, sous l'impulsion de la loi « Biodiversité », à une économicisation manifeste de ces dispositifs (§2).

§1.- LA DIVERSITÉ DES FONDEMENTS DES MÉCANISMES DE COMPENSATION DES ATTEINTES À LA BIODIVERSITÉ

67. Bien que des mécanismes de prise en compte des effets sur l'environnement de certaines activités aient existé avant la loi du 10 juillet 1976⁴⁰⁶, la procédure d'étude d'impact s'est indiscutablement imposée comme « une des contributions majeures du droit de l'environnement au développement du droit en général »⁴⁰⁷. Initialement rattachées à l'étude d'impact, dont elle constitue un des volets de la « séquence éviter-réduire-compensation », la compensation écologique a, en revanche, fait l'objet d'un accueil plus réservé de la part de la doctrine⁴⁰⁸. Plus récemment, nous observons qu'aux nombreuses difficultés rencontrées dans la mise en œuvre des compensations écologiques⁴⁰⁹, s'ajoute une certaine perplexité à l'égard

⁴⁰⁵ Art. 2 du décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977 pris pour l'application de l'article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, JO du 13 octobre 1977, p. 4948.

⁴⁰⁶ HUGLO C., LEPAGE-JESSUA C., « L'étude d'impact écologique selon la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature et son décret d'application », *La gazette du Palais*, 1978, p. 525 ; DENOIX DE SAINT-MARC R., « Le rapport d'impact sur l'environnement », *RJE*, 3-4/1976, p. 250.

⁴⁰⁷ KISS A., LAMBRECHTS C., « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », *RJE*, 3-4/1976, p. 239.

⁴⁰⁸ PRIEUR M., « Le respect de l'environnement et les études d'impact », *RJE*, 2/1981, p. 119 ; PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1984, p. 179 ; UNTERMAIER J., « De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé », *RJE*, 4/1986, pp. 381-412.

⁴⁰⁹ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 169 et s.

des récentes évolutions juridiques dont font l'objet ces dispositifs⁴¹⁰. Ce contexte de défiance et de mutation du régime des compensations écologiques nous invite à nous intéresser aux fondements ayant conduit à son émergence en droit. Si la législation américaine constitue une source d'inspiration indéniable pour le dispositif français de compensation écologique (A), le législateur français a toutefois doté ce dispositif de ses spécificités propres (B).

A-. L'INFLUENCE MARQUÉE DU MODÈLE AMÉRICAIN DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

68. Le dispositif français d'étude d'impact s'inspire, dans une large mesure, de l'introduction aux États-Unis d'un dispositif innovant d'évaluation préalable des impacts de certaines activités sur l'environnement (1). Utilisé aujourd'hui dans de nombreux travaux et analyses pour fonder la mise en place d'une version plus économique des mécanismes de compensation écologique, le modèle américain de compensation écologique apparaît, dès son origine, étroitement lié aux réflexions sur l'évaluation économique des services rendus par les écosystèmes et la promotion de nouveaux instruments de protection de l'environnement (2).

1.- La législation américaine d'évaluation environnementale, fondement du premier modèle de compensation écologique

69. Les mécanismes de compensation écologique trouvent leur origine dans la consécration aux États-Unis d'un nouveau dispositif d'évaluation des effets de certaines activités sur l'environnement. Adopté en 1969, le National Environmental Policy Act (NEPA) exigeait ainsi pour la première fois d'inclure un rapport d'impact sur l'environnement (*environmental impact statement* – EIS)⁴¹¹ dans certains projets de loi et autres actions fédérales importantes de nature

⁴¹⁰ V. notamment en ce sens : BOISVERT V., « La compensation écologique : marché ou marchandage ? », *RIDE*, 2/2015, pp. 183-209 ; VAN LANG A., « Protection du climat et de la biodiversité au prisme du droit économique : l'apport de la loi Biodiversité », *EEI*, n° 5, Mai 2018, dossier 4 ; VANUXEM S., « La compensation écologique comme mécanisme de droit analogiste », *RJE*, 1/2019, pp. 115-144.

⁴¹¹ Si le droit américain privilégie le terme *environmental impact statement* pour désigner les dispositifs d'évaluation environnemental, le droit communautaire, puis de l'Union européenne, privilégient le terme d'évaluation des incidences de projets sur l'environnement (*environmental impact assessment* – EIA ou *environmental assessment* – EA). V. notamment en ce sens: art. 3 of the Council Directive 85/337/EEC of 27 June 1985 on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, OJEC n° L 175, 5 July 1985, p. 40 ; art. 5 of the Directive 2001/42/EC of the European parliament and of the Council of 27 June 2001 on the assessment of the effects of certain plans and programmes on the environment, OJEC n° L 197, 21 July 2001, p. 30 ; Directive 2014/52/EU of the European Parliament and of the Council of 16 April 2014

à affecter sensiblement la qualité de l'environnement⁴¹². La section 102 (C) du NEPA se contentait alors d'indiquer, de manière assez succincte, « les hypothèses dans lesquelles un rapport d'impact sur l'environnement doit être préparé et quel doit être son contenu »⁴¹³. En plus de l'évaluation des impacts sur l'environnement du projet de loi ou de l'action fédérale, ce document devait également notamment exposer les effets négatifs de ce projet ou de cette action qui ne peuvent être évités si la solution est mise en œuvre, ainsi que les solutions alternatives qu'il serait possible de substituer à la solution proposée⁴¹⁴. Le dossier d'impact demeurait néanmoins largement limité, puisque celui-ci ne concernait que les « recommandation ou rapport sur les propositions de législation et autres mesures fédérales importantes affectant de manière significative la qualité de l'environnement humain »⁴¹⁵. En outre, ces dispositions ne contenaient aucune référence expresse à la compensation écologique.

En 1972, la Section 404 du Federal Water Pollution Control Act (FWPCA) sera modifiée par le Clean Water Act (CWA)⁴¹⁶, qui introduit en droit américain un système inédit de « permit program » pour réglementer le déversement de matériaux de dragage ou de remblai dans les cours d'eau, y compris les zones humides⁴¹⁷. En raison de la méfiance des conservateurs républicains au pouvoir à l'égard de l'Agence américaine de protection de l'environnement (*United States Environmental Protection Agency – EPA*), le Congrès des États-Unis confia la délivrance des permis prévus par la section 404 à un organe militaire, le Corps du génie de l'armée de terre des États-Unis (*United States Army Corps of Engineers – USACE*)⁴¹⁸. L'un des apports significatifs du CWA consistera, également, à confier la mission

amending Directive 2011/92/EU on the assessment of the effects of certain public and private projects on the environment, OJEU n° L 124, 25 April 2014, p. 1.

⁴¹² « The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: [...] all agencies of the Federal Government shall [...] include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment, a detailed statement by the responsible official on -- (i) the environmental impact of the proposed action, (ii) any adverse environmental effects which cannot be avoided should the proposal be implemented, (iii) alternatives to the proposed action [...] » : Sec. 102 (C) of the National Environment Policy Act of 1969 (NEPA), Pub. L. No. 91-190, 83 Stat. 852 (1970), codified at 42 U.S.C. §4321 et seq., *souligné par nous*.

⁴¹³ KISS A., LAMBRECHTS C., « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », préc., p. 239.

⁴¹⁴ Sec. 102 (C) of the National Environment Policy Act de 1969 (NEPA), préc., *traduit par nous*.

⁴¹⁵ *Ibid.*

⁴¹⁶ Bien que le Federal Water Pollution Control Act Amendments of 1972 soit officieusement appelé Clean Clean Water Act, ce changement de terminologie ne sera officialisé qu'en 1977 : Clean Water Act (CWA), Pub. L. No. 95-217, 91 Stat. 1566 (1977), codified at 33 U.S.C. §1251 et seq.

⁴¹⁷ Sec. 404 of the Federal Water Pollution Control Act Amendments of 1972, Pub. L. No. 92-500, 86 stat. 816 (1972), codified at 33 U.S.C. §1251 et seq.

⁴¹⁸ Sec. 404(a) of the Federal Water Pollution Control Act Amendments of 1972, préc. ; V. également, sur ce point : HASSAN F. et al., « Le cadre de gouvernance américain des mesures compensatoires pour les zones humides », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la*

d'élaborer des lignes directrices pour la mise en œuvre de ces dispositions à l'Agence américaine de protection de l'environnement et au Secrétaire des armées (Secretary of the army)⁴¹⁹. Si les mesures compensatoires demeuraient, dans un premier temps, formellement absentes du CWA⁴²⁰, ces dernières vont ainsi progressivement se développer sous l'impulsion d'une grande diversité de dispositions et de documents de portée juridique variée.

70. En 1978, les dispositions du NEPA seront complétées par une réglementation (*regulation*) du Conseil pour la Qualité de l'Environnement américain (*Council on Environmental Quality – CEQ*) et du Bureau exécutif du président des États-Unis (*Executive Office of the President*)⁴²¹. Ce texte précisera notamment les notions d'impact cumulé (*cumulative impact*), d'effets directs et indirects sur l'environnement (*direct effects – indirect effects*) ou encore d'atténuation (*mitigation*)⁴²². Il dispose, ainsi, que « l'atténuation comprend : (a) L'évitement complet de l'impact en ne réalisant pas certaines actions ou certaines parties d'une action. (b) La minimisation des impacts en limitant le degré ou l'ampleur de l'action et de sa mise en œuvre. (c) La rectification de l'impact en réparant, en réhabilitant ou en restaurant l'environnement impacté. (d) La réduction ou l'élimination de l'impact par la réalisation d'opérations de conservation et d'entretien sur la durée de l'action. e) La compensation de l'impact en remplaçant ou en fournissant des ressources ou des milieux de substitution »⁴²³.

En application de la Section 404(b) du CWA, des lignes directrices seront également développées en 1980 par l'Agence américaine de protection de l'environnement en coordination avec le Corps des ingénieurs de l'armée des États-Unis (U.S. Army Corps of Engineers)⁴²⁴. Ces lignes directrices définiront les mesures compensatoires (*compensatory mitigation*) comme « la restauration (rétablissement ou réhabilitation), l'établissement (création), la mise en valeur et / ou, dans certaines circonstances, la préservation des ressources aquatiques afin de compenser

nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité, Quæ, 2015, p. 48.

⁴¹⁹ Sec. 404(b) of the Federal Water Pollution Control Act Amendments of 1972, préc.

⁴²⁰ V. notamment en ce sens : HOUGH P., ROBERTSON M., « Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means », *Wetlands Ecology and Management*, 17, Feb. 2009, p. 17.

⁴²¹ Council on Environmental Quality, Executive Office of the President, National Environmental Policy Act – Regulations, FR, vol. 43, no. 230 – Wednesday, November 29, 1978, p. 55978.

⁴²² *Ibid.*, pp. 56004-56005.

⁴²³ « Mitigation includes: (a) Avoiding the impact altogether by not taking a certain action or parts of an action. (b) Minimizing impacts by limiting the degree or magnitude of the action and its implementation. (c) Rectifying the impact by repairing, rehabilitating, or restoring the affected environment. (d) Reducing or eliminating the impact over time by preservation and maintenance operations during the life of the action. (e) Compensating for the impact by replacing or providing substitute resources or environments » : *Ibid.*, p. 56005.

⁴²⁴ Environmental Protection Agency, *The Clean Water Act Section 404(b)(1) Guidelines*, 40 CFR 230 (1980).

les impacts négatifs inévitables qui subsistent après que toutes les mesures appropriées et réalisables d'évitement et de réduction aient été réalisées »⁴²⁵.

Afin de renforcer la mise en œuvre de ces lignes directrices, le Memorandum of Agreement (MOA) conclu en 1990 entre l'Agence américaine de protection de l'environnement et le Département de l'Armée des États-Unis (United States Department of the Army) distingue et définit trois types de mesures regroupées au sein d'une séquence d'atténuation (*mitigation sequence*)⁴²⁶ : évitement (*avoidance*⁴²⁷), réduction (*minimization*⁴²⁸) et compensation (*compensation mitigation*⁴²⁹). Le MOA assigne aux mesures compensatoires un certain nombre d'objectifs devant être poursuivis, qui ont très sensiblement inspiré ceux qui ont été codifiés par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016. Il consacre ainsi, en premier lieu, un objectif d'absence de perte nette de valeur et fonction des zones humides : « *no net loss of wetland function and value* »⁴³⁰. Il privilégie la réalisation d'opérations de compensation écologique portant sur des milieux similaires à ceux impactés (*in-kind*) ou qui possèdent les mêmes fonctions (*out-of-kind*)⁴³¹, et de préférence sur le site impacté (*on-site*). En cas d'impossibilité de satisfaire ces impératifs, le MOA envisage pour la première fois la possibilité d'avoir recours à des mesures compensatoires hors site (*off-site*)⁴³², aux fins notamment de favoriser la mise en place des banques de compensation (*mitigation banking*). En 2008, la législation fédérale sera complétée par l'adoption de la Règle Finale (*the Final Rule*), dont l'ambition est de renforcer la planification, la mise en œuvre et la gestion des projets de compensation écologique⁴³³.

71. Ces dispositions, dédiées à la protection des eaux des États-Unis, s'accompagnent de textes spécifiques pour la protection des espèces menacées et des écosystèmes dont elles

⁴²⁵ « *Compensatory mitigation* means the restoration (re-establishment or rehabilitation), establishment (creation), enhancement, and/or in certain circumstances preservation of aquatic resources for the purposes of offsetting unavoidable adverse impacts which remain after all appropriate and practicable avoidance and minimization has been achieved » : Environmental Protection Agency, *The Clean Water Act Section 404(b)(1) Guidelines*, préc., § 230.92 Definitions, *traduit par nous*.

⁴²⁶ Environmental Protection Agency (EPA), United States Department of the Army (Army), *Memorandum of Agreement concerning the determination of mitigation under The Clean Water Act Section 404(b)(1) Guidelines* (1990).

⁴²⁷ *Ibid.*, II. Policy C. 1. Avoidance.

⁴²⁸ *Ibid.*, II. Policy C. 2. Minimization.

⁴²⁹ *Ibid.*, II. Policy C. 3. Compensatory Mitigation.

⁴³⁰ *Ibid.*, II. Policy B.

⁴³¹ *Ibid.*, II. Policy C. 3. Compensatory Mitigation.

⁴³² *Ibid.*, II. Policy C. 3. Compensatory Mitigation.

⁴³³ Department of Defense Environmental Protection Agency, *Compensatory Mitigation for Losses of Aquatic Resources. Final Rule*, FR, vol. 73, no. 70 – Thursday, April 10, 2008, p. 19594. Federal Register/Vol. 73, No. 70/Thursday, April 10, 2008/Rules and Regulations.

dépendent. Replaçant le Endangered Species Preservation Act de 1966⁴³⁴, le Endangered Species Act (ESA) a été adopté en 1973 par le Congrès des États-Unis⁴³⁵. Administré par le Service de la Pêche et de la Vie Sauvage des États-Unis (*U.S. Fish and Wildlife Service – USFWS*) et le Département du commerce du Service national de la Pêche maritime (*Commerce Department's National Marine Fisheries Service – NMFS*), l'ESA organise son propre dispositif de compensation écologique (*mitigation and enhancement measures*). L'administration du CWA et de l'ESA relevant d'agences fédérales distinctes, et donc de *regulations* différentes, leur cadre juridique est par voie de conséquence propre à chaque réglementation. Si l'objectif d'absence de perte constitue un objectif central des compensations écologiques exigées en application du CWA⁴³⁶, cet objectif n'est en revanche pas exigé dans le cadre de l'ESA pour la compensation des atteintes aux espèces menacées.

2.- L'influence des approches économiques sur le modèle américain de compensation écologique

72. Le développement aux États-Unis de dispositifs d'évaluation des effets de certaines activités sur l'environnement et de compensation écologique coïncide avec le développement, à partir des années 1970, des premières réflexions sur l'évaluation économique de la biodiversité et des écosystèmes⁴³⁷. Si les références explicites à ces approches sont absentes des premiers textes juridiques mettant en place des procédures d'évaluations environnementales, le législateur américain semble néanmoins intégrer, dès le début, l'idée de renforcer la prise en compte des aménités et des valeurs environnementales. Dans le cadre du NEPA, le Congrès des États-Unis reconnaît ainsi qu'il est « essentiel que le gouvernement fédéral, en coopération avec l'État et les gouvernements locaux et d'autres organisations publiques et privées concernées, poursuive sa politique visant à utiliser tous les moyens possibles pour assurer la protection de l'environnement et des mesures, y compris financières et techniques, visant à favoriser et à promouvoir le bien-être général, à créer et à maintenir des conditions dans lesquelles l'homme et la nature peuvent exister en harmonie productive et satisfaisante aux exigences sociales, économiques et autres générations futures d'Américains »⁴³⁸. Il assigne notamment comme

⁴³⁴ Endangered Species Preservation Act of 1966, Pub. L. No. 89-669, 80 Stat. 926 (1966).

⁴³⁵ Endangered Species Act (ESA), Pub. L. 93-205, 87 Stat. 884 (1973), codified at 16 U.S.C. §1531 et seq.

⁴³⁶ V. supra. §. n° 70.

⁴³⁷ V. supra. §. n° 13 et s.

⁴³⁸ « The Congress, recognizing the profound impact of man's activity on the interrelations of all components of the natural environment, particularly the profound influences of population growth, high-density urbanization,

objectif aux politiques, règlements et lois des États-Unis, ainsi qu'à toutes les agences du gouvernement fédéral, d'« identifier et élaborer des méthodes et des procédures, en consultation avec le Conseil sur la qualité de l'environnement [...], qui garantissent que les aménités et les valeurs environnementales non quantifiées puissent être dûment prises en compte dans les décisions économiques et techniques »⁴³⁹. De la même manière, le FWPCA justifie la protection des eaux américaines, non seulement pour assurer la protection et reproduction des poissons et de la vie aquatique et faunique, mais également pour garantir l'approvisionnement du public en eau, ou encore à des fins agricoles et industrielles⁴⁴⁰. Dans le prolongement du FWPCA, les lignes directrices élaborées en 1980 en application de la Section 404(b) du CWA, ainsi que le MOA de 1990, se référeront dans une large mesure aux notions de « valeur » (*value*) et de « fonctions » (*functions*) des écosystèmes aquatiques (*aquatic ecosystem*).

73. L'influence des réflexions économiques sur le cadre juridique des compensations écologiques aux États-Unis se caractérise également par le développement, de manière assez précoce, des mécanismes de banques de compensation. Dans un premier temps, les mesures de compensation écologique étaient réalisées directement par les développeurs de projet sur les sites impactés ou à proximité immédiate de ces derniers⁴⁴¹. Du fait du manque d'efficacité écologique de ces mesures, les premières banques de compensation ont été expérimentées dès

industrial expansion, resource exploitation, and new and expanding technological advances and recognizing further the critical importance of restoring and maintaining environmental quality to the overall welfare and development of man, declares that it is the continuing policy of the Federal Government, in cooperation with State and local governments, and other concerned public and private organizations, to use all practicable means and measures, including financial and technical assistance, in a manner calculated to foster and promote the general welfare, to create and maintain conditions under which man and nature can exist in productive harmony, and fulfill the social, economic, and other requirements of present and future generations of Americans » : Sec. 101 (a) of the National Environmental Policy Act de 1969 (NEPA), préc., *traduit et souligné par nous*.

⁴³⁹ « The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: (1) the policies, regulations, and public laws of the United States shall be interpreted and administered in accordance with the policies set forth in this Act, and (2) all agencies of the Federal Government shall [...] identify and develop methods and procedures, in consultation with the Council on Environmental Quality established by title II of this Act, which will insure that presently unquantified environmental amenities and values may be given appropriate consideration in decisionmaking along with economic and technical considerations » : Sec. 102. (B) of the National Environment Policy Act de 1969 (NEPA), préc., *traduit et souligné par nous*.

⁴⁴⁰ « [...] due regard shall be given to the improvements which are necessary to conserve such waters for the protection and propagation of fish and aquatic life and wildlife, recreational purposes, and the withdrawal of such waters for public water supply, agricultural, industrial, and other purposes. For the purpose of this section, the Administrator is authorized to make joint investigations with any such agencies of the condition of any waters in any State or States, and of the discharges of any sewage, industrial wastes, or substance which may adversely affect such waters » : Sec. 102 (a) of the Federal Water Pollution Control Act (FWPCA), préc., *traduit par nous*.

⁴⁴¹ BAYON R., FOX J., CARROL N. (dir.), *Conservation and Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading System*, Earthscan, 2008, p. 15.

les années 1970 dans le cadre du CWA et du ESA⁴⁴². En envisageant la possibilité de réaliser les compensations écologiques en dehors du site impacté (*off-site*) et sur des milieux distincts de ceux impactés, mais qui possèdent les mêmes fonctions (*out-of-kind*)⁴⁴³, le MOA a indiscutablement ouvert la voie au déploiement des banques de compensation aux États-Unis. Il énonce d'ailleurs que « le mécanisme de banque de compensation peut constituer une forme acceptable d'atténuation à condition de faire l'objet de critères spécifiques conçus pour assurer le succès de la banque sur un plan environnemental »⁴⁴⁴. Parmi les trois modalités permettant de réaliser des mesures de compensation écologique (*permittee-responsible mitigation, mitigation banks, in-lieu fee program*)⁴⁴⁵, la Règle Finale de 2008 établit explicitement une préférence pour les banques de compensation⁴⁴⁶. Dès lors, la rémunération de remplacement (*in-lieu fee program*) ne doit être envisagée qu'en cas d'impossibilité de recourir au permis ou aux banques de compensation⁴⁴⁷. Limitées à quelques dizaines dans le milieu des années 1990, les banques de compensation se sont ainsi considérablement développées à partir de 2005. En 2013, plus de 1.800 structures avaient ainsi été créées⁴⁴⁸.

B.- L'IDENTIFICATION DES PARTICULARITÉS DU MODÈLE FRANÇAIS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

74. Développés aux États-Unis, les dispositifs d'évaluation environnementale vont progressivement s'imposer, en droit international et européen, comme un nouveau standard des

⁴⁴² *Ibid.*, p. 10.

⁴⁴³ V. supra. §. n° 70.

⁴⁴⁴ « Mitigation banking may be an acceptable form of compensatory mitigation under specific designed to ensure and environmentally successful bank » : Environmental Protection Agency (EPA), United States Department of the Army (Army), *Memorandum of Agreement concerning the determination of mitigation under The Clean Water Act Section 404(b)(1) Guidelines*, préc., II. Policy C. 3. Compensatory Mitigation, *traduit par nous*.

⁴⁴⁵ Les mesures de compensation écologique peuvent être réalisées soit par le titulaire du permis d'impacter (*permittee-responsible mitigation*), soit par l'acquisition de crédits auprès de banques de compensation (*mitigation banks*) ou encore par le financement de programmes environnementaux gérés par une entité gouvernementale ou un organisme à but non lucratif (*in-lieu fee program*) : Department of Defense Environmental Protection Agency, *Compensatory Mitigation for Losses of Aquatic Resources. Final Rule*, préc., p. 19594.

⁴⁴⁶ « This rule applies equivalent standards to permittee-responsible compensatory mitigation, mitigation banks and in-lieu fee mitigation to the maximum extent practicable. Since a mitigation bank must have an approved mitigation plan and other assurances in place before any of its credits can be used to offset permitted impacts, this rule establishes a preference for the use of mitigation bank credits, which reduces some of the risks and uncertainties associated with compensatory mitigation » : *Ibid.*, p. 19600.

⁴⁴⁷ HASSAN F. et al., « Le cadre de gouvernance américain des mesures compensatoires pour les zones humides », préc., p. 52.

⁴⁴⁸ UNITED-STATES ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY (EPA), *Mitigation Banks under CWA Section 404*, en ligne [https://www.epa.gov/cwa-404/mitigation-banks-under-cwa-section-404].

politiques de protection de l'environnement⁴⁴⁹. Du fait de leur dispersion, les initiatives internationales n'aboutiront toutefois pas à une convention universelle sur les études d'impact⁴⁵⁰. Bien qu'inspiré du modèle américain, le régime juridique français de compensation écologique a ainsi été doté de ses propres spécificités (1). De surcroît, les aspects strictement économiques ont été relativement peu présents dans les considérations ayant conduit à la consécration des dispositifs d'étude d'impact et de compensation écologique (2).

1.- La démarcation à l'égard du modèle américain de compensation écologique

75. Si le modèle américain a indiscutablement inspiré la création du mécanisme français d'étude d'impact⁴⁵¹, Renaud Denoix de Saint Marc souligne que le régime français d'étude d'impact s'est toutefois révélé plus « ambitieux »⁴⁵². L'étude d'impact issue de la loi du 10 juillet 1976 se révèle en réalité, non pas nécessairement plus ambitieuse, mais distincte du modèle américain d'évaluation environnemental.

Les régimes américain et français d'évaluation environnemental se distinguent, tout d'abord, du point de vue de leur procédure d'élaboration. Issu d'un système juridique de *common law*, le modèle américain de compensation écologique s'est construit, en grande partie, en dehors du cadre strictement législatif. Son régime juridique ne sera développé que progressivement, via une pluralité de *regulations* issues d'agences fédérales distinctes.

À la différence de son équivalent américain, le dispositif français d'étude d'impact s'inscrit dans un système juridique d'essence romaniste. Dès lors, les exigences relatives à l'étude d'impact et à son contenu seront issues de l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature et de son décret d'application du 12 octobre 1977⁴⁵³. Aujourd'hui privilégié, le recours à des lignes « guides » et « lignes directrices » sera en effet beaucoup plus

⁴⁴⁹ V. notamment sur ce point : KISS A., LAMBRECHTS C., « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », préc., p. 244 et s. ; PRIEUR M., « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *RJE*, NSP/2011, p. 7 et s. ; LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 14 et s.

⁴⁵⁰ PRIEUR M., « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », préc., p. 8.

⁴⁵¹ KISS A., LAMBRECHTS C., « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », préc., p. 239 ; HUGLO C., LEPAGE-JESSUA C., « L'étude d'impact écologique selon la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature et son décret d'application », préc. p. 526.

⁴⁵² DENOIX DE SAINT-MARC R., « Rapport de synthèse. Le rapport d'impact sur l'environnement », *RJE*, 3-4/1976, p. 266.

⁴⁵³ Décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977, préc.

tardif⁴⁵⁴. Il convient également de relever, d'autre part, que le champ d'application du dispositif américain d'évaluation environnemental, tel qu'issu du NEPA, ne concernait que les « projets de loi ainsi que toutes les autres actions fédérales importantes de nature à affecter sensiblement la qualité de l'environnement »⁴⁵⁵. Ce n'est qu'à compter du CWA que son champ d'application sera étendu aux activités, publiques comme privées, susceptibles de porter atteintes aux cours d'eau, y compris les zones humides. Le dispositif français d'étude d'impact peut, dès lors, sembler sur ce point moins large, puisqu'il ne vise pas à étudier les incidences des projets de loi de nature à porter atteinte à l'environnement. Il peut, en revanche, sembler plus étendu dans la mesure où il ne se limitait pas aux seuls projets des personnes publiques, mais concernait l'ensemble des projets publics ou privés « d'aménagement ou d'ouvrages qui, par l'importance de leurs dimensions ou leurs incidences sur le milieu naturel, peuvent porter atteinte à ce dernier »⁴⁵⁶. Enfin, si l'élaboration de l'évaluation environnementale relève aux États-Unis de la responsabilité du service fédéral compétent pour délivrer le permis⁴⁵⁷, la réalisation de l'étude d'impact a été confiée en au pétitionnaire ou au maître d'ouvrage⁴⁵⁸. S'il avait été envisagé un temps de confier cette mission à l'Atelier central de l'environnement (ACE), cette possibilité a néanmoins été écartée du fait de l'étendue des projets soumis à étude impact.

2.- L'absence de prise en compte des considérations économiques dans la création du dispositif français de compensation écologique

76. Il est intéressant de relever que, dans sa rédaction initiale, le projet de loi relatif à la protection de la nature du 18 juin 1975 ne contenait aucune disposition faisant explicitement référence aux mesures compensatoires⁴⁵⁹. Dans son rapport sur le projet de loi relatif à la

⁴⁵⁴ V. infra. §. n° 308 et s.

⁴⁵⁵ KISS A., LAMBRECHTS C., « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », préc., p. 240 ; *texte original* : « The Congress authorizes and directs that, to the fullest extent possible: (1) the policies, regulations, and public laws of the United States shall be interpreted and administered in accordance with the policies set forth in this Act, and (2) all agencies of the Federal Government shall – [...] include in every recommendation or report on proposals for legislation and other major Federal actions significantly affecting the quality of the human environment [...] » : Sec. 102 (C) of the National Environment Policy Act de 1969 (NEPA), préc.

⁴⁵⁶ Art. 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, préc.

⁴⁵⁷ KISS A., LAMBRECHTS C., « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », préc., p. 242.

⁴⁵⁸ Art. 1^{er} du décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977, préc.

⁴⁵⁹ « Les travaux et projets d'aménagement qui sont entrepris par une collectivité publique ou qui nécessitent une autorisation ou une décision d'approbation doivent respecter les préoccupations d'environnement. Un décret en Conseil d'Etat détermine les modalités d'application du présent article. Il fixe notamment les conditions dans lesquelles ces préoccupations sont prises en considération dans les procédures réglementaires existantes » : Art. 2 du Projet de loi relatif à la protection de la nature, Doc. AN n° 1565, 23 avril 1975, p. 3.

protection de la nature, Roland Nungesser envisageait seulement l'étude d'impact comme un moyen de garantir que « les modifications de l'environnement susceptibles d'être provoquées par de grands travaux d'équipement ou d'aménagement auront bien été étudiées et portées à la connaissance des responsables de l'opération avant qu'elle ne commence »⁴⁶⁰. L'insertion des mesures compensatoires dans le texte sera plus tardive, puisqu'elle interviendra à l'occasion de l'examen du texte en première lecture devant le Sénat⁴⁶¹. Analysant le contexte de l'introduction des mesures de compensation écologique dans la loi du 10 juillet 1976, Marthe Lucas relève que « tout semble indiquer que ce mécanisme est le fruit d'une pensée politique et non d'un postulat scientifique. N'étant pas un concept scientifique en tant que tel, la compensation ne peut être issue d'une proposition portée par le milieu scientifique »⁴⁶². De manière surprenante, et à la différence du régime juridique américain, les considérations économiques ont été presque totalement absentes des considérations ayant conduit à la création des dispositifs d'étude d'impact et de compensation écologique. Tout au plus, Roland Nungesser a ainsi pu souligner que, « devant la dégradation accélérée du milieu et l'amenuisement de nombreuses ressources naturelles, la protection de l'espace naturel et la préservation de ses ressources sont apparues comme des nécessités vitales »⁴⁶³. De la même manière, le sénateur Pierre Vallon a également été amené à défendre, dans son rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la nature l'idée selon laquelle « il faut attaquer le mal à sa racine et faire à la fois aimer la nature et faire comprendre que l'on peut, en la respectant, obtenir qu'elle permette à l'homme d'accomplir ses propres finalités »⁴⁶⁴.

77. Une lecture des débats sur le projet de loi relatif à la protection de la nature permet néanmoins de révéler les craintes exprimées par le député centriste André Forens, qui relève qu'« à propos de bien des choses, les technocrates commencent à se demander si leurs calculs, trop partiels, sont bien exacts. Ils pensent les corriger en préconisant d'"internaliser" les coûts externes. C'est un peu ce que propose l'article 2 du projet de loi. Mais il serait également souhaitable de faire apparaître au niveau de la comptabilité nationale les profits collectifs invisibles dispensés par la flore et la faune sauvage ou les milieux naturels. Si de tels bilans

⁴⁶⁰ NUNGESSER R., *Rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la nature*, Doc. AN n° 1764, 18 juin 1975, p. 22.

⁴⁶¹ VALLON P., *Rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la nature*, Doc. Sénat n° 293, 12 mai 1976, p. 10.

⁴⁶² LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 44.

⁴⁶³ Doc. AN, CR de la séance du 22 avril 1976, JO AN du 23 avril 1976, p. 2038.

⁴⁶⁴ VALLON P., *Rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la nature*, préc., p. 3.

étaient dressés, on s’apercevrait alors, non seulement combien il est coûteux de détruire, voire de transformer sans réfléchir, mais aussi combien il est avantageux de conserver ou de protéger ce que l’on pourrait qualifier de ressources naturelles. Tous les grands équipements finissent par se périmer. Un pont se détériore. Un avion se démode. Un navire s’use. Une centrale nucléaire ne dure qu’un temps. Or nous consacrons des sommes fabuleuses à ces équipements temporaires et à leur fonctionnement. Ces sommes sont sans commune mesure avec celles qui devraient être investies dans les réserves naturelles, équipement par définition jamais périmé, toujours prêt à remplir sa mission au moindre coût. En définitive, à bien réfléchir, existe-t-il quelque chose de plus rentable ? »⁴⁶⁵. Cet argumentaire, aujourd’hui largement répandu, demeure toutefois singulier dans le contexte de l’élaboration de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. Ces quelques phrases contenaient ainsi, en substance, les germes de l’approche économique de la biodiversité et des écosystèmes, alors tout juste naissante⁴⁶⁶. Le constat qui était vrai hier ne l’est cependant plus aujourd’hui, dans la mesure où les dispositifs d’évaluation environnementale et de compensation écologique ont fait l’objet, de manière assez récente, d’importantes évolutions à la fois matérielles et conceptuelles.

§2-. L’INCURSION DE L’ÉCONOMIE DANS LE CADRE JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES

78. Jusqu’à la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, le cadre juridique des dispositifs de compensation écologique est resté, pour l’essentiel, dans le prolongement de celui créé par la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature. Les compensations écologiques n’intégraient en effet notamment pas, dans leur régime juridique, le concept économique de services rendus par les écosystèmes. De la même manière, les moyens que pouvait utiliser le maître d’ouvrage pour satisfaire son obligation de compensation demeuraient assez limités quantitativement. De manière inédite, la loi « Biodiversité » dote indiscutablement le régime juridique des mesures de compensation écologique d’un caractère plus économique (A). Plébiscitées par certains courants de pensées économiques, ces transformations ne justifient pas pour autant l’intégration des compensations écologiques dans la catégorie des « instruments économiques » (B).

⁴⁶⁵ *Ibid.*, p. 2047.

⁴⁶⁶ V. supra. §. n° 11 et s.

A.- LA CONSÉCRATION DE NOUVEAUX OBJET ET MODALITÉ DE MISE EN ŒUVRE PLUS ÉCONOMIQUE

79. Dans l'esprit de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, les finalités poursuivies par les dispositifs de compensation écologique sont restées, pendant, longtemps, d'ordre strictement écologique et patrimonial. La loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a, en revanche, profondément transformé le régime juridique des compensations écologiques. D'une part, elle introduit explicitement les services écosystémiques dans le champ des atteintes à compenser (1). D'autre part, elle consacre les « sites naturels de compensation » comme nouvelle modalité de mise en œuvre de l'obligation de compensation écologique (2).

1.- L'introduction explicite des services écosystémiques dans le champ des dispositifs de compensation écologique

80. Un lien étroit semble unir, de plus en plus fréquemment, évaluation économique des services rendus par les écosystèmes et compensations écologiques. Dans une rubrique intitulée, « aspects économiques », un rapport rendu en 2011 par la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité envisageait explicitement « la monétarisation des services rendus par les écosystèmes » comme un moyen de faciliter « la mise en œuvre d'actions de compensation, en cas d'atteinte impossible à éviter à la biodiversité »⁴⁶⁷. Il suggérait, de surcroît, de « poursuivre résolument les efforts menés sur l'évaluation économique du vivant et encourager la formation d'un marché de la compensation en cas d'atteinte aux écosystèmes »⁴⁶⁸.

81. Omniprésent dans les débats sur le projet de loi relatif à la biodiversité⁴⁶⁹, le concept de service écosystémique va être explicitement rattaché, dans les débats législatifs, puis dans le

⁴⁶⁷ GAILLARD G., *Rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité*, préc., p. 36.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, p. 113.

⁴⁶⁹ Le projet de loi n° 1847 relatif à la biodiversité affirme, sans détour, son « ambition de renouveler la vision de la biodiversité et les principes d'action qui doivent permettre sa protection et sa restauration ». Il ajoute, que « l'article 1^{er} a pour objectif de renouveler les concepts et le vocabulaire présents au début du code de l'environnement pour en conforter la portée au regard des nouvelles connaissances et des évolutions sociétales. Il s'agit ici de donner une vision complète de la biodiversité, intégrant l'ensemble des êtres vivants, et d'en donner une vision moins figée et mettant en avant son caractère dynamique. L'article conforte l'importance de cette dynamique, dans un contexte de changement global, où la disparition des services rendus par la biodiversité

corps de la loi du 8 août 2016, aux dispositifs de compensation écologique. Dans son rapport n° 2064 sur le projet de loi relatif à la biodiversité, la rapporteur Genevière Gaillard souligne que « le principe "éviter-réduire-compenser" doit s'appliquer en tenant compte des fonctions écologiques (fourniture de services écosystémiques essentiels, régulation des phénomènes climatiques, loisirs) de la biodiversité affectée. Cette précision va dans le sens d'une vision renouvelée de la biodiversité dans laquelle un dommage à celle-ci ne s'apprécie plus simplement de façon intrinsèque (la disparition d'un biotope, d'une espèce), mais également de façon extrinsèque (le rôle du taxon affecté au sein de son écosystème ainsi que dans les écosystèmes environnants) »⁴⁷⁰. Le législateur fera ainsi le choix de compléter le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en précisant que ce dernier « implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées »⁴⁷¹. L'introduction, aussi franche, des services écosystémiques dans le champ de la compensation écologique confirme le constat dressé par Valérie Boisvert, selon lequel « un certain nombre de politiques ou d'instruments existants ont été réévalués à l'aune de leur capacité à valoriser les services écosystémiques ont été réorientés pour pouvoir être mobilisés dans cette perspective »⁴⁷². Si l'utilisation du concept de « services écologiques » ne constitue pas une nouveauté en droit interne et européen⁴⁷³, l'introduction explicite des « services écosystémiques » constitue une évolution conceptuelle significative, qui révèle une incursion inédite de l'approche économique de la biodiversité en droit français⁴⁷⁴. Les services écosystémiques contribuent en effet à modifier la finalité même des compensations écologiques, qui ne protègent plus seulement l'environnement sur le fondement de critères strictement écologiques, mais également au regard de son utilité pour l'Homme. Si l'intégration des services écosystémiques en droit interne peut participer d'une meilleure prise en compte de la « nature ordinaire »⁴⁷⁵, ce n'est qu'à la stricte condition que ce dernier s'ajoute aux valeurs

(alimentation, énergie, atténuation de phénomènes naturels,...) est susceptible de porter atteinte aux activités humaines et où la capacité d'évolution des écosystèmes est essentielle à leur fonctionnement ».

⁴⁷⁰ GAILLARD G., *Rapport sur le projet de loi relatif à la biodiversité (n° 1847)*, Doc. AN n° 2064, 26 juin 2014, p. 58.

⁴⁷¹ Art. 2 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc., codifié à l'art. L. 110-1 II du C. env.

⁴⁷² BOISVERT V., « La compensation écologique : marché ou marchandage ? », préc., p. 185.

⁴⁷³ V. infra. §. n° 126 et s.

⁴⁷⁴ V. infra. §. n° 128 et s.

⁴⁷⁵ TREILLARD A., *L'appréhension juridique de la nature ordinaire*, préc., p. 84 et s.

intrinsèques de la nature qui sont traditionnellement protégées par le droit⁴⁷⁶. L'intégration récente des services rendus par les écosystèmes et fonctions écologiques dans le champ de la séquence « ERC » et des compensations écologiques s'accompagne, dans le même temps, de la consécration d'une version française des « banques de compensation ».

2.- Les « sites naturels de compensation », nouvelle modalité de mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique

82. Classiquement, les mesures de compensation écologiques ne pouvaient être réalisées que selon deux modalités. Le pétitionnaire ou le maître d'ouvrage soumis à une obligation de compenser pouvait, soit réaliser lui-même ces mesures, soit en confier la réalisation à un tiers. Directement inspirée du dispositif américain de *mitigation banking* (banque de compensation), une première « expérimentation d'offre de compensation » sera adaptée en France à partir de 2008 par la Caisse des Dépôts et Consignations Biodiversité (CDC Biodiversité), filiale privée de la Caisse des Dépôts et Consignations, sur le site de « Cossure », dans les Bouches-du-Rhône⁴⁷⁷. Les modalités de cette expérimentation ont notamment été détaillées dans un rapport du Centre d'Analyse Stratégique de 2009, consacré à l'« Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes ». Celui-ci explique ainsi que « la CDC acquiert des surfaces qu'elle gère ou fait gérer (par des opérateurs agréés par l'État) dans un esprit de conservation et de protection. Elle se propose ainsi de "fabriquer" de la biodiversité. Ces espaces et cette gestion sont ensuite "convertis" (sous la responsabilité et avec l'agrément de l'État) en unités de comptes spatio-temporelles appelées "unités de biodiversité" (la gestion "écologique" pendant 30 ans de 100 hectares correspondant à l'habitat de telle espèce représentera, par exemple, 50 unités de biodiversité) »⁴⁷⁸. Dans la mesure où elle permet de mettre en œuvre des mesures de compensation écologique de manière à la fois anticipée et mutualisée, cette expérimentation d'offre de compensation sera par la suite étendue à d'autres projets, avec l'aval du ministère de l'Écologie⁴⁷⁹. Ce dispositif sera par la suite explicitement consacré, dans le Code de l'environnement, par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016.

⁴⁷⁶ V. infra. §. n° 321.

⁴⁷⁷ V. annexe : Convention cadre MEEDDM – CDC Biodiversité relative à l'expérimentation d'offre de compensation 2010-2018, signée le 10 août 2010.

⁴⁷⁸ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 80.

⁴⁷⁹ À titre d'exemple, nous pouvons citer : le projet de « Combe-Madame », réalisé en Isère par EDF, le projet « Sous-bassin versant de l'Aff », réalisé en Bretagne par Dervenn, l'expérimentation d'offre de compensation

83. Le législateur institue en effet la possibilité pour « toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité [d’y satisfaire] soit directement, soit en confiant, par contrat, la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation [...], soit par l’acquisition d’unités de compensation dans le cadre d’un site naturel de compensation »⁴⁸⁰. Au terme de « banque de compensation », les parlementaires ont préféré, dans un premier temps, le terme de « réserves d’actifs naturels – RAN », moins connoté financièrement. Ce dernier étant susceptible de créer une confusion avec les réserves naturelles nationales et régionales, le législateur a finalement privilégié le terme de « sites naturels de compensation »⁴⁸¹. L’opérateur de compensation écologique est défini par le législateur de manière extensive, 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 »⁴⁸². Le Code de l’environnement n’utilise toutefois pas le terme d’« opérateur de site naturel de compensation ». Les dispositions de la partie réglementaire du Code de l’environnement relatives à la délivrance de l’agrément de site naturel de compensation se contentent également seulement de mentionner « la personne qui met en place le site naturel de compensation »⁴⁸³. De la même manière, l’arrêté du 24 avril 2020 portant agrément du site naturel de compensation de « Cossure » ne fait référence qu’au « bénéficiaire de l’agrément »⁴⁸⁴. Compte tenu de son caractère extensif, la définition d’opérateur de compensation écologique proposée par le Code de l’environnement semble pouvoir être étendue au titulaire d’un agrément de site naturel de compensation. Nous utiliserons ainsi, dans la suite de nos développements, le terme d’« opérateur de site naturel de compensation » pour désigner la personne, publique ou privée, titulaire d’un agrément de site naturel de compensation.

84. Le succès rencontré par les « banques de compensation » aux États-Unis conduit Hélène Tordjman et Valérie Boisvert à dresser le constat selon lequel, jusqu’à une période récente, la compensation écologique n’était pas présentée « comme un marché, mais plutôt comme un mécanisme de flexibilité permettant d’atteindre à moindre coût des normes de protection fixées

yvelinoise, portée par le Conseil général des Yvelines) ou encore le projet « Grand hamster », réalisé en Alsace par la CDC Biodiversité et InVivo.

⁴⁸⁰ Art. 69 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; codifié à l’art. L. 163-1 II du C. env.

⁴⁸¹ Doc. AN, CR de la séance du 8 mars 2016, à 16 heures 45, amendement n° CD936.

⁴⁸² Art. L. 163-1 III du C. env.

⁴⁸³ Art. D. 163-4 du C. env.

⁴⁸⁴ Arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d’un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), BOMTES, 28 avril 2020, NOR: TREL1936865A.

par la réglementation. [...] La première évolution perceptible est celle du vocabulaire employé pour rendre compte de l'organisation de la compensation : elle donne lieu à des échanges de "crédits", sur des "marchés", les montants acquittés sont qualifiés de "prix", les lieux où sont mis en œuvre les projets sont des "banques"... alors que ces arrangements sont très étroitement encadrés par des administrations, s'inscrivent dans un cadre réglementaire contraignant et relèvent à chaque fois d'un compromis négocié entre les parties »⁴⁸⁵. Corrélé avec l'intégration des concepts de « services » et de « fonctions écologiques » dans le champ de l'évaluation environnementale et des compensations écologiques, le déploiement de sites naturels de compensation caractérise une économicisation sans précédente du régime juridique de la compensation écologique. On notera cependant, qu'à la différence du régime américain de *mitigation banking*⁴⁸⁶, le législateur français n'établit aucune préférence pour les sites naturels de compensation. Il laisse en effet au maître d'ouvrage et au pétitionnaire une liberté de choix totale quant aux modalités pour satisfaire son obligation de compenser.

B.- L'INSTRUMENT ÉCONOMIQUE, UN « HABIT NEUF »⁴⁸⁷ POUR DÉSIGNER LES MÉCANISMES DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE ?

85. Si l'économicisation du cadre juridique des mécanismes de compensation écologique paraît une réalité difficilement contestable, convient-il, pour autant, de rattacher ces dispositifs à la catégorie des instruments économiques ? Le regroupement au sein de cette catégorie, tant des dispositifs de compensation écologique, que des paiements pour services environnementaux, se révèle largement inadapté d'un point de vue juridique (1). Il convient, par conséquent, de rechercher une qualification plus appropriée (2).

⁴⁸⁵ TORDJMAN H., BOISVERT V., « L'idéologie marchande au service de la biodiversité ? », préc., p. 37.

⁴⁸⁶ HASSAN F. et al., « Le cadre de gouvernance américain des mesures compensatoires pour les zones humides », préc., p. 53 et s.

⁴⁸⁷ La formulation « habit neuf » est directement inspirée d'un article de Sandrine Maljean-Dubois : MALJEAN-DUBOIS S., « Le recours à l'outil économique : un habit neuf pour les politiques environnementales ? », in MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, La documentation française, 2002, pp. 9-40.

1.- L'« instrument économique », une catégorie inadaptée d'un point de vue juridique aux mécanismes de compensation écologique

86. Du point de vue de certains auteurs, la frontière entre instruments économiques entre eux et avec les autres types d'instruments reste floue⁴⁸⁸. Agathe Van Lang souligne ainsi « qu'il est souvent difficile de tracer nettement la frontière entre outils juridiques et outils économiques »⁴⁸⁹. La compensation écologique s'inscrirait, au même titre que les paiements pour services environnementaux, « dans le cadre du droit économique, et plus précisément du droit économique de l'environnement »⁴⁹⁰. Cette branche du droit de l'environnement désigne, selon Gilles Martin, celle « qui a pour objet l'étude du droit de l'organisation de l'économie lorsqu'il a pour finalité directe ou indirecte la protection de l'environnement ou la gestion des questions environnementales »⁴⁹¹. Les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sont ainsi fréquemment rattachés à la catégorie des « instruments économiques » ou des « instruments de marché »⁴⁹².

La justification première tiendrait au fait que ces instruments seraient fondés, l'un comme l'autre, « sur une incitation économique »⁴⁹³. En imposant à un opérateur économique de compenser les externalités négatives d'un projet, plan ou programme sur l'environnement,

⁴⁸⁸ HRABANSKI M., *Du national à l'international : l'émergence d'un « nouvel » instrument de politique publique, les paiements pour services environnementaux (PSE)*, préc., p. 235 ; MARTIN G. J., « Le recours aux instruments économiques dans la mise en œuvre des politiques de protection de l'environnement », in KYE C. (dir.), *Les politiques communautaires de protection des consommateurs et de l'environnement : convergences et divergences*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1995, p. 171.

⁴⁸⁹ VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 217.

⁴⁹⁰ VAN LANG A., « Protection du climat et de la biodiversité au prisme du droit économique : l'apport de la loi Biodiversité », préc., note n° 7.

⁴⁹¹ MARTIN G. J., « Le droit économique de l'environnement, une nouvelle frontière pour la doctrine et l'enseignement du droit de l'environnement ? », *RJE*, NSP/2016, p. 72.

⁴⁹² V. notamment en ce sens, en droit européen et international : 6^e programme d'action communautaire en matière d'environnement (Décision n° 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2002 établissant le sixième programme d'action communautaire pour l'environnement, JOCE n° L 242 du 10 septembre 2002, p. 1) ; Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes*, préc. ; Décision IX/11 du 9 octobre 2008 prise dans le cadre de la 9^{ème} Conférence des parties à la Convention sur la diversité biologique, préc. ; V. notamment en ce sens, en doctrine économique et juridique : OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 33 et s. ; BROUGHTON E., PIRARD R., *Instruments de marché pour la biodiversité : la réalité derrière les termes*, préc., p. 17 ; MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 191 et s. ; LANGLAIS A., « À la recherche d'une définition juridique des paiements pour services environnementaux ? », préc., p. 44 ; HERNANDEZ-ZAKINE C., « Paiements pour services environnementaux : des contrats pour formaliser l'engagement environnemental des agriculteurs », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 312.

⁴⁹³ MARIS V., *Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques*, Quæ, 2014, p. 55.

les mesures compensatoires s'envisageraient ainsi, pour les économistes, « comme un instrument d'internalisation au service de la lutte contre le déclin de la biodiversité »⁴⁹⁴. Au regard des coûts importants que peut représenter la réalisation des mesures compensatoires prescrites par l'autorité administrative compétente, le maître d'ouvrage serait ainsi incité financièrement à éviter et réduire les impacts de son projet, plan ou programme sur l'environnement. Dans le cas d'un paiement pour service environnemental, le prestataire de service environnemental serait incité à protéger l'environnement en contrepartie d'un paiement. Dans le même sens, Sylvie Caudal énonce que les « outils économiques » auraient pour caractéristique commune de reposer « sur des mécanismes de financement, d'incitation économique et financière »⁴⁹⁵. Ces instruments économiques, ou de marché, se distingueraient des instruments réglementaires – ou juridiques –, dits de *command and control*, qui reposent essentiellement sur la contrainte. Or, fonder une distinction sur de tels critères peut se révéler complexe dans la mesure où, comme le souligne Sandrine Maljean-Dubois, la frontière entre l'incitatif et le contraignant demeure « particulièrement floue »⁴⁹⁶. Le recours par les personnes publiques, à partir de la fin des années 1980, aux processus négociés pour l'élaboration de la norme a en effet contribué à atténuer le caractère unilatéral de l'action administrative⁴⁹⁷. Des instruments réglementaires peuvent ainsi être négociés soit au stade de leur élaboration, soit de leur mise en œuvre. À titre d'exemple, les chartes de parcs naturels régionaux s'apparentent ainsi plus à des actes unilatéraux négociés qu'à de véritables contrats⁴⁹⁸.

⁴⁹⁴ BAS A., *Analyse de la compensation écologique comme instrument d'internalisation et de lutte contre l'érosion de la biodiversité marine : illustration par l'éolien en mer. Economies et finances*, Université de Bretagne occidentale – Brest, 2017, p. 5. ; V. également, dans le même sens : SCEMAMA P., KERMAGORET C., LEVREL H., VAISSIÈRE A.-C., « L'économie néo-institutionnelle comme cadre de recherche pour questionner l'efficacité de la compensation écologique », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, p. 151.

⁴⁹⁵ CAUDAL S., *La fiscalité de l'environnement*, LGDJ, 2014, p. 22 ; V. également, dans le même sens : MALJEAN-DUBOIS S., « Le recours à l'outil économique : un habit neuf pour les politiques environnementales ? », préc., p. 10.

⁴⁹⁶ MALJEAN-DUBOIS S., « Le recours à l'outil économique : un habit neuf pour les politiques environnementales ? », préc., p. 22.

⁴⁹⁷ JÉGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », préc., p. 28 ; V. également : ASSOCIATION CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE., *90^e Congrès des Notaires de France - Nantes, 8-11 mai 1994. Protection de l'environnement. De la contrainte au contrat*, 1994, T. I, 902 p. ; T. II, 532 p.

⁴⁹⁸ FÉVRIER J.-M., « Le droit des parcs aujourd'hui », *RJE*, NSP/2006, p. 33 ; BLEHAUT-DUBOIS V., « À l'école des chartes », *AJDA*, 2004, p. 2431.

87. Si la compensation écologique, de même que les paiements pour services environnementaux, peuvent avoir un effet incitatif⁴⁹⁹, leur intégration au sein de la catégorie des « instruments économiques» nous paraît néanmoins discutable à un double point de vue. Tout d’abord, cette qualification n’est pas neutre, mais véhicule une vision hégémonique selon laquelle tout serait et/ou devrait être économique. Elle occulterait le fait que ces instruments reposent, certes sur une incitation économique, mais avant tout sur des dispositifs et/ou des outils par nature juridiques (évaluation environnementale, autorisation administrative, contrats, etc.). Ensuite, ce serait opérer une confusion entre la nature de ces instruments, et leurs modalités de mise en œuvre. Si les dispositifs de paiements pour services environnementaux s’inscrivent, par nature, dans une démarche économique⁵⁰⁰, les compensations écologiques relèvent, en tant que tel, d’un régime de police administratif. L’obligation de compensation écologique prend en effet sa source dans un acte réglementaire (le plus souvent un arrêté préfectoral). Si les compensations écologiques ne reposent pas sur démarche économique, en revanche, certaines modalités de mise en œuvre d’une obligation de compensation peuvent reposer sur un instrument économique, à l’image de l’acquisition par le débiteur d’une obligation de compenser d’unités de compensation auprès d’un site naturel de compensation. De ce fait, le rattachement des compensations écologiques à la catégorie des instruments économiques résulte d’une métonymie qui consiste à confondre l’instrument en tant que tel, qui n’est pas économique, avec ses modalités de mise en œuvre, dont certaines d’entre elles peuvent relever d’une démarche économique. Au regard de ce qui précède, il convient dès lors d’envisager si d’autres qualifications peuvent être envisagées.

2.- La recherche d’une qualification juridique plus adaptée

88. Dans le prolongement des travaux de l’OCDE⁵⁰¹, certains auteurs identifient, en complément des instruments réglementaires et économiques, une troisième catégorie – ou une troisième génération – d’instruments. La géographe Muriel Bonin distingue ainsi trois catégories d’instruments de politiques publiques, que seraient « les instruments réglementaires,

⁴⁹⁹ Le caractère incitatif des dispositifs de paiements pour services environnementaux repose sur l’existence d’une contrepartie (gain). À l’inverse, le caractère incitatif des compensations écologiques repose sur l’économie que l’on fait en n’ayant pas à compenser (coûts évités).

⁵⁰⁰ Les dispositifs de paiements pour services environnementaux ont essentiellement pour objet d’inciter économiquement un opérateur à produire un service environnemental.

⁵⁰¹ OCDE, *Les approches volontaires dans les politiques de l’environnement : analyse et évaluation*, OCDE, 1999, 163 p.

les instruments économiques (dont font partie les MAE) et les instruments volontaires »⁵⁰². Selon l'économiste Gilles Grolleau, les « instruments volontaires » correspondraient, après les instruments réglementaires (basés sur la sanction), et les instruments économiques (attribuant un prix aux biens d'environnement), à une troisième génération⁵⁰³. Cette dernière correspondrait à « un ensemble beaucoup plus divers, dont la caractéristique principale est le volontariat »⁵⁰⁴. Les travaux initialement menés par l'OCDE reposent sur un second critère, qui exige des acteurs concernés qu'ils aillent « au-delà des exigences légales »⁵⁰⁵.

L'exigence de mobiliser ces instruments en dehors de toute obligation réglementaire n'est pas sans rappeler les réflexions contemporaines sur les mécanismes de paiements pour services environnementaux, qui pourraient dès lors s'envisager comme une nouvelle manifestation d'instrument volontaire. Si le terme « volontaire » pour désigner une vaste catégorie d'instruments dont la caractéristique commune est d'être mis en œuvre, en dehors de toute obligation réglementaire, sur la base du volontariat, apparaît moins connoté économiquement, les réflexions juridiques sur ce concept sont plus récentes⁵⁰⁶. Cette qualification d'« instruments volontaires » tend à nous séduire, dans la mesure où il convient de souligner que le pouvoir de contrainte se situe au cœur du fonctionnement de l'action publique et constitue la prérogative première de l'exercice du pouvoir. La présence – ou l'absence – d'un pouvoir de contrainte nous apparaît dès lors comme un critère pertinent de distinction des instruments juridiques. De surcroît, la dichotomie instruments réglementaires/instruments volontaires suffit à rassembler l'ensemble des instruments du droit de l'environnement, sans qu'il soit nécessaire de recourir à la catégorie des instruments économiques. Unilatéraux ou négociés, les instruments réglementaires peuvent en effet être mis en œuvre selon des modalités très diverses. Ces derniers peuvent tout aussi bien mobiliser, de manière complémentaire, l'acte unilatéral (mesures de police administrative), que les processus

⁵⁰² BONIN M. et al., « Les mesures agri-environnementales favorisent-elles la fourniture de services écosystémiques ? Contribution de trois études de cas (Auvergne, Réunion, Guadeloupe) », préc., p. 9.

⁵⁰³ GROLLEAU G., MZOUGH N., THIÉBAUT L., « Les instruments volontaires : Un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », *RIDE*, n° 4, 2004, pp. 463-464 ; V. également, dans le même sens : SANCY M., « Quelques réflexions sur l'utilisation des approches volontaires et le droit international de l'environnement », in HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, p. 76.

⁵⁰⁴ GROLLEAU G., MZOUGH N., THIÉBAUT L., « Les instruments volontaires : Un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », préc., p. 464.

⁵⁰⁵ « Par approches volontaires, on entend dans le présent rapport des arrangements en vertu desquels des entreprises s'engagent à améliorer leur performance environnementale au-delà des exigences légales » : OCDE, *Les approches volontaires dans les politiques de l'environnement : analyse et évaluation*, préc., p. 9.

⁵⁰⁶ HERVÉ-FOURNEREAU N., « Présentation générale », in HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, p. 29.

négociés (contrats, conventions, chartes, etc.) ou bien encore la technique de marché (marché de quotas de gaz à effet de serre, marché d'unités de compensation, etc.)⁵⁰⁷.

Mis en œuvre en dehors de toute contrainte, les instruments volontaires sont susceptibles de mobiliser toute la diversité des instruments juridiques (paiements pour services environnementaux, obligation réelle environnementale, labels, certifications, etc.), à l'exception des actes unilatéraux. Dans la mesure où les compensations écologiques interviennent pour satisfaire une obligation de police administrative spéciale prescrite par un acte réglementaire, ces dernières constituent avant tout des instruments de nature réglementaire. Si l'obligation de compensation écologique peut être satisfaite notamment par le recours au contrat ou aux marchés d'unité de compensation, ces modalités de mise en œuvre n'ont ainsi pas pour conséquence d'influer sur la qualification des compensations écologiques. À l'inverse, les paiements pour services environnementaux ne découlent en aucune manière d'un régime de police, mais visent à inciter à protéger l'environnement en contrepartie d'un « paiement ». Reposant sur un engagement libre, les paiements pour services environnementaux constituent des instruments par nature volontaires. Bien que répandue, la catégorie des instruments économiques appliquée aux mécanismes de compensation écologique et de PSE nous semble ainsi discutable d'un point de vue juridique et doit être écartée. Dans un souci de cohérence avec l'intitulé de la présente recherche doctorale, nous maintiendrons toutefois dans la suite de nos développements l'usage du terme « instruments économiques » pour désigner les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux.

⁵⁰⁷ ROTOULLIÉ J.-Ch., *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement, L'exemple du système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, LGDJ, 2017, 500 p.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

89. En dépit de l'existence de liens perceptibles entre compensation écologique et paiements pour services environnementaux, ceux-ci constituent des mécanismes distincts d'un point de vue à la fois juridique et conceptuel. En dépit du récent engouement dont ils bénéficient, ces derniers ne sont pas pour autant nouveaux dans leur principe, mais mobilisent des raisonnements économiques anciens. Plusieurs dispositifs juridiques sont ainsi susceptibles de s'apparenter à des paiements pour services environnementaux, sans pour autant répondre exactement à tous les critères fixés par les définitions économiques les plus couramment utilisées. Si la rémunération des services environnementaux et écosystémiques tend à s'imposer dans son principe, en revanche ces instruments restent, dans une large mesure, arrimés aux activités agricoles et forestières. Confirmée dans son principe par la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, la compensation écologique se voit dotée de nouveaux objets et modalités de mise en œuvre plus « économiques » qu'ils ne l'étaient auparavant. Pour autant, qualifier les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux d'« instruments économiques » constitue un raccourci, dans la mesure où, si les modalités de mise en œuvre de ces dispositifs peuvent être économiques, ces derniers ne sont pas nécessairement, par nature, économiques.

90. Si l'action publique conserve une place déterminante dans la consécration juridique et la mise en œuvre de ces dispositifs, ces derniers sont le produit d'un cadre théorique largement inspiré de courants de pensées économiques libéraux. L'économicisation des instruments juridiques de protection de la biodiversité, dont les mécanismes de compensation des atteintes à la biodiversité et de paiements pour services environnementaux en constituent l'illustration, laisse craindre, pour l'avenir, une instrumentalisation excessive du droit de la protection de la biodiversité tournée exclusivement vers l'évaluation et la protection des services rendus par les écosystèmes. Cette crainte est d'autant plus justifiée que le déploiement de ces instruments contribue à installer dans le paysage juridique et à légitimer un argumentaire très explicitement économique. Ce faisant, ces instruments participent activement d'une évolution significative et potentiellement préoccupante du cadre conceptuel du droit de la protection de la biodiversité.

CHAPITRE 2.- L'ÉVOLUTION DU CADRE CONCEPTUEL DU DROIT DE LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

91. Le droit de l'environnement, sans doute plus que toute autre branche du droit, « utilise l'existant, s'arroge des techniques et des concepts et des principes étrangers, se les approprie, les adapte, les dérive de leur sens traditionnel. Il prend, il saisit, il se nourrit en forgeant à sa mesure »⁵⁰⁸. Dans le même sens, Alexandre Kiss soulignait qu'« il s'agit donc pour le droit d'appréhender des concepts qui ne lui sont pas nécessairement familiers – êtres vivants, processus, systèmes caractérisés par les relations entre éléments qui les composent »⁵⁰⁹. De manière incidente, l'introduction des paiements pour services environnementaux dans la sphère juridique et la mutation des compensations écologiques s'accompagnent de la réception, à des degrés différents, de principes et concepts directement inspirés par les analyses et doctrines économiques⁵¹⁰. Comme le souligne Sandrine Maljean-Dubois, ces principes joueraient « un rôle stratégique, en encourageant l'utilisation des outils économiques »⁵¹¹. Ce mouvement est tout particulièrement visible dans la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, tant celle-ci « paraît marquée dans son ensemble par l'influence du droit économique. Consacrant la notion de services écosystémiques, elle traduit une conception utilitaire de la biodiversité, conçue comme un capital naturel, ce qui n'est pas sans interroger les catégories juridiques. Pour en assurer la protection et la gestion, la loi s'appuie sur des outils économiques classiques, tels que les mesures fiscales et l'internalisation des externalités »⁵¹². Parmi la diversité des principes et concepts d'origine économique, les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique entretiennent des liens privilégiés avec les principes « pollueur-payeur », « protecteur-payé », « bénéficiaire-payeur » et/ou « utilisateur-payeur », ainsi que les

⁵⁰⁸ NAIM-GESBERT E., « Maturité du droit de l'environnement », *RJE*, 2/2010, p. 233 ; V. également en ce sens : HERMITTE M.-A., « Le droit est un autre monde », *Enquête*, 7, 1999, 16 p., *en ligne* [<http://enquete.revues.org/1553>].

⁵⁰⁹ KISS A., « Introduction », in KISS, A. (dir.), *L'écologie et la loi*, L'Harmattan, 1989, p. 9.

⁵¹⁰ V. notamment en ce sens : DEFFAIRI M., « Le recours aux instruments économiques : facteur de modernisation et/ou de simplification du droit de l'environnement ? », *préc.*, p. 174.

⁵¹¹ MALJEAN-DUBOIS S., « Le recours à l'outil économique : un habit neuf pour les politiques environnementales ? », *préc.*, p. 16 ; L'auteur ajoute que « le cheminement des principes du pollueur-payeur et de l'utilisateur-payeur est exemplaire à cet égard. Il s'agit, à l'origine, de principes économiques [...] qui se sont peu à peu juridicisés. [...] De fait, ces principes constituent un terrain fertile pour le développement de l'analyse économique du droit » (*Ibid.*, pp. 16-17).

⁵¹² VAN LANG A., « Protection du climat et de la biodiversité au prisme du droit économique : l'apport de la loi Biodiversité », *préc.*

concepts de « services écosystémiques » ou encore de « capital naturel »⁵¹³. Plus ou moins novateurs, ces principes et concepts interviennent tantôt comme un moyen de promouvoir ces instruments, tantôt comme un moyen d'en guider la mise en œuvre. Les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux étant situés à l'interface de cadres économique et juridique parfois concurrents, parfois complémentaires, il en résulte de nombreuses ambiguïtés conceptuelles et terminologiques. Il s'agira ainsi de déterminer, dans un premier temps, dans quelle mesure les principes pollueur-payeur, bénéficiaire-payeur et protecteur-payé peuvent s'analyser à la fois comme des fondements et des vecteurs de promotion d'une approche économique des mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique (**Section 1**). Dans un second temps, nous verrons en quoi les concepts de « services écosystémiques » et de « capital naturel » révèlent une manière d'appréhender la nature sous un angle plus économique, mais font, en revanche, l'objet d'un degré d'intégration dans le champ du droit très variable (**Section 2**).

SECTION 1.- LES PRINCIPES ENVISAGÉS COMME FONDEMENTS PRIVILÉGIÉS DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

92. D'un point de vue économique, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux relèveraient de principes distincts : pollueur-payeur pour le premier⁵¹⁴, et « protecteur-payé » et/ou « utilisateur-payeur » pour le second⁵¹⁵. Plus nuancée à propos des compensations écologiques, Marthe Lucas s'est refusée à identifier un fondement unique mais a, au contraire, révélé une pluralité de fondements juridiques⁵¹⁶. Parmi les fondements identifiés, le principe pollueur-payeur n'est envisagé que comme un

⁵¹³ V. notamment en ce sens : OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 164 ; TEN BRINK P., « Qu'est-ce que le capital naturel ? », in MONNOYER-SMITH L., (dir.), *Nature et richesse des nations*, La Revue du CGDD, 2015, p. 49.

⁵¹⁴ V. notamment en ce sens : PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 208 et s. ; 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. 147 ; REGNER Y B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 80 et s.

⁵¹⁵ V. notamment en ce sens : OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 164 ; PIRARD R., BILLÉ R., « Paiements pour services environnementaux – de la théorie à la pratique en Indonésie », Vol. 11, n° 1, mai 2011, §. 60 et s., *en ligne*, [<http://journals.openedition.org/vertigo/10746>] ; KARSENTY A., « Les paiements pour services environnementaux dans les pays en développement : compenser ou récompenser ? », préc., p. 85 ; MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, « La compensation écologique à travers le monde : source d'inspiration ? », *Les cahiers de Biodiv'2050*, n° 10, déc. 2016, p. 3.

⁵¹⁶ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 59 et s.

« fondement théorique potentiel des compensations écologiques »⁵¹⁷. Procédant à une application stricte de ce principe d'un point de vue juridique, l'auteure énonce que le principe pollueur-payeur n'est susceptible de constituer un fondement des compensations écologiques que « dans la mesure où le porteur du projet ou l'exploitant est qualifié de pollueur, où les mesures de compensation visent un dommage environnemental et où les frais de compensation écologique sont assumés par le responsable du dommage »⁵¹⁸. Bien que le principe pollueur-payeur soit d'origine essentiellement économique, le rattachement juridique des compensations écologiques à ce principe doit toutefois être réévalué (§1). Les mécanismes de paiements pour services environnementaux semblent indiscutablement répondre d'une logique distincte, bien que complémentaire, au principe pollueur-payeur. Si les principes « protecteur-payé » et « bénéficiaire-payeur » – également appelé « utilisateur-payeur » – ne constituent pas, à ce jour, des principes juridiques reconnus comme tels, ceux-ci peuvent néanmoins constituer un fondement potentiel des paiements pour services environnementaux (§2).

§1.- LE PRINCIPE POLLUEUR-PAYEUR, FONDEMENT PRIVILÉGIÉ DES MÉCANISMES DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

93. Le droit de l'environnement repose sur une grande diversité de principes juridiques⁵¹⁹, parmi lesquels les principes de précaution, d'action préventive et de correction par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, de pollueur-payeur, d'information, de participation, ou plus récemment de solidarité écologique ou encore de non-régression⁵²⁰. Instaurées par la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, et rattachées au dispositif de l'étude d'impact⁵²¹, les mesures compensatoires ont préexisté à de nombreux principes du droit de l'environnement. C'est donc essentiellement *a posteriori* que des rattachements doctrinaux et législatifs ont été établis entre ces dispositifs et les principes du droit de l'environnement. Parmi la diversité des fondements identifiés, le principe pollueur-payeur tend, selon nous, à se singulariser. Pourtant envisagées comme une déclinaison du principe pollueur-payeur, les compensations écologiques ont été rattachées plus récemment par le législateur au « principe

⁵¹⁷ *Ibid.*, p. 74.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 77.

⁵¹⁹ JÉGOUZO Y., « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, 1996, p. 209 ; UNTERMAIER J., « Les principes du droit de l'environnement », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, pp. 201-220 ; PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 91 et s.

⁵²⁰ Le Code de l'environnement énumère neuf principes à l'art. L. 110-1 II.

⁵²¹ Art. 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, préc.

d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable »⁵²². Dans la mesure où les définitions juridiques et économiques du principe pollueur-payeur varient fortement, il apparaît essentiel de revenir sur l'origine et la portée de ce principe en économie (A). Nous évaluerons ensuite la pertinence du rattachement des compensations écologiques au principe de prévention, effectué par le législateur, au profit d'un rattachement juridique plus explicite et/ou exclusif au principe pollueur-payeur (B).

A.- LA DISTINCTION ENTRE LES APPROCHES ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE DU PRINCIPE POLLUEUR-PAYEUR

94. Principe incontournable du droit de la protection de l'environnement, le principe pollueur-payeur – *polluter pays principle (PPP)* – est avant tout un principe d'origine économique (1). Par la suite, la communauté juridique s'est attachée à le « traduire à l'aide de ses méthodes et en fonction de ses objectifs propres »⁵²³. Son intégration dans le champ du droit révèle, dès lors, de grandes disparités dans le sens qui lui est attribué (2).

1.- Les origines exclusivement économiques du principe pollueur-payeur

95. Le principe pollueur-payeur a été défini pour la première fois dans un rapport du Comité de l'environnement de l'OCDE du 15 mars 1972, consacré aux principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international⁵²⁴. Ce document énonce que « le principe à appliquer pour l'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution, principe qui favorise l'emploi rationnel des ressources limitées de l'environnement tout en évitant des distorsions dans le commerce et les investissements internationaux, est le principe dit "pollueur-payeur" »⁵²⁵. Cette proposition sera formellement consacrée par une recommandation du Conseil de l'OCDE du 26 mai 1972 « sur

⁵²² Art. 2 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; qui modifie l'art. L. 110-1 II du C. env.

⁵²³ THUNIS X., « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », in DE HEERING A., LEYENS S. (eds.), *Stratégies de développement durable. Développement, environnement ou justice sociale ?*, Presses universitaires de Namur, 2009, pp. 171-172 ; V. également sur ce point : THUNIS X., DE SADELEER N., « Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », *Aménagement-Environnement*, NSP/1995, pp. 3-15.

⁵²⁴ Comité de l'environnement, Rapport du 15 mars 1972 sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international [C(72)69].

⁵²⁵ *Ibid.*, p. 4.

les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international »⁵²⁶. La définition, ainsi que la portée de ce principe, seront par la suite réaffirmées par une recommandation du Conseil de l'OCDE du 14 novembre 1974 « sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur »⁵²⁷. Comme le souligne Jean-Yves Chérot, il est nécessaire de toujours « prendre en considération le principe-pollueur payeur dans le cadre même où il a été pensé »⁵²⁸. Cette entreprise est essentielle dans la mesure où, à la lecture de la définition originelle de ce principe, deux observations s'imposent.

96. Tout d'abord, le principe pollueur-payeur est fréquemment assimilé, par de nombreux auteurs, à un principe d'« internalisation des externalités »⁵²⁹. Or, si les principes pollueur-payeur et d'internalisation entretiennent des liens étroits, ils se distinguent néanmoins⁵³⁰. Dans sa conception initiale, issue de la définition de l'OCDE, le principe pollueur-payeur avait pour objectif principal d'éviter que les pouvoirs publics n'accordent aux acteurs publics des subventions destinées à compenser les coûts des mesures de protection de l'environnement de nature à engendrer des distorsions importantes dans le commerce et les investissements internationaux⁵³¹. Dès lors, ce dernier constitue un principe d'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution, et non un principe d'internalisation. En effet, en économie, l'objet de l'internalisation est une « externalité », c'est-à-dire l'« effet sur le bien-être d'un ou plusieurs autres agents dû à l'action d'un autre agent non suivie d'indemnisation

⁵²⁶ Recommandation du Conseil du 26 mai 1972 sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international [C(72)128].

⁵²⁷ Recommandation du Conseil du 14 novembre 1974 sur la mise en œuvre du principe pollueur-payeur [C(74)223].

⁵²⁸ CHEROT J.-Y., « Préface », in DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, PUAM, 2007, p. 12.

⁵²⁹ CAUDAL S., « La Charte et l'instrument financier et fiscal », *RJE*, NSP/2005, p. 240 ; V. notamment pour illustration : « En tant que principe d'internalisation des coûts de la pollution, le principe pollueur-payeur vise à ce que les phénomènes de pollution soient pris en compte par ceux qui les génèrent » : SUTTERLIN O., « Principe pollueur-payeur », *J.-Cl. Env.*, Fasc. 2420, 20 févr. 2020, Point-clé 2 ; « Le principe pollueur-payeur est en somme un principe d'internalisation des coûts qui consiste à faire supporter au pollueur la différence entre le coût social et le coût privé » : VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 124 ; « Le principe [pollueur-payeur] est d'abord économique, qui repose sur un mécanisme d'internalisation des coûts externes : il implique que le prix d'un produit doit représenter l'ensemble des coûts supportés par la collectivité, y compris les externalités supportées par d'autres agents que ceux qui les engendrent » : BILLET Ph., « Principe pollueur-payeur », in COLLART DUTILLEUL F., PIRONON V., VAN LANG A., *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 660.

⁵³⁰ DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, PUAM, 2007, p. 167 ; DE SABRAN-PONTEVÈS E., « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », *REDE*, n° 1, 2008, p. 22.

⁵³¹ OCDE, *Principes et concepts environnementaux*, OCDE/GD(95)124, Paris, 1995, p. 13

par le bénéficiaire pour les avantages retirés (externalité positive ; économie externe), ou par le responsable pour les coûts engendrés (externalité négative, déséconomie externe) »⁵³². Ainsi, la pollinisation, ou bien encore l'amélioration de la qualité de l'air ou de l'eau s'assimilent à des externalités positives, là où, à l'inverse, la pollution, le bruit ou encore les incendies constituent les principales illustrations d'externalités négatives.

En réponse à cette absence de prise en compte par le marché des externalités, l'économiste britannique Arthur Cecil Pigou a développé dans les années 1920 une « théorie des externalités ». L'auteur préconise ainsi l'institution et la perception par l'État d'une taxe (appelée par la suite « taxe pigouvienne ») destinée à intégrer aux coûts d'une activité le coût des effets externes négatifs qu'elle génère (externalités négatives)⁵³³. On parle alors d'internalisation des externalités négatives dès lors que le coût des effets négatifs d'une activité sur l'environnement est répercuté dans les coûts de production des biens et services vendus sur le marché. Or, le critère de la distinction entre principe pollueur-payeur et principe d'internalisation réside dans le fait que la théorie des externalités « n'implique pas l'imputation automatique des coûts d'une nuisance à celui qui la cause »⁵³⁴.

Comme le souligne l'OCDE, « bien qu'il soit souvent rapproché du principe pollueur-payeur, le concept d'internalisation des coûts environnementaux a trait aux moyens de mesurer les coûts et avantages environnementaux ainsi qu'au montant à payer pour couvrir les coûts. Cette notion est beaucoup plus complexe que le principe pollueur-payeur, lequel concerne celui qui doit se voir imputer les coûts dont le montant exact doit être arrêté "*par les pouvoirs publics pour que l'environnement soit dans un état acceptable.*" »⁵³⁵.

Dès lors, si le principe pollueur-payeur participe de l'idée selon laquelle les coûts sociaux et environnementaux générés par les acteurs économiques du fait de leurs activités doivent être internalisés – au sens de répercutés dans le coût des biens et services qui sont à l'origine de la pollution –, il n'intervient que pour s'assurer que le coût des mesures de prévention et de lutte contre la pollution soit assumé par le pollueur, et non par les personnes publiques, ou plus largement par tout autre agent économique.

⁵³² SILEM A., *Lexique d'économie*, préc., p. 397.

⁵³³ PIGOU A. C., *The economics of welfare*, London: MacMillan and co., 1920, 976 p.

⁵³⁴ THUNIS X., « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », préc., p. 172.

⁵³⁵ OCDE, *Principes et concepts environnementaux*, préc., p. 15.

97. Ensuite, il est également intéressant d'observer que le principe pollueur-payeur n'a pas été originellement pensé par l'OCDE comme un principe de responsabilité⁵³⁶, de réparation⁵³⁷, ou bien encore de compensation des dommages causés par la pollution⁵³⁸. Conçu seulement comme un principe d'imputation économique, le principe pollueur-payeur ne visait originellement « aucune protection absolue de l'environnement »⁵³⁹. En effet, l'ambition de l'OCDE se limitait seulement à assurer le maintien de l'environnement « dans un état acceptable »⁵⁴⁰. Elle ajoute qu'il ne serait « ni raisonnable ni nécessaire de dépasser un certain niveau dans l'élimination de la pollution, en raison des coûts que cette élimination entraînerait »⁵⁴¹. Si le principe pollueur-payeur constitue « en substance un principe de politique économique plus qu'un principe juridique »⁵⁴², celui-ci va néanmoins être introduit en droit à partir de la fin des années 1980. Le processus d'appropriation juridique de ce principe va néanmoins aboutir à le détourner sensiblement de sa conception initiale, pour l'envisager comme une déclinaison d'un principe de responsabilité ou de réparation.

2.- L'appropriation juridique inadéquate du principe pollueur-payeur

98. Le principe pollueur-payeur constitue désormais un principe incontournable des politiques environnementales. Comme le souligne Yves Jégouzo, l'« inflation des coûts des politiques d'appropriation publique a conduit à rechercher un nouveau mode de financement des services collectifs environnementaux bâti sur une logique de type économique originale qui se différencie à la fois du système de financement par l'impôt utilisé pour les services publics

⁵³⁶ THUNIS X., « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », préc., p. 198 ; BILLET Ph., « Principe pollueur-payeur », préc., p. 660.

⁵³⁷ BILLET Ph., « Les approches volontaires et les principes du droit de l'environnement », in HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, p. 100.

⁵³⁸ « Dans l'optique de l'OCDE, le principe pollueur-payeur n'est pas un principe de compensation des dommages causés par la pollution : il signifie simplement que les pouvoirs publics ne doivent pas, en règle générale, accorder des subventions à leurs industries à des fins de lutte contre la pollution. Il est destiné à orienter l'allocation, entre les pouvoirs publics et le secteur privé, des coûts afférents à la pollution intérieure ou aux mesures de protection de l'environnement national. Il concerne *celui* auquel devraient être imputés les coûts de protection de l'environnement et non le *montant* qui doit être payé » : OCDE, *Principes et concepts environnementaux*, préc., p. 13.

⁵³⁹ DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, préc., p. 23 ; V. également, dans le même sens : THUNIS X., « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », préc., p. 173.

⁵⁴⁰ Annexe II du Rapport du Comité de l'environnement, en date du 15 mars 1972, sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international [C(72)69], p. 4.

⁵⁴¹ *Ibid.*

⁵⁴² OCDE, *Principes et concepts environnementaux*, préc., p. 13.

classiques [...] et du financement par l'utilisateur, qui est le modèle employé pour les services industriels et commerciaux. Il s'agit du recours au principe "pollueur payeur" »⁵⁴³. L'introduction de ce principe, d'origine économique, en droit, va conduire la communauté juridique à « le traduire à l'aide de ses méthodes et en fonction de ses objectifs propres »⁵⁴⁴. Ce faisant, le sens premier de ce principe va, au fil du temps, être quelque peu transformé.

99. Pleinement au fait des principes directeurs approuvés par le Comité de l'environnement de l'OCDE⁵⁴⁵, la Commission des Communautés européennes a explicitement utilisé le principe pollueur-payeur, pour la première fois, dans une communication sur un programme des Communautés européennes en matière d'environnement du 24 mars 1972⁵⁴⁶. Elle énonce, dans des termes presque identiques à ceux de l'OCDE, que « le principe à appliquer pour l'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution, principe qui favorise l'emploi rationnel des ressources limitées de l'environnement tout en évitant des distorsions dans le commerce et les investissements internationaux, est le principe dit "pollueur- payeur". Ce principe signifie que le pollueur devrait se voir imputer les dépenses relatives aux susdites mesures arrêtées par les pouvoirs publics pour que l'environnement soit dans un état acceptable. En d'autres termes, le coût de ces mesures devrait être répercuté dans le coût des biens et services qui sont à l'origine de la pollution du fait de leur production et/ou de leur consommation »⁵⁴⁷. Le principe pollueur-payeur sera par la suite rapidement intégré dans les différents programmes d'action des Communautés européennes en matière d'environnement. Dans une Déclaration du 22 novembre 1973 concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement⁵⁴⁸, le Conseil des Communautés européennes consacre au rang de « principes généraux d'une politique de l'environnement dans

⁵⁴³ JÉGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », préc., p. 31.

⁵⁴⁴ THUNIS X., « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », préc., pp. 171-172 ; V. également, dans le même sens : THUNIS X, DE SADELEER N., « Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », préc., pp. 3-15.

⁵⁴⁵ « L'Union Européenne joue comme le moteur de l'évolution. Elle va relayer les études et réflexions menées au sein de l'OCDE en légiférant, avec les prolongements que l'on connaît dans le droit interne des États. Cela démontre, si besoin en était, la grande perméabilité de la Commission européenne aux thèses de l'OCDE » : MALJEAN-DUBOIS S., « Le recours à l'outil économique : un habit neuf pour les politiques environnementales ? », préc., p. 12.

⁵⁴⁶ Communication de la Commission au Conseil sur un programme des Communautés européennes en matière d'environnement, JOCE n° C 52 du 26 mai 1972, p. 1.

⁵⁴⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁵⁴⁸ Déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, JOCE n° C 112 du 20 décembre 1973, p. 1.

la Communauté » les principes dégagés quelques mois plus tôt par les ministres de l'environnement lors de leur réunion organisée à Bonn, le 31 octobre 1972.

Parmi ces principes figure notamment le principe selon lequel « les frais occasionnés par la prévention et la suppression des nuisances incombent, par principe, au pollueur »⁵⁴⁹. En vue d'établir une réglementation commune aux États membres de la Communauté, la définition, ainsi que les modalités d'application du « principe du "pollueur-payeur" » seront précisées par une communication de la Commission des Communautés européennes relative « à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement »⁵⁵⁰, annexée à une recommandation du Conseil du 3 mars 1975⁵⁵¹. Le pollueur est ainsi défini, dans un sens relativement large, comme « celui qui dégrade directement ou indirectement l'environnement ou crée des conditions aboutissant à sa dégradation »⁵⁵². Le principe pollueur-payeur en droit communautaire va ainsi être appréhendé, dans un premier temps, et conformément à la définition de l'OCDE, comme un principe d'« imputation » aux pollueurs des coûts de la lutte contre la pollution, afin notamment d'éviter des distorsions de concurrence⁵⁵³.

100. Le principe pollueur-payeur sera par la suite consacré juridiquement en 1986 par l'article 25 de l'Acte unique européen, et inscrit à l'article 130 R du Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CEE). Il devient, à compter de cette date, un fondement de la politique de la Communauté économique européenne dans le domaine de l'environnement, au même titre que les principes de précaution et d'action préventive, ainsi que le principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement. Le principe

⁵⁴⁹ *Ibid.*, p. 6.

⁵⁵⁰ Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, JOCE n° L 194 du 25 juillet 1975, p. 2.

⁵⁵¹ Recommandation du Conseil, du 3 mars 1975, relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement (75/436/Euratom, CECA, CEE), JOCE n° L 194 du 25 juillet 1975, p. 1

⁵⁵² Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, préc., p. 6.

⁵⁵³ « L'imputation aux pollueurs des coûts de la lutte contre la pollution qu'ils provoquent les incite à réduire cette dernière et à rechercher des produits ou des technologies moins polluants et permettra ainsi une utilisation plus rationnelle des ressources de l'environnement ; en outre, elle satisfait aux critères d'efficacité et d'équité.

Afin d'éviter que des distorsions de concurrence n'affectent les échanges et la localisation des investissements, ce qui serait incompatible avec le bon fonctionnement du marché commun, il convient d'imputer les coûts liés à la protection de l'environnement contre la pollution selon les mêmes principes dans toute la Communauté [...]. Dans ce but, tant les Communautés européennes au niveau communautaire que les États membres dans leurs législations nationales en matière de protection de l'environnement doivent appliquer le principe du "pollueur-payeur", suivant lequel les personnes physiques ou morales, de droit privé ou public, responsables d'une pollution doivent payer les frais des mesures nécessaires pour éviter cette pollution ou la réduire afin de respecter les normes et les mesures équivalentes permettant d'atteindre les objectifs de qualité ou, lorsque de tels objectifs n' existent pas, afin de respecter les normes et les mesures équivalentes fixées par les pouvoirs publics [...] » (*Ibid.*).

pollueur payeur sera, par la suite, déplacé de l'article 130 R du Traité CEE à l'article 174 (ex-article 130 R) du Traité instituant la Communauté européenne (TCE)⁵⁵⁴, puis à l'article 191§2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE)⁵⁵⁵.

Au fil de sa déclinaison en droit de l'Union européenne, la définition juridique du principe pollueur-payeur va néanmoins connaître une évolution au fil des programmes d'action successifs de la Commission européenne en matière d'environnement⁵⁵⁶. Cette définition va ainsi progressivement s'éloigner de la conception initiale de l'OCDE dans la mesure où ce principe va être rattaché à un nouveau régime de responsabilité communautaire en matière environnementale. Ce basculement est particulièrement manifeste dans le Livre vert de la Commission européenne sur la réparation des dommages causés à l'environnement⁵⁵⁷, suivi du Livre blanc de la Commission européenne sur la responsabilité environnementale⁵⁵⁸.

Le Livre vert relève, en effet, qu'« un régime de responsabilité civile pour les dommages causés à l'environnement dans la Communauté s'appuierait sur un principe fondamental et universel de droit civil, à savoir l'obligation de réparation qui incombe au responsable d'un dommage. Ce principe juridique est étroitement lié à deux principes qui constituent le fondement de la politique européenne de l'environnement depuis l'adoption de l'Acte unique, le principe de prévention et le principe du pollueur-payeur »⁵⁵⁹. Il ajoute que « la responsabilité civile met en jeu le principe du pollueur-payeur parce qu'elle permet de faire payer par l'auteur de la pollution le coût des dommages qui en résultent »⁵⁶⁰.

Le Livre blanc propose de définir la responsabilité environnementale « comme l'instrument par lequel celui qui occasionne une atteinte à l'environnement (le pollueur) est amené à payer pour remédier aux dommages qu'il a causés ». L'engagement de la responsabilité

⁵⁵⁴ « La politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de la Communauté. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du "pollueur-payeur" » : article 174 (ex-article 130R) du Traité instituant la Communauté européenne (TCE).

⁵⁵⁵ « La politique de l'environnement [...] est fondée [...] sur le principe du pollueur-payeur » : art. 191, § 2 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

⁵⁵⁶ DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, préc., p. 29 ; DE SABRAN-PONTEVÈS E., « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », préc., p. 50.

⁵⁵⁷ Livre vert de la Commission européenne sur la réparation des dommages causés à l'environnement, Communication du 14 mai 1993 [COM (93) 47 final].

⁵⁵⁸ Livre blanc de la Commission européenne sur la responsabilité environnementale, Communication du 9 février 2000 [COM(2000) 66 final].

⁵⁵⁹ Livre vert de la Commission européenne sur la réparation des dommages causés à l'environnement, Communication du 14 mai 1993, préc., p. 5.

⁵⁶⁰ *Ibid.*

est alors conditionné par la réunion de trois critères cumulatifs, que sont l'identification d'un ou de plusieurs auteurs identifiables (le ou les pollueurs), d'un ou plusieurs dommages concrets et quantifiables, et enfin l'établissement d'un lien de causalité entre le(s) dommage(s) et le comportement de(s) auteur(s) identifié(s).

101. La consécration du principe pollueur-payeur comme un fondement de la responsabilité environnementale trouvera son expression la plus aboutie dans la directive du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale⁵⁶¹, transposée en droit français par la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale⁵⁶². La directive énonce, que « conformément au principe du "pollueur-payeur", un exploitant qui cause un dommage environnemental grave ou qui crée une menace imminente d'un tel dommage doit en principe supporter les coûts relatifs aux mesures de prévention ou de réparation nécessaires ».

Sous l'effet du rattachement du principe pollueur-payeur à ce nouveau régime de responsabilité communautaire en matière environnementale, ce principe va ainsi basculer d'un principe d'imputation des coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution, à un principe d'imputation de responsabilité en matière environnementale. Ce faisant, l'appréhension juridique du principe pollueur-payeur va ainsi s'éloigner quelque peu de la conception initiale de ce principe tel de que développé par l'OCDE.

À cela, s'ajoute le fait que le droit va également appliquer ses propres définitions et qualifications aux termes de « pollueur » et de « pollution ». Là où, au sens large, le pollueur peut désigner un producteur de biens et services⁵⁶³, ou « un agent économique à la charge duquel a été mis le coût d'une mesure environnementale »⁵⁶⁴, celui-ci désigne, au sens juridique, l'auteur d'une pollution. L'obligation de compensation écologique n'étant pas systématiquement consécutive à une pollution ou à un dommage, le rattachement juridique des compensations écologiques paraît, à première vue, devoir être écarté. Interprété dans un sens moins strictement juridique, le principe pollueur-payeur nous semble en revanche pouvoir être envisagé comme un fondement privilégié des compensations écologiques.

⁵⁶¹ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JOUE n° L 143 du 30 avril 2004, p. 56.

⁵⁶² Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, JO du 2 août 2008, p. 12361.

⁵⁶³ SILEM A., *Lexique d'économie*, préc., p. 669.

⁵⁶⁴ DE SABRAN-PONTEVÈS E., « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », préc., pp. 26-27.

B.- L'ABSENCE DE RATTACHEMENT LÉGISLATIF DES DISPOSITIFS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE AU PRINCIPE POLLUEUR-PAYEUR

102. Dans la mesure où l'obligation de mettre en œuvre des mesures compensatoires incombe à celui qui porte atteinte à l'environnement, les dispositifs de compensation écologique apparaissent étroitement liés au principe pollueur-payeur. Pour autant, le législateur français a privilégié le rattachement de ces dispositifs, dans le Code de l'environnement, au principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement (1). Ce rattachement, largement discutable, renouvelle cependant l'intérêt de rattacher les compensations écologiques au principe pollueur-payeur (2).

1.- Le rattachement législatif des compensations au principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement

103. Le principe d'action préventive a été consacré en 1986 à l'article 25 de l'Acte unique européen, et codifié à l'article 130 R.2 du Traité instituant la Communauté économique européenne (Traité CEE) dans les termes suivants. Ce dernier disposait que « l'action de la Communauté en matière d'environnement est fondée sur les principes de l'action préventive, de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et pollueur-payeur »⁵⁶⁵. Ce principe sera par la suite transféré de l'article 130 R.2 du Traité CEE à l'article 174.2 du TCE, qui intègrera à cette occasion le principe de précaution. Cet article, transféré depuis dans des termes identiques à l'article 191.2 (ex-article 174) du TFUE⁵⁶⁶, énonçait que « la politique de la Communauté dans le domaine de l'environnement [...] est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, et sur le principe pollueur-payeur »⁵⁶⁷.

104. Un « principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement

⁵⁶⁵ Art. 25 de l'Acte Unique Européen, JOCE n° L 169 du 29 juin 1986, p. 11.

⁵⁶⁶ « La politique de l'Union dans le domaine de l'environnement vise un niveau de protection élevé, en tenant compte de la diversité des situations dans les différentes régions de l'Union. Elle est fondée sur les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur. » : art. 191.2 (ex-article 174) du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE).

⁵⁶⁷ Art. 174.2 du Traité instituant la Communauté Européenne (TCE).

acceptable » sera consacré pour la première fois en droit français par la loi « Barnier » du 2 février 1995⁵⁶⁸. Selon Yves Jégouzo, ce principe doit s'étendre comme le principe selon lequel « en présence de certitudes scientifiques quant aux effets nocifs d'un projet ou d'une activité sur l'environnement, la mise en œuvre de mesures préventives doit être privilégiée par rapport aux mesures réparatrices ou compensatoires »⁵⁶⁹.

Les différences de formulation en droit européen et en droit interne peuvent ainsi soulever la question de savoir si le principe d'action préventive et de correction constitue un seul et même principe, ou s'il s'agit de deux principes distincts. Selon Laurent Fonbaustier, le principe de correction par priorité à la source constituerait en effet un principe connexe au principe général de prévention, difficilement détachable de celui-ci⁵⁷⁰. Bien que distincts, les principes d'action préventive et de correction, par priorité à la source, apparaissent toutefois fortement complémentaires. Codifié à l'article L. 110-1 II du Code de l'environnement, le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, tend à se rapprocher du principe constitutionnel issu de l'article 3 de la Charte de l'environnement, selon lequel « toute personne doit, dans les conditions définies par la loi, prévenir les atteintes qu'elle est susceptible de porter à l'environnement ou, à défaut, en limiter les conséquences ». Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas soulignait que les compensations écologiques n'avaient « pas été rattachées à un principe ou à un objectif juridique identifié au niveau législatif ou supra-législatif, si ce n'est par quelques auteurs »⁵⁷¹. La loi « Biodiversité » du 8 août 2016 est cependant intervenue depuis pour rattacher explicitement l'ensemble de la séquence « Eviter-Réduire-Compenser » au « principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable ». Elle ajoute que « ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées »⁵⁷².

⁵⁶⁸ Art. 1 de la loi n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, préc.

⁵⁶⁹ JÉGOUZO Y., « Les principes généraux du droit de l'environnement », préc., p. 209.

⁵⁷⁰ FONBAUSTIER L., *Manuel de droit de l'environnement*, PUF, 2^e éd., 2020, p. 132 et s. ; V. notamment dans le même sens : KISS A., « Une étude d'impact. Les effets de la protection de l'environnement sur le droit international », in *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 213.

⁵⁷¹ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 59.

⁵⁷² Art. 2 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; art. L. 110-1 II du C. env.

105. Ce rattachement des compensations écologiques au principe de prévention et de correction, par priorité à la source, peut sans doute s'expliquer, d'une part, par la volonté du législateur de ne pas scinder la compensation du reste de la séquence « ERC », préservant ainsi son unité. D'autre part, si l'on entend ce principe comme celui selon lequel « la mise en œuvre de mesures préventives doit être privilégiée par rapport aux mesures réparatrices ou compensatoires »⁵⁷³, ce rattachement de l'ensemble de la séquence « ERC » au principe de prévention se révèle être un choix plutôt cohérent. Pourtant, de l'avis de nombreux auteurs, le rattachement exclusif des compensations écologiques au principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source a pu paraître curieux⁵⁷⁴. D'une part, si le principe de prévention peut s'envisager, de l'avis de certains auteurs, comme un fondement des dispositifs d'évaluation environnementale⁵⁷⁵, le rattachement des mesures compensatoires au principe d'action préventive a pu paraître, pour d'autres, « artificiel »⁵⁷⁶ et « réducteur »⁵⁷⁷. Dans la mesure où les dispositifs de compensation écologique n'ont pas, en eux-mêmes, pour objet d'éviter la réalisation d'atteinte à l'environnement, Marthe Lucas a pu considérer que ces derniers « ne relèvent plus du domaine de la prévention »⁵⁷⁸. L'auteure ajoute, très justement, que « [les mesures de compensation] ne visent pas à empêcher la réalisation du dommage environnemental. Elles ont plutôt pour but de pallier les effets préjudiciables d'un projet ou

⁵⁷³ JÉGOUZO Y., « Les principes généraux du droit de l'environnement », préc., p. 209.

⁵⁷⁴ MARTIN G. J., « Point de vue. Une curieuse référence exclusive au principe de prévention par correction à la source », in CANS C., CIZEL O., (dir.), *Loi biodiversité. Ce qui change en pratique*, Éditions législatives, 2017, p. 94 ; DUPONT V., LUCAS M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc., p. 147 ; DOUSSAN I., « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, p. 162 et s.

⁵⁷⁵ V. notamment sur ce point : PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 93 et s. ; FONBAUSTIER L., *Manuel de droit de l'environnement*, préc., p. 132 ; LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 61. Plus encore, François-Guy Trébulle relève que l'« on pourra s'interroger sur le rattachement opéré à la prévention, mais on s'en accommodera en relevant que l'absence de perte nette qui est recherchée implique bien de prévenir, de faire en sorte que globalement les pertes de biodiversité pouvant résulter du projet soient prévenues globalement même si certaines dégradations n'ayant pu être évitées et complètement réduites pourront encore être constatées » : TRÉBULLE F.-G., « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 12, p. 29.

⁵⁷⁶ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 60 et s.

⁵⁷⁷ « L'intégration de la compensation dans le seul champ du principe de prévention tout d'abord est réductrice car cette action est de nature curative : elle regarde donc aussi les principes de réparation et de pollueur-payeur » : VAN LANG A., « Compensation écologique », *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, 2018, p. 221.

⁵⁷⁸ LUCAS M., « La compensation environnementale, un mécanisme inefficace à améliorer ? », *RJE*, 1/2009, p. 59 ; LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 78 ; V. également, dans le même sens : STEICHEN P., « La compensation préalable des atteintes à la biodiversité dans le cadre des projets d'aménagement », préc., pp. 720-721 ; DOUSSAN I., « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », préc., p. 162.

d'un plan sur l'environnement. Elles n'agissent pas sur la cause du dommage mais sur ses effets, c'est-à-dire les dommages qui subsistent après les mesures d'évitement et de réduction »⁵⁷⁹.

Ce rattachement peut également paraître inadapté, dans la mesure où l'application du principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement doit se faire « à un coût économiquement acceptable »⁵⁸⁰. Cette notion de coût économiquement acceptable, qui est utilisée aussi dans le cadre du principe pollueur-payeur, contribue à fragiliser quelque peu l'effectivité de la séquence « ERC » et, par conséquent, de l'obligation de compensation écologique⁵⁸¹. Les compensations écologiques visant à obtenir une équivalence écologique entre les atteintes environnementales d'un projet, activité, plans ou programmes et les mesures compensatoires proposées, l'obligation de compensation écologique doit être prescrite indépendamment de l'éventuel coût des mesures compensatoires pour le maître d'ouvrage ou le pétitionnaire. Contestant le rattachement législatif des compensations écologiques au principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, le sénateur Ronan Dantec proposait de ne pas faire apparaître sur un même plan la compensation avec les mesures d'évitement et de réduction, mais de faire apparaître la compensation comme une dérogation au principe d'action préventive⁵⁸².

106. Si les compensations écologiques ne constituent pas une déclinaison du principe de prévention, leur rattachement au principe de correction, par priorité à la source, peut sembler également discutable. Selon Lauren Fonbaustier, ce dernier principe ne consiste pas à agir sur

⁵⁷⁹ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., pp. 67-68.

⁵⁸⁰ Art. L. 110-1 II du C. env.

⁵⁸¹ V. infra. §. n° 346.

⁵⁸² Cet amendement proposait de compléter le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable de la manière suivante : « Ce principe implique d'éviter les atteintes significatives à l'environnement et à défaut, de les réduire. Par dérogation au principe de prévention, pour les atteintes à la biodiversité qui n'ont pu être évitées ou réduites, des mesures de compensation doivent être prises en dernier lieu pour les réparer.

Les mesures de compensation doivent être additionnelles, respecter l'équivalence écologique et être effectives pendant toute la durée des impacts. Leur réalisation est soumise à une obligation de résultat ». L'amendement précise qu'« il est important de consacrer la hiérarchisation du tryptique "Eviter Réduire Compenser" ou "ERC" de manière plus explicite et plus forte. La réduction des impacts doit intervenir après des efforts d'évitement, uniquement lorsque ces impacts n'ont pu être évités. La compensation n'intervient alors qu'en dernier recours. Elle se distingue des mesures d'évitement et de réduction en ce qu'elle ne permet pas d'empêcher la survenue d'un dommage conformément au principe de prévention. C'est pourquoi afin de bien marquer l'ordre de la séquence ERC, il convient de ne pas placer la compensation sur le même plan que les mesures d'évitement et de réduction mais de la faire apparaître comme une dérogation au principe d'action préventive » : Doc. Sénat, CR de la séance du mercredi 19 janvier 2016, lors de l'examen du Projet de loi Reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (n° 608), amendement n° 320, *souligné par nous*.

Nous ne manquerons pas de relever ici une confusion dans l'esprit des parlementaires entre atteinte et dommage.

les conséquences, mais à « intervenir, en amont, sur l'objet même qui constitue l'atteinte à l'environnement »⁵⁸³. Le principe de correction, par priorité à la source, ne saurait dès lors se confondre, d'un point de vue juridique, avec un principe de réparation. Dans la mesure où la compensation écologique consiste à agir sur les conséquences environnementales liées à la réalisation ou à la mise en œuvre d'un projet, plan ou programme, et non d'intervenir sur l'objet même de ce projet, plan ou programme, le principe de correction, par priorité à la source, n'apparaît pas, par conséquent, comme un fondement des compensations écologiques. En l'absence de principe général de réparation à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, il apparaît par conséquent plus pertinent de rapprocher les compensations écologiques d'un principe de réparation, tel que consacré par la Charte de l'environnement, selon lequel « toute personne doit contribuer à la réparation des dommages qu'elle cause à l'environnement, dans les conditions définies par la loi »⁵⁸⁴. Les compensations écologiques étant consécutives à une atteinte, mais pas nécessairement à un « dommage »⁵⁸⁵, le principe de réparation ne semble toutefois pas constituer, en l'état actuel de la rédaction de l'article 4 de la Charte de l'environnement, un fondement pleinement satisfaisant auquel rattacher ces dispositifs.

2.- Le rapprochement doctrinal des compensations écologiques au principe pollueur-payeur

107. À la différence du droit de l'Union européenne, le principe pollueur-payeur a été introduit de manière assez tardive en droit interne. Ce dernier a été formellement consacré en droit français par la loi « Barnier » du 2 février 1995, comme le principe selon lequel « les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur »⁵⁸⁶. Ainsi rédigé, le principe pollueur-payeur paraît s'envisager, conformément à la conception initiale formalisée par l'OCDE, comme un principe d'imputation des coûts, et non comme un principe d'imputation de responsabilité, ou comme un principe de réparation. En dépit de la reconnaissance du principe pollueur-payeur en droit français, aucun rattachement législatif ne sera explicitement réalisé par le législateur entre ce principe et les compensations écologiques. Ce constat peut surprendre, dans la mesure où les

⁵⁸³ FONBAUSTIER L., *Manuel de droit de l'environnement*, préc., p. 133.

⁵⁸⁴ Art. 4 de la Charte de l'environnement issue de la loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1^{er} mars 2005 relative à la Charte de l'environnement, JO du 2 mars 2005, p. 3697 ; V. également, dans le même sens : BILLET Ph., « La Charte va-t-elle renouveler les principes du droit de l'environnement ou ceux-ci ont-ils disparu à l'exception d'un seul, le principe de précaution ? », *RJE*, NSP/2005, p. 232 et s.

⁵⁸⁵ V. supra. §. n° 25.

⁵⁸⁶ Art. 1^{er} de la loi « Barnier » n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, préc.

dispositifs de compensation écologique sont, de manière récurrente, qualifiés d'instruments économiques et explicitement rattachés, notamment par l'OCDE, au principe pollueur-payeur⁵⁸⁷. Ce rapprochement opéré par l'OCDE entre compensations écologiques et principe pollueur-payeur peut sembler compréhensible, dans la mesure où, comme le souligne Elzéar de Sabran-Pontevès, le principe pollueur-payeur est « largement invoqué pour justifier de l'adoption d'instruments économiques pour la politique environnementale »⁵⁸⁸.

108. Il est en revanche intéressant d'observer que, de son côté, la directive du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale se fonde, dans une large mesure, sur le principe pollueur-payeur⁵⁸⁹. Elle énonce, dans son deuxième considérant, qu'« il convient de mettre en œuvre la prévention et la réparation des dommages environnementaux en appliquant le principe du "pollueur-payeur" »⁵⁹⁰. Limitée dans son champ d'application, cette directive ne s'applique toutefois pas aux « incidences négatives [...] qui résultent d'un acte de l'exploitant qui a été expressément autorisé par les autorités compétentes »⁵⁹¹, notamment les mesures de compensation au titre des directives « Habitats » et « Oiseaux ».

Issu de la transposition de la directive du 21 avril 2004⁵⁹², le régime français de réparation de certains dommages causés à l'environnement se fonde explicitement sur le principe pollueur-payeur. L'article L. 160-1 du Code de l'environnement énonce, en effet, que « le présent titre définit les conditions dans lesquelles sont prévenus ou réparés, en application du principe pollueur-payeur et à un coût raisonnable pour la société, les dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant ». Ce faisant, le rattachement des compensations écologiques au principe pollueur-payeur n'apparaît juridiquement établi qu'à l'égard des seules mesures de réparation complémentaires et compensatoires visées en droit européen par la directive du 21 avril 2004, et en droit interne par les articles L. 160-1 et s. du Code de

⁵⁸⁷ « Biodiversity offsets are economic instruments and are based on the polluter pays approach » : OECD, *Biodiversity Offsets. Effective Design and Implementation*, OECD Publishing, dec. 2016, p. 16.

⁵⁸⁸ DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, préc., p. 339.

⁵⁸⁹ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, préc.

⁵⁹⁰ Considérant 2 de la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, préc.

⁵⁹¹ « Les dommages causés aux espèces et habitats naturels protégés n'englobent pas les incidences négatives précédemment identifiées qui résultent d'un acte de l'exploitant qui a été expressément autorisé par les autorités compétentes conformément aux dispositions mettant en œuvre l'article 6, paragraphes 3 et 4, ou l'article 16 de la directive 92/43/CEE ou l'article 9 de la directive 79/409/CEE ou, dans le cas des habitats ou des espèces qui ne sont pas couverts par le droit communautaire, conformément aux dispositions équivalentes de la législation nationale relative à la conservation de la nature » : art. 2 de la Directive 2004/35/CE, préc.

⁵⁹² Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, préc.

l'environnement. Dès lors, l'introduction par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 d'un nouveau chapitre dédié à la « Compensation des atteintes à la biodiversité » dans le Titre VI du Code de l'environnement relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement peut susciter la curiosité : faut-il par conséquent comprendre que le principe pollueur-payeur constitue un fondement juridique de ces dispositifs ?

Pour nuancer ce rattachement entre principe pollueur-payeur et compensations écologiques, Marthe Lucas a procédé à une interprétation juridique stricte de ce principe. Elle relève que le principe pollueur-payeur n'est susceptible de constituer un fondement des compensations écologiques « que dans la mesure où le porteur du projet ou l'exploitant est qualifié de pollueur, où les mesures compensatoires visent un dommage environnemental et où les frais de compensations écologiques sont assumés par le responsable du dommage »⁵⁹³. Ainsi strictement interprété, le principe pollueur-payeur n'apparaît dès lors pas comme un fondement des compensations écologiques. Dans la mesure où l'obligation de compenser n'est pas nécessairement consécutive, d'un point de vue juridique, à une « pollution », le débiteur de cette obligation ne peut, par conséquent, pas systématiquement être qualifié de « pollueur ». Certains auteurs ont pu, dès lors, exprimer leur préférence pour l'utilisation d'un principe « destructeur-payeur », considéré comme plus adapté⁵⁹⁴.

Interprété dans un sens moins strictement juridique, le principe pollueur-payeur peut toutefois s'envisager, selon nous, comme un fondement privilégié des compensations écologiques. Il convient de relever, d'une part, que les termes de « pollution » ou de « pollueur » sont interprétés, tant par l'OCDE que la Commission européenne, dans un sens relativement large. La Commission européenne définit ainsi le pollueur comme « celui qui dégrade directement ou indirectement l'environnement ou crée des conditions aboutissant à sa dégradation »⁵⁹⁵. Suivant cette approche, le terme « pollution » peut ainsi être utilisé pour englober « tous les phénomènes de détérioration de l'environnement causés par l'activité

⁵⁹³ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 77.

⁵⁹⁴ BORN C.-H., DUPONT V., PONCELET C., « La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité : un mal nécessaire ? », *Amén*, NS 2012/3, p. 15.

⁵⁹⁵ V. notamment en ce sens : Communication de la Commission au Conseil relative à l'imputation des coûts et à l'intervention des pouvoirs publics en matière d'environnement, préc., p. 2 ; Communication de la Commission relative à l'encadrement communautaire des aides d'État pour la protection de l'environnement, JOCE n° C 037 du 3 février 2001, p. 3 ; Règlement (UE) n° 651/2014 de la Commission du 17 juin 2014 déclarant certaines catégories d'aides compatibles avec le marché intérieur en application des articles 107 et 108 du traité Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, JOUE n° L 187 du 26 juin 2014, p. 1.

humaine »⁵⁹⁶. Si la pollution est classiquement définie dans un sens plus strict⁵⁹⁷, la définition au sens large de la « pollution » se révèle néanmoins conforme à l'esprit du principe pollueur-payeur, qui a vocation à s'appliquer à une grande diversité d'atteintes causées à l'environnement⁵⁹⁸. Plus encore, le rapprochement entre principe pollueur-payeur et compensation écologique serait d'autant plus manifeste que, tout comme le principe pollueur-payeur, les compensations écologiques reposeraient sur une logique d'« imputation ».

109. Avant la consécration en 1976 de la compensation écologique, les coûts environnementaux liés à la réalisation de projets étaient en effet le plus souvent supportés, non pas par le maître d'ouvrage à l'origine de ces atteintes, mais par la société elle-même. Dans la mesure où la compensation écologique introduit le principe selon lequel les atteintes à l'environnement causées par un projet, plan ou programme doivent être compensées par le porteur de ce projet, plan ou programme – et uniquement lui –, les compensations reposent ainsi sur une même logique d'imputation que le principe pollueur-payeur, selon lequel « les frais résultant des mesures de prévention, de réduction de la pollution et de lutte contre celle-ci doivent être supportés par le pollueur »⁵⁹⁹. Le Code de l'environnement énonce en effet très clairement que « le maître d'ouvrage reste seul responsable à l'égard de l'autorité administrative qui a prescrit ces mesures de compensation »⁶⁰⁰.

En dépit du rattachement opéré par le législateur au principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, nous partageons plutôt le constat selon lequel « les mesures compensatoires sont davantage une manifestation du principe pollueur-payeur dans la mesure où le débiteur de l'obligation de compenser est celui-là même qui a causé l'atteinte à l'environnement »⁶⁰¹. L'influence du principe pollueur-payeur a d'ailleurs été très clairement

⁵⁹⁶ SUTTERLIN O., « Principe pollueur-payeur », préc., note n° 4.

⁵⁹⁷ La pollution peut être définie comme « l'introduction directe ou indirecte, par l'activité humaine, de substances, de vibrations, de chaleur ou de bruit dans l'air, l'eau ou le sol, susceptibles de porter atteinte à la santé humaine ou à la qualité de l'environnement, d'entraîner des détériorations aux biens matériels, une détérioration ou une entrave à l'agrément de l'environnement ou à d'autres utilisations légitimes de ce dernier » : Art. 2 de la Directive 2008/1/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 janvier 2008 relative à la prévention et à la réduction intégrées de la pollution, JOUE n° L 24 du 29 janvier 2008, p. 8.

⁵⁹⁸ SUTTERLIN O., « Principe pollueur-payeur », préc., note n° 4.

⁵⁹⁹ Art. L. 110-1 II du C. env.

⁶⁰⁰ Art. L. 163-1 II du C. env.

⁶⁰¹ DUPONT V., LUCAS M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc., pp. 147-148 ; V. également en ce sens : LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 79 ; HAUMONT F., « L'application des mesures compensatoires prévues par Natura 2000 », *ERA Forum*, vol. 10, n° 4, déc. 2009, p. 618 ; VAN LANG A., « Protection du climat et de la biodiversité au prisme du droit économique : l'apport de la loi Biodiversité », préc.,

exprimée par les parlementaires lors de l'examen du projet de loi « Biodiversité ». Selon certains d'entre eux, « le seul et unique porteur de l'obligation de compensation, selon le contrat, est le maître d'ouvrage, conformément au principe du pollueur-payeur »⁶⁰². Dans le même sens, un récent rapport rendu dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité énonce que « le principe de pollueur-payeur, prévu lui aussi à l'article L. 110-1 [du C. env.], guide également la mise en œuvre de la séquence, en assurant en particulier que le financement de la compensation des atteintes à la biodiversité incombe à l'auteur de l'atteinte »⁶⁰³. Ces éléments contribuent ainsi à renforcer l'idée selon laquelle le principe pollueur-payeur ne serait pas d'interprétation stricte, mais « flexible, comme tout principe »⁶⁰⁴. Bien que ce principe ne puisse pas contraindre l'action du législateur, celui-ci peut néanmoins inspirer les parlementaires lors de l'élaboration des normes environnementales. Le principe pollueur-payeur constituerait, dès lors, davantage un « principe d'orientation » qu'un « principe instrumental »⁶⁰⁵. Interprété, dans son sens premier, comme un principe d'imputation, ce dernier s'impose ainsi, avec le principe de réparation, comme un fondement privilégié des compensations écologiques.

§2.- LE PAIEMENT POUR SERVICE ENVIRONNEMENTAL, POINT DE RENCONTRE ENTRE PRINCIPES ENVIRONNEMENTAUX

110. Théorisés par les sciences économiques, les paiements pour services environnementaux se fondent sur une pluralité de principes d'origine économique. Largement utilisés en doctrine, ces principes ne sont toutefois pas, à la différence du principe pollueur-payeur, encore explicitement consacrés en droit français. Reposant sur l'idée selon laquelle il convient d'accorder une contrepartie aux services environnementaux rendus par certaines personnes en faveur de l'environnement, les paiements pour services environnementaux seraient fondés sur un principe « protecteur-payé ». Afin d'accorder une contrepartie aux fournisseurs de services

note n° 27 ; DOUSSAN I., « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », préc., pp. 162-163.

⁶⁰² Doc. AN, CR de la séance du 8 mars 2016, à 16 heures 45, lors de l'examen du projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (n° 3442).

⁶⁰³ DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête 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*, Doc. Sénat n° 517, 25 avril 2017, p. 46.

⁶⁰⁴ THUNIS X., « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », préc., p. 197.

⁶⁰⁵ DE SADELEER N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant/AUF, 1999, p. 26.

environnementaux, il conviendrait, à cette fin, de solliciter ceux qui bénéficient directement ou indirectement des services fournis. On parle alors, dans cette hypothèse, de principe « bénéficiaire-payeur » ou encore « utilisateur-payeur ». Dans la mesure où les principes « protecteur-payé », « bénéficiaire-payeur » et « utilisateur-payeur » n'ont pas formellement d'existence en droit français (A), se pose la question de leur reconnaissance juridique (B).

A.- L'ABSENCE DE TRADUCTION JURIDIQUE DES PRINCIPES DU « BÉNÉFICIAIRE-PAYEUR » ET DU « PROTECTEUR-PAYÉ »

111. Promus par une pluralité d'institutions, ces principes se caractérisent par une diversité de dénominations, sans pour autant avoir de consistance juridique (1). Il importe dès lors d'identifier les manifestations possibles de ces principes en droit (2).

1.- La promotion d'une pluralité de concepts légitimant la rémunération des paiements pour services environnementaux

112. Les paiements pour services environnementaux s'appuient, en premier lieu, sur le principe « protecteur-payé ». Ce dernier est souvent rapproché, d'un point de vue théorique, du principe pollueur-payeur⁶⁰⁶. À titre d'exemple, Virginie Madelin considère que la PAC « vise à subventionner la production de bien environnemental. Cette politique permet donc de corriger partiellement le fonctionnement du marché en internalisant les avantages externes de production du bien dans la rémunération de l'activité agricole. Le principe de cette solution est en quelque sorte le pendant du principe pollueur-payeur : le principe "jardinier-payé" »⁶⁰⁷. En dépit de ces affirmations, le principe protecteur-payé semble être foncièrement distinct du principe pollueur-payeur. Bien qu'il participe d'une logique d'internalisation, le principe protecteur-payé n'est pas un principe d'imputation. Il se rapprocherait ainsi plus d'un principe d'« allocation », selon lequel le « producteur » d'un service environnemental serait en droit d'obtenir, en raison de son action, une contrepartie.

Force est de constater qu'il n'existe en droit français aucun droit au versement de contreparties pour la réalisation volontaire d'un service environnemental. Les contreparties accordées dans le cadre des dispositifs pouvant être assimilés à des formes de paiements pour

⁶⁰⁶ ROUSSEAUX S., « L'emprise de la logique marchande sur la promotion des énergies renouvelables au niveau communautaire », *RIDE*, 2005/3, p. 234.

⁶⁰⁷ MADELIN V., « La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture », préc, p. 80.

services environnementaux font suite à une demande des autorités publiques, et non pas à une offre de la part de producteurs de services environnementaux. La consécration juridique de ce principe se heurte également à la question difficile de déterminer qui est le producteur, quel est son niveau de contribution au service environnemental produit, ainsi que le montant et la nature de la contrepartie et les modalités de leur financement⁶⁰⁸. Sur ce dernier point, le principe « protecteur-payé » est associé de manière complémentaire au principe « bénéficiaire-payeur ».

113. Le principe « protecteur-payé » est en effet rapproché d'une grande diversité de principes, parmi lesquels « usager-payeur »⁶⁰⁹, « utilisateur payeur »⁶¹⁰ ou encore « principe bénéficiaire-payeur »⁶¹¹. Selon l'économiste Géraldine Froger, les paiements pour services environnementaux « se différencient d'autres dispositifs de politique environnementale dans la mesure où ils reposent sur une négociation privée entre contractants pour produire un niveau donné de service et répondent à une logique du bénéficiaire-payeur plutôt qu'à celle du pollueur-payeur »⁶¹². La philosophie commune à l'ensemble de ces principes consisterait, dès lors, à légitimer l'idée selon laquelle il convient de rémunérer les actions de protection de l'environnement à concurrence des bénéfices que l'on en retire. Dans le même sens, l'OCDE précise que « le "principe utilisateur-payeur" s'articule autour de l'idée que l'utilisateur des installations publiques, ou le consommateur d'un bien d'intérêt public, acquitte le coût du bien ou service environnemental ou paie les dommages pouvant résulter de cette utilisation. [...] Sous l'angle de l'environnement, quiconque profite directement ou indirectement de l'environnement devrait acquitter un coût modulé en fonction du niveau de l'avantage reçu »⁶¹³. Si la présence d'un « payeur » pourrait permettre d'envisager un rapprochement entre principes « bénéficiaire-payeur » et « pollueur-payeur », ces deux principes ne doivent pas être confondus. Selon l'OCDE, « les deux approches sont complémentaires – les instruments fondés

⁶⁰⁸ V. infra. §. n° 240.

⁶⁰⁹ STENGER A., « Vers le paiement des services environnementaux ? Coase encore et toujours... », *Revue forestière française*, 2012, n° 3, p. 229.

⁶¹⁰ OCDE, *Principes et concepts environnementaux*, préc., p. 4.

⁶¹¹ OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 164 ; CHEVASSUS-AU-LOUIS B., PIRARD R., « Les services écosystémiques des forêts et leur rémunération éventuelle », *Revue forestière française*, n° 5, 2011, p. 593 ; MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, « Les Paiements pour Préservation des Services Écosystémiques comme outil de conservation de la biodiversité : Cadres conceptuels et défis opérationnels pour l'action », préc., p. 20 ; FÉTIVEAU J., KARSENTY A., GUINGAND A., CASTELLANET C., *Étude relative aux initiatives innovantes pour le financement de la biodiversité et l'identification des mécanismes à fort potentiel*, préc., p. 56.

⁶¹² FROGER G. et al., « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », préc., §. n° 30.

⁶¹³ OCDE, *Principes et concepts environnementaux*, préc., p. 15.

sur le principe du pollueur-payeur sanctionnent les performances environnementales qui sont inférieures à la norme socialement acceptée (niveau accepté de dommages causés à l'environnement), tandis que les instruments fondés sur le principe du bénéficiaire-payeur récompensent les performances environnementales qui dépassent cette norme »⁶¹⁴.

En dépit de leur succès, ces principes n'ont toutefois pas encore explicitement de consistance juridique. L'OCDE constatait d'ailleurs sur ce point, en 1995, qu'à l'inverse de principes comme le « développement durable », le « principe pollueur-payeur » ou le « principe de précaution », un certain nombre de principes parmi lesquels « le "principe utilisateur-payeur" [...] sont davantage des principes économiques ou scientifiques qui ont été utilisés ou visés dans des accords internationaux mais qui n'ont pas intrinsèquement de statut juridique. Dans ce contexte, il convient de les considérer simplement comme des outils de politique »⁶¹⁵. Pourtant, les principes « bénéficiaire-payeur » et « protecteur-payé » sont d'ores et déjà, sous diverses formes, partie intégrante des approches juridiques de protection de la biodiversité.

2. Les manifestations des principes « bénéficiaire-payeur » et « protecteur-payé » en droit

114. Le principe « bénéficiaire-payeur » trouve sa principale expression en droit français dans le cadre de la politique financière de gestion de l'eau, au terme de laquelle « l'eau paie l'eau ». Le financement de la politique de l'eau repose en effet sur le principe de « récupération des coûts » – également appelé principe de « recouvrement des coûts » –, selon lequel les coûts des services liés à l'utilisation de l'eau (captage, stockage, traitement, distribution, assainissement) doivent être supportés par les utilisateurs de l'eau⁶¹⁶.

En réponse à une dégradation de la qualité de l'eau, la loi du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution⁶¹⁷ a instauré une « politique de gestion globale de l'eau »⁶¹⁸. Elle crée, au niveau de chaque bassin ou groupement de bassins, de nouvelles structures administratives, les agences financières de bassin⁶¹⁹. Ces établissements publics administratifs sont dotés d'outils financiers dédiés, les

⁶¹⁴ *Ibid.*, p. 64.

⁶¹⁵ *Ibid.*, p. 4.

⁶¹⁶ V. notamment en ce sens : DROBENKO B., SIRONNEAU J., *Code de l'eau*, 4^e éd., Johanet, 2017, p. I-27.

⁶¹⁷ Loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, JO du 18 décembre 1964, p. 11258.

⁶¹⁸ PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 804.

⁶¹⁹ Art. 14 de la loi n° 64-1245 du 16 décembre 1964 relative au régime et à la répartition des eaux et à la lutte contre leur pollution, préc. ; les agences financières de bassin seront renommées « agences de l'eau » par l'arrêté

redevances, prélevées sur les personnes publiques et privées afin de leur permettre de mener à bien leurs missions⁶²⁰. Du point de vue des sciences économiques, la loi de 1964 a ainsi pu s'analyser comme « une des toutes premières applications concrètes des prescriptions de l'économie du bien-être en matière d'internalisation des externalités, en instituant un système de redevances sur la pollution et les prélèvements afin de subventionner les activités de protection et de développement de la ressource aquatique »⁶²¹. Si l'on a pu y voir une marchandisation de l'eau⁶²², l'objectif poursuivi à travers le prélèvement d'une redevance était en effet d'inciter à réduire la consommation d'eau, tout en affectant le produit des redevances perçues à la protection de l'eau et des milieux aquatiques. La dimension incitative est tout particulièrement présente dans la « directive-cadre sur l'eau » 2000/60/CE du 23 octobre 2000, selon laquelle « Les États membres veillent, d'ici à 2010, à ce que : - la politique de tarification de l'eau incite les usagers à utiliser les ressources de façon efficace et contribue ainsi à la réalisation des objectifs environnementaux de la présente directive »⁶²³. Sous cet angle, les redevances ont pu s'assimiler à une application du principe pollueur-payeur. En effet, la directive énonce que « les États membres tiennent compte du principe de la récupération des coûts des services liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources, eu égard à l'analyse économique effectuée conformément à l'annexe III et conformément, en particulier, au principe du pollueur-payeur »⁶²⁴.

Plus récemment, un amendement déposé sur le projet de loi « Biodiversité » tendait à maintenir le principe historique « l'eau douce paie l'eau douce », en application du « principe pollueur-payeur »⁶²⁵. Pour certains auteurs, le principe pollueur-payeur ne fonderait toutefois pas la politique de l'eau, celle-ci constituant au mieux une application très extensive de ce principe. Selon Bernard Barraqué, les agences de l'eau « existaient bien avant son introduction en France par l'OCDE en 1971-72, et leurs inspirations anglaises et allemandes sont d'une tout autre nature. Ensuite, et surtout, le principe pollueur-payeur est un principe d'économie libérale

du 14 novembre 1991 modifiant l'arrêté du 14 septembre 1966 relatif aux circonscriptions des agences financières de bassin, JO du 24 décembre 1991, p. 16860.

⁶²⁰ *Ibid.*

⁶²¹ VIVIEN F.-D., « Pour une économie patrimoniale des ressources naturelles et de l'environnement », *Mondes en développement*, n° 145, 2009/1, p. 24.

⁶²² BARRAQUÉ B., « Le ministère de l'environnement et les Agences de l'eau », in LASCOUMES P. (dir.), *Instituer l'environnement. Vingt-cinq ans d'administration de l'environnement*, L'Harmattan, 1999, p. 118.

⁶²³ Art. 9§1 de la Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JOCE n° L 327 du 22 décembre 2000, p. 1.

⁶²⁴ *Ibid.*

⁶²⁵ Doc. AN, CR. de la Première séance du mercredi 22 juin 2016 ; V. également : BOURHIS J.-P., « Les agences de l'eau et le principe pollueur-payeur », *Droit de l'environnement*, n° 90, juillet-août 2001, pp. 163-166.

qui vise en fait à substituer un rapprochement du marché à une action réglementaire de l'État, donc à déréglementer et à inciter [...]. Les agences fonctionnent sur un principe entièrement différent, celui de la subsidiarité et de la communauté : il ne s'agit pas de faire disparaître la pollution, mais de conduire un processus d'apprentissage collectif permettant de gérer celle-ci de façon satisfaisante pour la communauté des usagers »⁶²⁶. De surcroît, l'eau étant une ressource naturelle *a priori* renouvelable, le consommateur n'est pas un pollueur, sauf à considérer comme pollution toute consommation de ressource renouvelable. La politique de l'eau semble donc plus se fonder sur un principe de « consommateur-payeur » ou d'« utilisateur payeur ». Cette dimension est tout particulièrement visible dans la loi du 21 avril 2004 portant transposition de la « directive-cadre sur l'eau », qui énonce que « les coûts liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources elles-mêmes, sont supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques »⁶²⁷.

115. Sur le fondement du modèle du financement de la politique de l'eau, la perspective de faire payer les « utilisateurs » des services rendus par les écosystèmes apparaît comme légitime⁶²⁸. Cette position est tout particulièrement explicite dans un amendement déposé par le député Jean-Yves Caullet sur le projet de loi n° 1548 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt. Ce dernier énonce que « dans sa rédaction actuelle, le premier alinéa de l'article L. 121-2 du code forestier parle de *services rendus* sans préciser qu'il s'agit de services rendus par les forêts. Or ce n'est pas le propriétaire forestier qui rend le service par une prestation ou une action particulière. C'est l'espace forestier qui rend, de par sa propre nature, des services à la collectivité »⁶²⁹. Au regard de ces éléments, nous partageons le constat dressé par Sylvie Caudal, qui identifie une « tendance à la dérive du principe pollueur-payeur vers un principe "utilisateur-payeur" »⁶³⁰. Dès lors, serait-il pertinent de consacrer juridiquement les principes « utilisateur-payeur », « protecteur-payé » et « bénéficiaire-payeur » ?

⁶²⁶ BARRAQUÉ B., « Le ministère de l'environnement et les Agences de l'eau », préc., p. 111.

⁶²⁷ Art. 1 de la loi n° 2004-338 du 21 avril 2004 portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JO n° 95 du 22 avril 2004, p. 7327.

⁶²⁸ LAFFITTE P., SAUNIER C., Rapport sur les apports de la science et de la technologie au développement durable, Tome II : « La biodiversité : l'autre choc ? l'autre chance ? », préc., p.

⁶²⁹ Doc. AN, CR de la séance du 4 décembre 2013, amendement n° CE119.

⁶³⁰ CAUDAL S., « La Charte et l'instrument financier et fiscal », préc., p. 240.

B.- LA CONSÉCRATION JURIDIQUE DES PRINCIPES « PROTECTEUR-PAYÉ » ET « BÉNÉFICIAIRE-PAYEUR »

116. Confrontée au développement de « mécanismes juridiques [...] inspirés par l'idée de rétribution de services rendus à la protection de l'environnement », Sylvie Caudal s'interroge sur le caractère « opportun d'introduire cette logique sous la forme d'un principe – que l'on nommerait "protecteur-payé" – dans notre corpus juridique, afin d'en favoriser le développement ? »⁶³¹. Ce questionnement, appliqué par l'auteure au principe « protecteur-payé », peut également légitimement se poser à propos du principe bénéficiaire-payeur (1). La reconnaissance juridique de ces principes invite à la prudence, puisqu'elle fait craindre le risque d'un basculement vers un principe « pollueur-payé » (2).

1.- Les difficultés théoriques et matérielles liées à l'introduction des principes « protecteur-payé » et « bénéficiaire-payeur » en droit

117. À propos du principe protecteur-payé, Sylvie Caudal soulève deux types d'interrogations. Outre des réticences vis-à-vis de la philosophie qui sous-tend ce principe de protecteur payé, l'auteure pose également une série de questions liées à la mise en œuvre de ce principe : que va-t-on payer ? Qui payer ? Qui va payer ? Pendant combien de temps payer ?⁶³². Il est intéressant d'observer que ces questionnements recourent, en réalité, à la fois le champ des principes « protecteur-payé », « bénéficiaire-payeur » ou « utilisateur-payeur ». Si ces principes sont complémentaires, il importe néanmoins de les distinguer dans la mesure où, notamment, l'un peut exister sans l'autre. Olivier Sutterlin tend ainsi à distinguer le principe « utilisateur-payeur » du principe « pollueur-payeur ». Selon l'auteur, « le principe utilisateur-payeur est [...] un principe d'internalisation des coûts. La distinction essentielle entre le principe pollueur-payeur et le principe utilisateur-payeur semble résider dans l'analyse de la participation causale à l'épuisement ou la dégradation de la ressource. Tandis que le principe pollueur-payeur permet d'imputer le coût d'une nuisance à toute personne contribuant, directement ou indirectement, à une pollution, le principe utilisateur-payeur semble devoir se limiter à une participation causale directe, circonscrite par la notion d'usage »⁶³³. Si les principes « bénéficiaires-payeurs » et « utilisateurs-payeur » sont souvent utilisés comme

⁶³¹ CAUDAL S., « Propos conclusifs. Vers un principe "protecteur-payé" ? », *EEL*, n° 5, mai 2018, dossier 9, p. 1.

⁶³² *Ibid.*, pp. 3-4.

⁶³³ SUTTERLIN O., « Principe pollueur-payeur », préc., note n° 72.

synonymes, le choix du terme « utilisateur » pour désigner celui qui tire un bénéfice de la réalisation d'un paiement pour service environnemental nous paraît inadapté dans la mesure où l'on *n'utilise* pas un service, mais on *bénéficie* de celui-ci. Il nous semble ainsi plus juste de parler de principe « bénéficiaire-payeur » dans les réflexions relatives aux paiements pour services environnementaux. Appliqué aux paiements pour services environnementaux, le principe « bénéficiaire-payeur » se distingue ainsi du principe « pollueur-payeur » dans la mesure où le versement d'une contribution n'est pas consécutif à une pollution, ou une atteinte à l'environnement, mais se fonde sur l'idée d'un bénéfice qui serait retiré du fait de la réalisation d'un service environnemental. Défini comme un principe selon lequel le bénéficiaire d'un service environnemental serait tenu de participer aux coûts liés à la fourniture ou à la perpétuation de ce service, le principe « bénéficiaire-payeur » semble pouvoir s'envisager à fois comme la manifestation d'un principe d'internalisation et d'un principe d'imputation. La mise en œuvre de ce principe suppose toutefois que l'on puisse identifier, d'une part, ce qui est consommé et, d'autre part, celui qui est à l'origine du service environnemental produit.

118. S'il peut apparaître légitime de reconnaître l'obligation pour celui qui diminue la qualité ou la quantité de certaines ressources naturelles de contribuer au financement des coûts associés à leur utilisation ou nécessaires à leur préservation, il apparaît en revanche discutable de reconnaître une obligation générale et absolue de payer qui serait fondée sur le seul fait de bénéficier d'une ressource naturelle. L'exemple le plus significatif consiste dans la crainte de devoir être amenés à payer, un jour, pour la quantité d'air que l'on consomme. Il est intéressant de relever, sur cette question, que la directive n° 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau précise que « les utilisations couvertes sont celles susceptibles d'influer de manière sensible sur l'état des eaux. Les services liés à l'utilisation de l'eau recouvrent tous les services relatifs au captage, à l'endiguement, au stockage, au traitement et à la distribution d'eau de surface ou d'eau souterraine, ainsi que les installations de collecte et de traitement des eaux usées qui effectuent ensuite des rejets dans les eaux de surface »⁶³⁴. À la lecture de ces dispositions, il apparaît dès lors possible d'identifier des critères de distinction entre ressources dont l'usage serait susceptible de justifier le versement d'une contrepartie. Nous pouvons ainsi relever, d'une part, que la consommation d'une ressource naturelle doit influencer de manière significative sur la quantité de ressource

⁶³⁴ Art. 2 al. 38 de la directive n° 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, préc.

disponible. D'autre part, la rémunération ne correspond pas à la consommation de la ressource naturelle en tant que telle, mais à la mise à disposition et à la perpétuation de cette ressource. Suivant ce raisonnement, la consommation individuelle d'air ne peut justifier, en principe, le versement d'une rémunération dans la mesure où, d'une part, cette consommation n'a pas d'incidence sur la quantité globale d'air disponible et, d'autre part, les coûts des services liés à la mise à disposition de l'air » sont inexistantes. En revanche, la rémunération des coûts nécessaires à la perpétuation de cette ressource, notamment à travers le recours aux paiements pour services environnementaux, peut apparaître légitime.

2.- La nécessité d'éviter le basculement vers la mise en œuvre d'un principe « pollueur-payé »

119. Le principe « pollueur-payé » n'est pas un principe explicitement consacré en droit. Selon Elzéar de Sabran-Pontevès, ce principe peut s'envisager pour désigner la situation dans laquelle « le pollueur bénéficie d'un avantage pour réduire la pollution qu'il engendre »⁶³⁵. À propos de la gestion intégrée de l'eau et des milieux aquatiques, Bernard Drobenko constate ainsi que « s'applique encore trop souvent le principe pollueur/payé »⁶³⁶. Il est également possible de trouver mention d'un principe « pollueur payé » dans un rapport parlementaire sur le projet de loi de finances pour 2009, qui dénonce l'affectation à l'Office national interprofessionnel des grandes cultures (ONICG) d'une fraction du produit de la redevance pour pollutions comme étant la mise en œuvre d'un principe « pollueur payé »⁶³⁷.

120. Dans son acception stricte, il est important de rappeler que le principe du pollueur-payeur « constitue une interdiction de principe des aides en direction des pollueurs, c'est-à-dire les personnes qui devraient normalement supporter la charge économique que représente la mise en œuvre de la politique environnementale »⁶³⁸. Le constat dressé par Sylvie Caudal, selon lequel le principe « protecteur-payé » ne se heurte pas au « principe pollueur-payeur »⁶³⁹, nous paraît par conséquent discutable. Le principe « protecteur-payé » fait peser le risque que les contreparties soient dirigées et concentrées vers des secteurs d'activités susceptibles d'être à

⁶³⁵ DE SABRAN-PONTEVÈS E., « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », préc., p. 26 ; V. également, dans le même sens : DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, préc., p. 63.

⁶³⁶ DROBENKO B., « Les perspectives dans le domaine de l'eau », *RJE*, NSP/2005, p. 119.

⁶³⁷ CARREZ G., *Examen de la seconde partie du projet de loi de finances : Moyens des politiques publiques et dispositions spéciales*, Doc. AN n° 1198, tome III, 16 oct. 2008, p. 261.

⁶³⁸ DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, préc., p. 33.

⁶³⁹ CAUDAL S., « Propos conclusifs. Vers un principe "protecteur-payé" ? », préc., p. 4.

l'origine d'importantes pollutions. Secteur privilégié pour la mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux⁶⁴⁰, l'agriculture est en effet également à l'origine de nombreuses pollutions⁶⁴¹. La mise en œuvre des paiements pour services environnementaux apparaît ainsi contraire au principe pollueur-payeur dès lors que les « bénéficiaires » du service environnemental réalisé accordent des contreparties à des secteurs d'activités destructeurs de l'environnement. Bien que légal, le recours aux paiements pour services environnementaux à destination de secteurs économiques peu respectueux l'environnement se heurterait à des considérations éthiques. De la même manière que nous avons précédemment démontré que le principe pollueur-payeur ne doit pas être un principe d'interprétation stricte, il apparaît également peu pertinent de circonscrire l'application du principe « pollueur-payé » à l'existence d'une pollution au sens juridique. Nous pourrions toutefois privilégier d'utiliser, pour limiter les risques de confusion, l'usage du terme « destructeur-payé ».

121. À la grande diversité des principes d'origine économique susceptibles d'être envisagés comme des fondements potentiels des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, s'ajoute également le recours croissant à un certain nombre de concepts assez largement popularisés par les sciences économiques.

SECTION 2.- LES CONCEPTS VECTEURS D'UNE APPROCHE PLUS ÉCONOMIQUE DU DROIT DE LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

122. Les approches de protection de la biodiversité s'appuient aujourd'hui sur des concepts issus et/ou popularisés par les sciences économiques. Parmi eux, les notions de « services écosystémiques » et de « capital naturel » occupent une place privilégiée dans la littérature consacrée aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Bien que Valérie Boisvert ait pu nuancer la capacité de la rhétorique sur les services écosystémiques à s'incarner eu égard à son « immatérialité [...] et [aux] contours peu précis de leur définition [...] dans des dispositifs concrets »⁶⁴², nous assistons pourtant à une consécration de ce concept dans les législations nationales, ce qui contribue à lui conférer un

⁶⁴⁰ V. infra. §. n° 341.

⁶⁴¹ Pour un raisonnement équivalent appliqué à la PAC, V. sur ce point : FACHINI F., GARELLO P., « Solution de laisser faire et avenir de la Politique Agricole Commune (PAC) après 2013 », in FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droit de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, p. 100.

⁶⁴² BOISVERT V., « Les services écosystémiques : un nouveau concept ? », préc., p. 226.

caractère opérationnel. Si le droit français et le droit européen ne sont pas étrangers au concept de « service » appliqué à la biodiversité et aux écosystèmes, la consécration explicite des « services écosystémiques » par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 constitue néanmoins une évolution conceptuelle significative. Corrélé au recours, de plus en plus fréquent, au concept de capital naturel, sommes-nous confrontés, à travers la mutation des concepts environnementaux, à une nouvelle orientation du droit de la protection de la biodiversité dans un sens plus économique ? Dans la mesure où les services écosystémiques demeurent un « concept immature »⁶⁴³, leur récent succès dans les approches juridiques nous invite à analyser la diversité des manières dont le droit appréhende les services rendus par les écosystèmes (§1). Nous verrons également qu'en dépit du succès politique et académique du concept de « capital naturel », la conception patrimoniale de la biodiversité en droit français oppose une certaine résistance à cette vision économique et comptable du vivant (§2).

§1.- L'APPRÉHENSION JURIDIQUE HÉTÉROGÈNE DES SERVICES RENDUS PAR LES ÉCOSYSTÈMES

123. Les problématiques environnementales sont aujourd'hui difficilement abordées sans référence aux concepts de services rendus par la nature – ou services écosystémiques – ou encore de service environnemental⁶⁴⁴. « Souvent utilisés indifféremment et considérés comme équivalents »⁶⁴⁵, ces concepts ont pourtant des origines, une définition et des trajectoires distinctes. Véritable « *success story* »⁶⁴⁶, le concept de services écosystémiques est aujourd'hui incontournable dans les approches relatives à la protection de la biodiversité et des écosystèmes. Si ce concept participe d'une meilleure prise en compte des processus écologiques, il apparaît également comme le support matériel et idéologique des instruments économiques. Pourtant, « peu d'analyses juridiques ont été réalisées sur le concept de services fournis par les

⁶⁴³ HERVE-FOURNEREAU N., LANGLAIS A., « Biodiversité et changement climatique. L'ambivalence de la promotion européenne du concept de services écosystémiques », in *Abécédaire en l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin*, PUR, 2017, p. 87.

⁶⁴⁴ BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », préc., §. n° 1 ; MÉRAL Ph., « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendances récentes », préc., p. 4.

⁶⁴⁵ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., PIRARD R., « Les services écosystémiques des forêts et leur rémunération éventuelle », préc., p. 579 ; pour un exemple d'assimilation entre services écosystémiques et écologiques, V. notamment : CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 35.

⁶⁴⁶ PUYDARRIEUX P., « Préface », in MÉRAL P., PESCHE D. (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, p. 7.

écosystèmes, même s'il apparaît progressivement dans les textes juridiques sous différentes appellations, parfois services écosystémiques, d'autre fois services environnementaux ou encore services écologiques »⁶⁴⁷. Ce constat nous invite par conséquent à analyser, tout d'abord, le processus d'introduction du concept de services rendus par les écosystèmes en droit (A), pour voir ensuite les spécificités juridiques du concept de services écosystémiques (B).

A.- L'INTÉGRATION JURIDIQUE DU CONCEPT DE SERVICES RENDUS PARS LES ÉCOSYSTÈMES

124. Sous l'impulsion de réflexions prenant appui sur les sciences économiques, les fonctions et/ou services assurés par les écosystèmes se sont récemment imposés comme un élément central permettant de renouveler l'intérêt de protéger la biodiversité et les écosystèmes. Si l'idée selon laquelle les écosystèmes rendent un certain nombre de « services » n'est pas nouvelle en droit (1), le concept de service écologique a en premier lieu été consacré en droit français dans le cadre de la réparation des dommages causés à l'environnement (2).

1.- L'identification des premières manifestations juridiques du concept de services rendus par les écosystèmes

125. Si la terminologie « service écosystémique » est relativement récente, les dynamiques naturelles auxquelles ce concept renvoie ont été appréhendées par le droit dès lors début des années 1970. En faisant référence aux « fonctions écologiques fondamentales des zones humides », la Convention de Ramsar du 2 février 1971 a ainsi contribué à consacrer « en filigrane » le concept de services écosystémiques⁶⁴⁸. Dans le même sens, le principe 5 de la Déclaration de Stockholm de 1972 reconnaissait que « les ressources non renouvelables du globe doivent être exploitées de telle façon qu'elles ne risquent pas de s'épuiser et que les avantages retirés de leur utilisation soient partagés par toute l'humanité ».

Dès 1989, la communication de la Commission des Communautés européennes relative à la conservation des forêts tropicales relevait que « les forêts tropicales assument non

⁶⁴⁷ V. notamment sur ce point : BONNIN M., « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », préc., §. n° 1.

⁶⁴⁸ POMADE A., « Les paiements pour services environnementaux contribuent-ils à l'émergence d'un "gradient de juridicité" ? », préc., §. n° 12 ; V. également en ce sens BONNIN M., « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », préc., §. n° 7.

seulement des fonctions essentielles en fournissant l'eau et les éléments nutritifs nécessaires à l'agriculture (ces « services écologiques » ont davantage une importance économique qu'environnementale), mais produisent également de nombreuses matières premières pour le commerce et l'industrie. [...] Les forêts tropicales fournissent des services environnementaux semblables à des régions entières. Dans ce cas, les effets en aval de la déforestation sont importants tant au niveau écologique qu'au niveau économique et social »⁶⁴⁹. La même année, Cyril De Klemm a pu souligner « le rôle essentiel de nombreuses espèces sauvages à l'intérieur des écosystèmes dont elles font partie, comme pollinisateurs, disperseurs de graines, agent de contrôle de populations d'autres espèces quand elles deviennent surabondantes, ou encore comme décomposeurs de matière organique. L'importance des services réciproques que les espèces se rendent les unes aux autres et la gravité des déséquilibres que peut entraîner leur perturbation commencent à peine à être comprises »⁶⁵⁰.

Le concept de service écosystémique sera également présent, de manière implicite, dans la Déclaration de principe de 1992 relative à la gestion, la conservation et l'exploration écologiquement viable de tous les types de forêts, sous l'expression « services forestiers »⁶⁵¹. Cette dernière énonce en effet que « l'homme a besoin de produits et de services forestiers tels que le bois et les produits à base de bois, l'eau, les produits alimentaires et fourragers, les plantes médicinales, le combustible, les matériaux de construction, l'emploi, les loisirs, les habitats de la faune et de la flore, la diversité des paysages, les réservoirs et puits de carbone et d'autres produits forestiers »⁶⁵². Elle ajoute que « les décisions prises sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable des ressources forestières devraient tirer profit, autant que possible, d'une évaluation approfondie de la valeur économique et non économique des biens et services forestiers et des coûts et avantages environnementaux. La mise au point et l'amélioration des méthodes à utiliser pour ces évaluations devraient être encouragées »⁶⁵³. Bernard Chevassus-au-Louis et Romain Pirard ont également pu relever que, « bien avant le succès de la notion de services écosystémiques, le terme "d'aménités environnementales" avait

⁶⁴⁹ Communication (89/C 264/01) de la Commission, *La conservation des forêts tropicales : le rôle de la Communauté*, JOCE n° C 264 du 16 octobre 1989, pp. 6-8, *souligné par nous*.

⁶⁵⁰ DE KLEMM C., « La conservation de la diversité biologique. Obligation des états et devoir des citoyens », préc., p. 399, *souligné par nous*.

⁶⁵¹ POMADE A., « Les paiements pour services environnementaux contribuent-ils à l'émergence d'un "gradient de juridicité" ? », préc., §. n° 12 ; V. également, dans le même sens BONNIN M., « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », préc., §. n° 7.

⁶⁵² Nations-Unies, Déclaration de principes, non juridiquement contraignante mais faisant autorité, pour un consensus mondial sur la gestion, la conservation et l'exploitation écologiquement viable de tous les types de forêts, A/CONF.151/26 (Vol. III), 14 août 1992.

⁶⁵³ *Ibid.*

été introduit pour évoquer certains produits des écosystèmes dont l'homme bénéficie gracieusement. [...] Bien qu'encore usité, ce terme "d'aménités" a été peu à peu remplacé par celui de "services" dans la littérature récente, en lien avec l'accent mis sur le rôle de l'homme dans leur production »⁶⁵⁴. Sous l'influence de l'OCDE, le concept d'aménités s'est imposé au cours des années 1990, en lien avec le concept de « multifonctionnalité », dans le contexte des débats sur la réforme de la Politique Agricole Commune⁶⁵⁵. Peu usité, celui-ci n'est explicitement consacré qu'à deux reprises en droit interne : une fois dans le Code forestier⁶⁵⁶, et une fois dans le Code de l'environnement⁶⁵⁷. Le concept de services rendus par les écosystèmes va se concrétiser dans le cadre du régime relatif à la réparation des dommages causés à l'environnement, à travers le concept de services écologiques.

2.- L'introduction des services écologiques dans le cadre de la réparation des dommages causés à l'environnement

126. La directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale⁶⁵⁸ est communément reconnue comme le marqueur de l'entrée dans l'ordre juridique du concept de service écologique⁶⁵⁹, qu'elle définit comme « les fonctions assurées par une ressource naturelle au

⁶⁵⁴ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., PIRARD R., « Les services écosystémiques des forêts et leur rémunération éventuelle », préc., p. 580.

⁶⁵⁵ MOLLARD A. et al., « Les aménités environnementales : quelle contribution au développement des territoires ruraux? », *Vertigo*, Hors-série 20, déc. 2014, §. n° 1, en ligne, [<http://journals.openedition.org/vertigo/15235>].

⁶⁵⁶ « Un programme national de la forêt et du bois précise les orientations de la politique forestière pour une durée maximale de dix ans. Il détermine des objectifs économiques, environnementaux et sociaux fondés sur des indicateurs de gestion durable. Il définit les territoires interrégionaux qui justifient, de par leurs caractéristiques communes, une coordination des programmes régionaux de la forêt et du bois, définis à l'article L. 122-1. Il assure le partage de l'information sur la production de produits forestiers et de produits issus de la transformation du bois, en vue d'une meilleure valorisation du bois et du développement des entreprises, ainsi que sur la production d'aménités environnementales et sociales de la forêt en vue de leur développement et de l'évaluation des modalités de leur rémunération » : art. 67 de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014, préc. ; modifiant l'art. L. 121-2-2 du C. forest.

⁶⁵⁷ « Les allées d'arbres et alignements d'arbres qui bordent les voies de communication constituent un patrimoine culturel et une source d'aménités, en plus de leur rôle pour la préservation de la biodiversité et, à ce titre, font l'objet d'une protection spécifique. Ils sont protégés, appelant ainsi une conservation, à savoir leur maintien et leur renouvellement, et une mise en valeur spécifiques » : art. 172 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; modifiant l'art. L. 350-3 du C. env.

⁶⁵⁸ Directive 2004/35/CE du Parlement Européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, préc., p. 56.

⁶⁵⁹ DOUSSAN I., « Les services écologiques : un nouveau concept pour le droit de l'environnement », in CANS C. (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, p. 125.

bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public »⁶⁶⁰. Elle ajoute que « lors de la détermination de l'importance des mesures de réparation complémentaire et compensatoire, les approches allant dans le sens d'une équivalence ressource-ressource ou service-service sont à utiliser en priorité »⁶⁶¹. La notion de « services écologiques » a été introduite en droit français, dans le cadre de la transposition de la directive 2004/35/CE, dans des termes relativement identiques par la loi relative à la responsabilité environnementale du 1^{er} août 2008⁶⁶². Le Code de l'environnement définit ainsi les services écologiques comme « les fonctions assurées par les sols, les eaux et les espèces et habitats mentionnés au 3^o au bénéfice d'une de ces ressources naturelles ou au bénéfice du public, à l'exclusion des services rendus au public par des aménagements réalisés par l'exploitant ou le propriétaire »⁶⁶³.

Dans ses travaux de recherche doctorale consacrés à l'appréhension des services écologiques par le droit, Mélodie Fèvre a pu considérer l'expression « services écologiques » comme synonyme à celle de « services écosystémiques »⁶⁶⁴. Nous pensons, à l'inverse de la position défendue par l'auteure, que ces concepts ne doivent pas être confondus. La directive 2004/35/CE, de même que la loi LRE du 1^{er} août 2008, consacrent en effet une approche singulière qui mérite d'être soulignée. Tout d'abord, la détérioration des services écologiques vient s'inscrire en additionnalité par rapport aux éléments qui permettent de caractériser le préjudice écologique. Ensuite, la directive témoigne d'une approche qui se recentre sur un objet plus restreint : l'écosystème. Enfin, elle formalise une définition qui, à l'inverse des services écosystémiques, ne se caractérise pas uniquement à travers les services rendus aux seuls êtres humains, mais à l'ensemble du vivant. Nathalie Hervé-Fournereau et Alexandra Langlais ont pu souligner, dans le même sens, que « telle que défini par la directive 2004/35/CE ("fonctions assurées par une ressource naturelle au bénéfice d'une autre ressource naturelle ou du public"), le concept de "service lié à des ressources naturelles", bénéficie d'une définition extensive qui se distingue de celle retenue par le rapport sur l'Évaluation des Écosystèmes

⁶⁶⁰ Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, préc., p. 60.

⁶⁶¹ Annexe II. Art. 1.2.2 de la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, préc., p. 68 ; V. également, dans le même sens : BAS A., GAUBERT H., *La directive « Responsabilité environnementale » et ses méthodes d'équivalence*, Études et documents du CGDD, n° 19, 2010, p. 11.

⁶⁶² Loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, préc.

⁶⁶³ Art. 1 de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale, préc., ; codifié à l'art. L. 161-1 I du C. env.

⁶⁶⁴ FEVRE M., *Les services écologiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2016, dactyl., p. 68.

pour le Millénaire] ("bienfaits que les gens retirent des écosystèmes") »⁶⁶⁵. Initialement rattaché au régime de la réparation de certains dommages causés à l'environnement, le concept de services écologiques va progressivement s'autonomiser de celui-ci en droit interne.

B.- L'AUTONOMISATION DES SERVICES RENDUS PAR LES ÉCOSYSTÈMES DES DISPOSITIFS DE RÉPARATION DE CERTAINS DOMMAGES CAUSÉS À L'ENVIRONNEMENT

127. Sans revenir sur l'émergence des concepts de services écologiques et de services écosystémiques en droit international⁶⁶⁶, il est important de relever que ces deux concepts se sont affirmés, sous l'influence du droit européen, comme un nouvel objet de protection juridique en droit interne (**1**). Une véritable rupture intervient toutefois avec la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 dans la mesure où, d'une part, le législateur privilégie, au terme de « services écologiques », celui de « services écosystémiques » et, d'autre part, reconnaît explicitement leur préservation comme étant d'intérêt général (**2**).

1.- La généralisation du recours aux services écologiques et services écosystémiques dans les approches juridiques de protection de la biodiversité

128. Largement mobilisé et plébiscité par la littérature économique, le concept de service écosystémique va peu à peu trouver une résonance en droit européen. Dès 2006, la Commission des Communautés européennes publiait un rapport intitulé « Enrayer la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà. Préserver les services écosystémiques pour le bien-être humain »⁶⁶⁷. Il énonce, en introduction, que la « diminution de la biodiversité, qui concerne les écosystèmes, les espèces et les gènes, est préoccupante non seulement en

⁶⁶⁵ HERVE-FOURNEREAU N., LANGLAIS A., « Biodiversité et changement climatique. L'ambivalence de la promotion européenne du concept de services écosystémiques », préc., p. 79 ; V. également, dans le même sens : CHEVASSUS-AU-LOUIS B., PIRARD R., « Les services écosystémiques des forêts et leur rémunération éventuelle », préc., p. 580.

⁶⁶⁶ V. notamment sur ce point : BONNIN M. « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », préc. ; BONIN M., ANTONA M., Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux, préc., 11 p. ; FROGER G. et al. « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », préc., 26 p. ; MEKOUAR M. A., « Aperçu sur quelques outils de promotion internationale des paiements pour services environnementaux en agriculture », préc., p. 61 et s.

⁶⁶⁷ Communication de la Commission des Communautés européenne, *Enrayer la diminution de la biodiversité à l'horizon 2010 et au-delà - Préserver les services écosystémiques pour le bien-être humain*, COM/2006/0216 final.

raison de la valeur intrinsèque de la nature, mais aussi parce qu'elle engendre un déclin des "services écosystémiques" fournis par les systèmes naturels »⁶⁶⁸. Elle souligne notamment la responsabilité qui incombe aux États membres « de concilier, par une meilleure planification, l'utilisation et le développement des sols avec la conservation de la biodiversité et le maintien des services écosystémiques »⁶⁶⁹. À l'issue du Grenelle de l'environnement, le rapport du Groupe 2 « Préserver la biodiversité et les ressources naturelles » soulignait en effet que « l'enjeu majeur auquel l'Humanité fait face est la sauvegarde des écosystèmes et de leurs services »⁶⁷⁰. Consacrés pour la première fois par la loi sur la responsabilité environnementale du 1^{er} août 2008, les « services » et « services écologiques » vont également être mentionnés dans la loi « Grenelle » I du 3 août 2009⁶⁷¹. Cette dernière « fixe les objectifs et, à ce titre, définit le cadre d'action, organise la gouvernance à long terme et énonce les instruments de la politique mise en œuvre pour lutter contre le changement climatique et s'y adapter, préserver la biodiversité ainsi que les services qui y sont associés »⁶⁷². Elle précise également, à propos de la recherche dans le domaine du développement durable, que cette dernière englobe « l'étude des services obtenus des écosystèmes »⁶⁷³. Plus encore, elle acte l'engagement de l'État d'étudier « des dispositifs permettant d'évaluer et de valoriser les services rendus par la biodiversité à la collectivité et aux acteurs socio-économiques »⁶⁷⁴, ainsi que de « reconnaître et valoriser les services environnementaux rendus par la forêt »⁶⁷⁵. Dans la mesure où nous avons précédemment vu les services environnementaux constituent des services économiques, et non des services écologiques⁶⁷⁶, il est important de souligner ici que le législateur opère ainsi une confusion entre ces deux concepts. Rendu la même année que la loi « Grenelle I », le rapport du Centre d'analyse stratégique consacré à l'« approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes » a contribué à populariser assez largement les concepts

⁶⁶⁸ *Ibid.*, p. 3.

⁶⁶⁹ *Ibid.*, p. 4.

⁶⁷⁰ MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT ET DE L'AMÉNAGEMENT DURABLES, SECRÉTARIAT D'ÉTAT À L'ÉCOLOGIE, *Préserver la biodiversité et les ressources naturelles. Rapport du Groupe 2 du Grenelle de l'environnement*, Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, 2007, p. 17.

⁶⁷¹ Loi « Grenelle I » n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, préc.

⁶⁷² *Ibid.*, art. 1.

⁶⁷³ *Ibid.*, art. 22.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, art. 25.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, art. 34.

⁶⁷⁶ V. supra. §. n° 21.

de services écosystémiques et de services environnementaux, favorisant ainsi leur introduction dans les approches juridiques de protection de la biodiversité⁶⁷⁷.

129. Alors que les services écosystémiques étaient d'abord des « instruments de sensibilisation »⁶⁷⁸, l'économiste Géraldine Froger constate que nous assistons à « l'introduction [de ce concept] dans le cadre d'approches sectorielles — l'agriculture, la foresterie, la pêche... voire dans la gestion de l'eau »⁶⁷⁹. Sous l'impulsion de la loi Grenelle II, les services écologiques vont en effet peu à peu s'étendre à des objets sectoriels, comme l'agriculture et la forêt, mais également aux continuités écologiques, aux zones humides, aux milieux marins ou encore aux sols. L'étude d'impact de la loi « Grenelle II » relève ainsi que les charges supplémentaires pour l'État et les collectivités locales liées à la mise en œuvre de la trame verte et bleue « doivent être mises en regard des bénéfices liés à la préservation des services écologiques et notamment ceux liés à la régulation des écosystèmes qui constituent un support indispensable pour la production et la consommation humaine »⁶⁸⁰. À propos des zones humides, le rapport sur le projet de loi portant engagement national pour l'environnement constate qu'« outre l'importance des zones humides pour la préservation de la biodiversité, elle a évidemment un impact particulièrement important sur l'épuration naturelle des eaux ; de ce fait, la préservation des zones humides permet d'éviter des investissements importants dans les stations d'épuration, concrétisant ainsi la notion de « services écologiques » mentionnée à plusieurs reprises dans la loi Grenelle I »⁶⁸¹.

En droit européen, une communication de la Commission des Communautés européennes relative à la protection des sols relèvera, dans le même sens, que « la dégradation des sols [...] a pour conséquence des pertes de la fertilité des sols, de carbone et de biodiversité,

⁶⁷⁷ VALETTE E. et al., « Émergence de la notion de service environnemental dans les politiques agricoles en France : l'ébauche d'un changement de paradigme ? », préc., §. n° 9.

⁶⁷⁸ ARNAULD DE SARTRE X., CASTRO M., CHARTIER D., « Du MEA à Rio +20 : déploiement et usages de la notion de services écosystémiques », in ARNAULD DE SARTRE X., CASTRO M., DUFOUR S., OSZWALD J. (dir.), *Political ecology des services écosystémiques*, Peter Lang, 2014, pp. 85-116.

⁶⁷⁹ FROGER G. et al. « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », préc., §. n° 16.

⁶⁸⁰ Étude d'impact de la loi « Grenelle II » n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, p. 22.

⁶⁸¹ GROUARD S., PANCHER B., *Rapport fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, portant engagement national pour l'environnement*, Doc. AN n° 2449, 9 avril 2010, p. 270.

une diminution de la capacité de rétention de l'eau, une perturbation des cycles des gaz et des nutriments et une réduction de la dégradation des contaminants »⁶⁸².

De manière constante, l'intégration des services écosystémiques et la prise en compte de la valeur économique de ces derniers constituent deux aspects importants de la stratégie de l'UE à l'horizon 2020 et du 7^e programme d'action général de l'Union pour l'environnement⁶⁸³. Dans le prolongement du rapport du Centre d'analyse stratégique consacré à l'« approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes »⁶⁸⁴, le rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité identifie les « services écosystémiques » comme un moyen novateur de préserver la « biodiversité dite "ordinaire" », en tant qu'elle constitue le principal support de production de ces services⁶⁸⁵. Ce rapport propose, en ce sens, une réorientation de la Stratégie nationale pour la biodiversité (SNB) 2011-2015 (sic)⁶⁸⁶ en vue de l'intégration de ces enjeux. Si la SNB 2004-2010 se contentait de faire référence aux « biens et services fournis par la biodiversité », il est intéressant d'observer que la Stratégie nationale pour la biodiversité 2011-2020 souligne explicitement la nécessité de « faire face à l'émergence de questions nouvelles, notamment relatives au changement climatique et aux services rendus par les écosystèmes »⁶⁸⁷. Cette dernière se fixe notamment comme objectif « de valoriser, renforcer et partager de façon équitable les avantages tirés pour tous de la diversité biologique et des services rendus par les écosystèmes »⁶⁸⁸. Ce faisant, cette stratégie préfigure la reconnaissance des services écosystémiques comme objet du droit de l'environnement.

130. Progressivement déclinés en droit interne, les services rendus par les écosystèmes apparaissent comme un objet commun aux mécanismes de compensation écologique et de

⁶⁸² Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité des régions, *Stratégie thématique en faveur de la protection des sols*, Bruxelles, le 22.9.2006 COM(2006)231 final, p. 3.

⁶⁸³ Communication de la Commission au Parlement Européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - stratégie de l'UE à l'horizon 2020*, préc. ; Décision n° 1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », préc.

⁶⁸⁴ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., 376 p.

⁶⁸⁵ GAILLARD G., *Rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité*, préc., p. 87.

⁶⁸⁶ Nous signalons ici ce qui est sans doute une erreur du rapporteur, dans mesure où la SNB visée s'étend sur la période 2011-2020, et non 2011-2015.

⁶⁸⁷ Stratégie nationale pour la biodiversité 2011-2020, p. 5.

⁶⁸⁸ Objectif 13 de la Stratégie nationale pour la biodiversité 2011-2020, p. 31.

paiements pour services environnementaux. Bernard Chevassus-au-Louis et Romain Pirard constatent en effet sur ce point que les évaluations économiques des services rendus par les écosystèmes peuvent intervenir « pour affiner un instrument économique ou en déterminer les modalités techniques de mise en œuvre : fixation du montant d'une compensation, notamment après pollution ; fixation d'un droit d'entrée dans une zone préservée en fonction du consentement à payer ; fixation du montant des rémunérations au fournisseur d'un service donné dans le cadre d'un mécanisme de paiement pour services écosystémiques »⁶⁸⁹.

En dépit de tentatives d'introduire explicitement l'analyse des services écologiques dans le champ de l'étude d'impact à l'occasion de l'élaboration de la loi « Grenelle II »⁶⁹⁰, aucun rattachement n'interviendra dans le Code de l'environnement entre compensations écologiques et services écosystémiques avant la loi « Biodiversité » du 8 août 2016. Pourtant, dès 2011, le rapport de la Mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité ne manquera pas de souligner « le double intérêt qui pourrait s'attacher à une mesure économique du vivant : – alors qu'un trop grand nombre de décisions sont prises aujourd'hui en fonction de critères étroitement financiers, l'intégration des services rendus par la nature dans l'économie pourrait fonder, légitimer un nouveau type de décisions, s'appuyant sur des données économiques, beaucoup plus favorables à la conservation de la biodiversité ; – la monétarisation des services rendus par les écosystèmes faciliterait la mise en œuvre d'actions de compensation, en cas d'atteinte impossible à éviter à la biodiversité »⁶⁹¹. Publiées en 2012 et 2013, la « doctrine » relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel⁶⁹², ainsi que les lignes directrices sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels⁶⁹³, s'étaient pourtant

⁶⁸⁹ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., PIRARD R., « Les services écosystémiques des forêts et leur rémunération éventuelle », préc., p. 590.

⁶⁹⁰ « Conformément à la directive européenne 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 sur l'évaluation environnementale, il incombe à l'étude d'impact d'analyser les effets sur les services écologiques, c'est-à-dire sur les fonctions assurées par les sols, les eaux, les espaces et habitats naturels, reconnues par la loi du 1er août 2008 sur la responsabilité environnementale ainsi que de justifier le parti retenu au regard des services écologiques. Cet amendement a donc pour objet d'obliger l'étude d'impact à analyser à la fois les impacts sur les services écologiques, sur l'environnement et sur la santé et le suivi de des mesures des effets des mesures prises sur ces intérêts » : Doc. AN, CR de la séance du 24 mars 2010, à 9 heures 30, amendement n° CD 1147 ; V. également, dans le même sens : amendements n° CD 1203 et CD 1225.

⁶⁹¹ GAILLARD G., *Rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité*, préc., p. 36.

⁶⁹² Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL), *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, mai 2012, 8 p.

⁶⁹³ Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc.

attachées à encourager notamment la prise en compte par le maître d'ouvrage des « fonctionnalités écologiques » et des « services rendus par les écosystèmes ». L'approche « fonctionnelle » est notamment priorisée entre la zone impactée par le projet et le plus approprié pour accueillir les mesures compensatoires (proximité fonctionnelle).

Rattachés *de facto* aux compensations écologiques, les services écosystémiques vont également être utilisés comme un outil au service de la rémunération des services rendus par l'Homme à l'environnement. Les services écosystémiques apparaissent en effet comme un objet central des paiements pour services environnementaux. Ce lien est d'ailleurs poussé à son paroxysme par la CDC Biodiversité, qui privilégie l'usage de la notion de Paiements pour la Préservation des Services Écosystémiques (PPSE)⁶⁹⁴. Cette conception des paiements pour services environnementaux, au demeurant assez restrictive, est toutefois loin d'être singulière. La doctrine tend en effet, dans une large mesure, à retenir que « l'objectif des PSE est la fourniture de services écosystémiques »⁶⁹⁵. Or nous verrons, sur ce point, que si la préservation de services écosystémiques peut constituer la finalité d'un paiement pour service environnemental, elle ne constitue pas nécessairement la seule⁶⁹⁶.

Si les concepts de services écologiques et de services écosystémiques se sont progressivement autonomisés des dispositifs de réparation de certains dommages causés à l'environnement, il faudra attendre la loi « Biodiversité » pour que la « sauvegarde » des services écosystémiques soit explicitement reconnue comme étant d'intérêt général.

2.- La loi « Biodiversité » du 8 août 2016, un marqueur de l'introduction du concept de « service écosystémique » en droit

131. Avec la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, le concept de « service écosystémique » va intégrer, de manière inédite, le Code de l'environnement. Avant cela, le terme « services écosystémiques » avait déjà été explicitement consacré pour la première fois en droit français, dans le Code rural, par la loi du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt. Cette dernière dispose que « les systèmes de production agroécologiques [...] sont fondés sur les interactions biologiques et l'utilisation des services écosystémiques et des potentiels

⁶⁹⁴ V. supra. §. n° 23.

⁶⁹⁵ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 96.

⁶⁹⁶ V. infra. §. n° 174.

offerts par les ressources naturelles, en particulier les ressources en eau, la biodiversité, la photosynthèse, les sols et l'air, en maintenant leur capacité de renouvellement du point de vue qualitatif et quantitatif. Ils contribuent à l'atténuation et à l'adaptation aux effets du changement climatique »⁶⁹⁷. Si la consécration juridique du concept de services écosystémiques est notable, la portée de ce concept demeure toutefois limitée et quelque peu confuse, dans la mesure où le législateur se contente seulement de reconnaître l'utilisation des services écosystémiques comme un « fondement » des systèmes de production agroécologiques. En première lecture, l'Assemblée nationale avait pourtant proposé d'introduire la valorisation des services écosystémiques parmi les finalités de la politique en faveur de l'agriculture et de l'alimentation⁶⁹⁸. Si la loi « Biodiversité » introduit explicitement pour la première fois les concepts de « services écosystémiques » dans le Code de l'environnement, cette consécration juridique n'est donc, d'une certaine manière, pas si inédite qu'il n'y paraît. En revanche, la place accordée à ce concept et le sens qui lui est attribué contribuent, de manière plus novatrice, à faire évoluer la manière dont le droit appréhende la biodiversité et les écosystèmes.

132. Selon Benoît Prevost, Audrey Rivaud et Agnès Michelot, « [la loi « Biodiversité »], ainsi que tous les supports communicationnels qui accompagnent sa promotion, fait clairement état de changements dans l'orientation des politiques publiques »⁶⁹⁹. Particulièrement éclairante sur les objectifs de la réforme, l'étude d'impact du projet de loi relatif à la biodiversité constatait que « le Code de l'environnement, bien que souvent modifié, n'a pas encore intégré dans le domaine de la biodiversité un certain nombre d'évolutions, que la science a déjà faites siennes. En particulier, le premier livre du Code de l'environnement et ses articles L. 110-1 à L. 110-3 apparaissent à bien des égards datés, rendant leur lecture décalée par rapport aux connaissances actuelles ou bien encore par rapport aux enjeux pesant sur la biodiversité. L'objectif de la réforme est d'actualiser le vocabulaire et certains concepts présents dans le code de l'environnement pour en faciliter l'appropriation et renforcer la pertinence des dispositifs pris en application de ces principes. En particulier, la réforme vise : [...] À sortir d'une vision uniquement fondée sur la patrimonialité des espèces, c'est-à-dire leur caractère exceptionnel,

⁶⁹⁷ Art. 1 de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014, préc. ; codifié à l'art. L.1 II du C. rur.

⁶⁹⁸ La politique en faveur de l'agriculture et de l'alimentation, dans sa triple dimension européenne, nationale et territoriale, a pour finalités : [...] « De prendre en compte les situations spécifiques à chaque région. Elle valorise en particulier les services écosystémiques » : Art. 1^{er} du projet de loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt, adopté en 1^{ère} lecture par l'Assemblée nationale le 14 janvier 2014, TA n° 273.

⁶⁹⁹ PREVOST B., RIVAUD A., MICHELOT A., « Économie politique des services écosystémiques : de l'analyse économique aux évolutions juridiques », *Revue de la régulation*, n° 19, 1^{er} semestre 2016, §. n° 2, *en ligne*, [<http://journals.openedition.org/regulation/11848>].

pour avoir une vision plus dynamique de la biodiversité et s'intéresser aussi à la biodiversité dite "ordinaire" ; À introduire une approche complémentaire de la biodiversité qui vise à identifier pour les prendre en compte les services rendus par la biodiversité, appelés services écosystémiques »⁷⁰⁰. Dans le même sens, la députée Geneviève Gaillard ajoutera que « notre définition et notre conception de la biodiversité, dont découlent sa valorisation et sa protection, doivent bien prendre en compte deux dimensions. Le premier volet consiste en une approche anthropocentrée ou anthropocentrique de la biodiversité, car l'homme a besoin des services rendus par la nature pour survivre et pour bien vivre [...]. Le second volet accorde à la biodiversité une valeur intrinsèque selon laquelle elle vaut qu'on la protège pour elle-même, sans rapport d'utilité à l'homme, afin que la biodiversité qui nous préexistait nous survive. On parle alors de fonctions écologiques qui sont des processus biologiques de fonctionnement et de maintien des écosystèmes s'inscrivant dans une vision écocentrée de la nature »⁷⁰¹. Si ces approches vont trouver leur consécration dans la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, le concept de « service écosystémique » va toutefois être doté d'une portée juridique plutôt réduite.

133. En effet, le législateur ne consacre en aucun cas les services écosystémiques comme une composante du patrimoine commun de la nation. Selon l'article L. 110-1 I du Code de l'environnement, « les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage »⁷⁰². Le législateur reconnaît, en revanche, que la sauvegarde de ces services est « d'intérêt général »⁷⁰³. Cette reconnaissance législative peut se révéler intéressante, notamment dans la perspective d'une qualification de service public des prestations de services environnementaux ou des opérations de compensation écologique⁷⁰⁴. Plus encore, il est notable de souligner que les services écosystémiques ont été, pour la première fois, explicitement intégrés dans le champ du processus d'évaluation environnementale par le truchement du principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement. Le législateur précise en effet que ce principe « implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier

⁷⁰⁰ Étude d'impact du projet de loi relatif à la biodiversité, 25 mars 2014, p. 15.

⁷⁰¹ Doc. AN, CR de la séance du mardi 15 mars 2016, lors de l'examen du projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (n^{os} 3442, 3564 rectifié).

⁷⁰² Art. L. 110-1 I du C. env., *souligné par nous*.

⁷⁰³ Art. L. 110-1 II du C. env.

⁷⁰⁴ V. infra. §. n^o 175 et s.

lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées »⁷⁰⁵. Le choix du législateur de faire référence aux services fournis par la biodiversité, et non aux services écosystémiques, ou bien encore aux services rendus par les écosystèmes, laisse quelque peu perplexe. Il semble néanmoins probable que le législateur ait assurément entendu viser les services écosystémiques, et non les seuls services fournis par la biodiversité. Enfin, le législateur ajoute que « la préservation de la biodiversité, des milieux, des ressources ainsi que la sauvegarde des services qu'ils fournissent et des usages qui s'y rattachent » constituent une modalité de satisfaction l'objectif de développement durable⁷⁰⁶. De manière plus récente, la loi du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité (OFB), qui étend les missions précédemment confiées à l'Agence française pour la biodiversité, attribue notamment à l'OFB nouvellement créée la mission de développer la connaissance « sur les services écosystémiques »⁷⁰⁷. Absents du Code de l'environnement avant 2016, les services écosystémiques sont ainsi devenus, en peu de temps, un objet incontournable du droit de l'environnement.

134. À propos de la « Biodiversité » du 8 août 2016, Agathe Van Lang dresse un constat sévère, selon lequel le texte « ne vise pas à protéger la biodiversité pour elle-même, eu égard à sa valeur intrinsèque, mais d'abord pour l'usage que l'homme peut en faire. Dès lors, c'est une conception anthropocentrique qui domine »⁷⁰⁸. La consécration juridique du concept de « services écosystémiques » dans le Code de l'environnement pose, en particulier, la question du devenir des « services écologiques ». Dans la mesure où nous avons pu démontrer que la définition des services écologiques était plus large et moins anthropocentrée que la conception véhiculée par le concept de services écosystémiques⁷⁰⁹, la neutralisation des premiers au profit des seconds constituerait une régression juridique. Si l'on peut craindre, pour l'avenir, un risque que les écosystèmes ne soient protégés qu'au regard des bénéfices que l'on en retire, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 ne contribue toutefois pas à instituer une concurrence entre biodiversité et services écosystémiques⁷¹⁰. Nous pouvons en effet relever, sur ce point, que le

⁷⁰⁵ Art. L. 110-1 II du C. env., *souligné par nous*.

⁷⁰⁶ Art. L. 110-1 III du C. env., *souligné par nous*.

⁷⁰⁷ Art. 1 de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement, JO du 26 juillet 2019, texte n° 2 ; modifiant l'art. L. 131-9 du C. env.

⁷⁰⁸ VAN LANG A., « Protection du climat et de la biodiversité au prisme du droit économique : l'apport de la loi Biodiversité », *préc.*, note n° 16.

⁷⁰⁹ V. *supra*. §. n° 126.

⁷¹⁰ V. notamment, sur ce point : LEVREL H., MISSEMER A., *L'économicisation de la nature, réalités historiques*

préjudice écologique réparable sur le fondement du Code civil est défini comme « une atteinte non négligeable » non seulement « aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes », mais également « aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »⁷¹¹. L'orientation du droit de la protection de la biodiversité dans un sens plus strictement économique est par conséquent loin d'être absolue, ce que confirme également le succès limité rencontré par le concept de « capital naturel » dans les approches juridiques de protection de la biodiversité.

§2.- LA PORTÉE JURIDIQUE LIMITÉE DU CONCEPT DE CAPITAL NATUREL

135. Le terme « capital naturel » et, dans une moindre mesure, celui de « capital environnemental »⁷¹², bénéficient aujourd'hui d'une résonance médiatique croissante en matière de protection de la biodiversité et de lutte contre le changement climatique⁷¹³. Fréquemment associé aux instruments économiques et aux services écosystémiques, le capital naturel s'est imposé comme un concept clef des approches économiques de protection de la biodiversité. Sous l'influence de ces dernières, nous assistons au déploiement croissant du concept de « capital naturel » en droit international et européen (**A**). En dépit du succès rencontré par celui-ci, le droit français continue de lui préférer les notions de « patrimoine naturel » ou de « patrimoine commun de la nation » (**B**).

A.- LA MOBILISATION CROISSANCE DU CONCEPT DE CAPITAL NATUREL

136. Largement utilisé par les sciences économiques, le concept de capital naturel occupe une place significative dans le cadre théorique des instruments économiques (**1**). Ce concept tend également à se développer en droit national par l'intermédiaire du droit européen (**2**).

et mythes contemporains, préc., p. 14.

⁷¹¹ Art. 1247 du C. civ.

⁷¹² Privilégié par la géographie, « le capital environnemental pourrait être défini comme l'ensemble des investissements (socio-économiques, idéologiques, émotionnels, politiques, artistiques...) dans l'environnement réalisés par des acteurs selon leurs représentations, intérêts et systèmes de valeurs spécifiques : TOMMASI G., RICHARD F., SAUMON G., « Introduction – Le capital environnemental pour penser les dynamiques socio-environnementales des espaces emblématiques », *Noroi*, 243, 2017/2, p. 8 ; V. également, dans le même sens : GUYOT-TÉPHANY J., PERRIN J.-A., « Potentialités et limites de la notion de capital environnemental au regard de la crise environnementale contemporaine », *Vertigo*, Hors-série 29, mars 2018, en ligne [<http://journals.openedition.org/vertigo/19050>].

⁷¹³ Programme de l'UICN 2017-2020 ; Protocole du Capital Naturel ; Natural Capital Coalition ; Déclaration sur le capital naturel (DCN) adoptée par le secteur financier en marge de la conférence de Rio+20 : <http://www.naturalcapitaldeclaration.org/> ; « *capital naturel* » : TEEB.

1.- Le capital naturel, concept clef du cadre théorique des instruments économiques

137. En économie, le capital est un terme largement « polysémique »⁷¹⁴. Il possède, pour l'essentiel, deux significations : le capital comme revenu (capital économique) et le capital comme facteur de production de biens et services⁷¹⁵. Bien que la paternité de la notion de « capital naturel » (*natural capital*) soit attribuée par certains auteurs à la biologie de la conservation⁷¹⁶, ce concept apparaît pour la première fois en 1973 dans les travaux de l'économiste britannique Ernst Friedrich Schumacher⁷¹⁷. Ce concept sera par la suite popularisé à partir de la fin des années 1980 par deux courants en économie : l'économie de l'environnement (*environmental economics*), portée notamment par l'économiste britannique David W. Pearce⁷¹⁸, et l'écologie économique (*ecological economics*), défendue essentiellement par les économistes américains Robert Costanza et Herman E. Daly⁷¹⁹. L'économie de l'environnement se distingue de l'économie écologique en ce qu'elle « n'est que l'application de la théorie économique générale à un nouvel objet. Auparavant invisible [...] la nature ne vaut que comme un élément du système économique, que parce qu'elle participe à l'échange et à la création de valeur »⁷²⁰. Ce courant s'appuie ainsi sur l'idée selon laquelle la dégradation des ressources naturelles est liée à l'absence de reconnaissance de leur valeur économique⁷²¹. Dès lors, les économistes de l'environnement proposent de déterminer un « prix » lié à l'usage des ressources naturelles afin d'intégrer et de mieux répartir les coûts liés à la dégradation ou à l'entretien de ces ressources entre agents économiques⁷²². À l'inverse, l'économie écologique « se veut une alternative à la conceptualisation néo-classique

⁷¹⁴ SILEM A., *Lexique d'économie*, préc., p. 117.

⁷¹⁵ CAPUL J.-Y., GARNIER O., *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Hatier, 2015, p. 34.

⁷¹⁶ BŒUF G., « Un "capital naturel" ? La vision d'un biologiste », in MONNOYER-SMITH L., (dir.), *Nature et richesse et des nations*, Revue du CGDD, 2015, p. 27.

⁷¹⁷ SCHUMACHER E. F., *Small Is Beautiful: A Study Of Economics As If People Mattered*, ed. Blond & Briggs, 1973, 288 p.

⁷¹⁸ PEARCE D. W., KERRY T. R., *Economics of Natural Resources and the Environment*, Johns Hopkins University Press, 1989, 392 p.

⁷¹⁹ Création en 1989 de la International Society for Ecological Economics (ISEE) par l'économiste Américain Robert Costanza et de la revue *Ecological Economics* ; pour quelques exemples des principaux articles fondateurs de l'écologie économique : COSTANZA R., *Ecological Economics: The Science and Management of Sustainability*, Columbia University Press, 1991, 525 p. ; COSTANZA R., DALY H. E., « Natural Capital and Sustainable Development », *Conservation Biology*, Vol. 6, n° 1, 1992, pp. 37-46 ; COSTANZA R. et al., « The value of the world's ecosystem services and natural capital », préc., pp. 253-260.

⁷²⁰ POTTIER A., « La nature dans l'analyse économique – perspective historique », in MONNOYER-SMITH L., (dir.), *Nature et richesse et des nations*, Revue du CGDD, 2015, p. 57.

⁷²¹ FROGER G. et al., « Qu'est-ce que l'économie écologique ? », *L'Économie politique*, vol. 69, n° 1, 2016, p. 8.

⁷²² *Ibid.*, p. 10

dominante »⁷²³, dans la mesure où elle « étudie les interactions entre économie et fonctionnement biophysique de la Terre dont l'économie dépend »⁷²⁴.

Commun à ces deux approches, le concept de « capital naturel » peut se définir comme un stock d'actifs naturels à l'origine de la production d'un flux durable de biens et services dont bénéficient les êtres humains⁷²⁵. Il se compose d'une part de ressources renouvelables (biomasse, eau, énergie solaire, air), et d'autre part de ressources non renouvelables (minéraux, énergies fossiles)⁷²⁶. Le capital naturel (*natural capital*) constitue ainsi, au même titre que le capital économique (*economic capital, human-made capital, manufactur'd capital, built capital, etc.*), le capital humain (*human capital*) et le capital social (*social capital*), une des quatre formes de capital nécessaire au bien-être humain. Selon cette approche, « les ressources naturelles, les écosystèmes, ainsi que les services qu'ils fournissent (fond ou stock) sont considérés comme des moyens de production à part entière (soit des flux de biens ou de services), au même titre que les traditionnels capitaux manufacturés et humains »⁷²⁷. Ce capital se composerait ainsi de ressources biotiques (écosystèmes forestiers, les prairies, les terres cultivées, les fleuves, les lacs, les zones côtières et les océans, ainsi que les parcs urbains) et abiotiques, telles que les ressources géologiques (ressources minérales et combustibles) et d'autres richesses abiotiques (couche d'ozone, système climatique ou rayonnement solaire)⁷²⁸. Il serait également à l'origine de la production de services écosystémiques, qui « consistent en des flux de matières, d'énergie et d'informations provenant des stocks de capital naturel qui se combinent avec des services de capital manufacturé et humain pour assurer le bien-être

⁷²³ POTTIER A., « La nature dans l'analyse économique – perspective historique », préc., p. 58.

⁷²⁴ FROGER G. et al., « Qu'est-ce que l'économie écologique ? », préc., p. 9.

⁷²⁵ Pour quelques exemples de définitions, V. notamment : « Natural capital is the stock that yields the flow of natural resources » : DALY H. E., « Operationalizing sustainable development by investing in natural capital », in JANSSON A.M. et al., *Investing in Natural Capital: The Ecological Economics Approach to Sustainability*, International Society for Ecological Economics, éd. Island Press, 1994, p. 30 ; « Natural capital refers to a stock of natural assets that is capable of producing a sustainable flow » : WACKEMAGEL M., REES W. E., « Perceptual and structural barriers to investing in natural capital: Economics from an ecological footprint perspective », *Ecological Economics* 20, 1997, p. 4 ; Le capital naturel peut se définir comme « un stock de matières et d'informations générant un flux de biens et de services qui favorisent le bien-être humain » : MARIS V., « Le capital naturel, une image réduite des valeurs de la nature et des politiques environnementales », in MONNOYER-SMITH L., (dir.), *Nature et richesse et des nations*, Revue du CGDD, 2015, p. 35 ; « Le capital naturel est un terme économique utilisé pour désigner les ressources naturelles biophysiques comme des moyens de production de biens et de services écosystémiques » : CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 141.

⁷²⁶ COSTANZA R., DALY H. E., « Natural capital and sustainable development », préc., p. 38.

⁷²⁷ GUYOT-TÉPHANY J., PERRIN J.-A., « Potentialités et limites de la notion de capital environnemental au regard de la crise environnementale contemporaine », préc., §. n° 6.

⁷²⁸ TEN BRINK P., « Qu'est-ce que le capital naturel ? », préc., pp. 44-45.

humain »⁷²⁹. Le maintien du stock de capital naturel s'impose dès lors comme une condition de la « durabilité » (*sustainability*)⁷³⁰, et entretient de ce fait une relation étroite avec les concepts de génération future et de développement durable⁷³¹.

138. Le concept de capital naturel oppose les tenants de la durabilité forte et de la durabilité faible. La durabilité faible (*weak sustainability*) repose sur l'idée selon laquelle « un développement est durable dès lors que le capital total transmis par une génération à la suivante est au moins aussi grand que celui dont elle a hérité, alors la dégradation du capital naturel est acceptable pour autant qu'elle est compensée par une augmentation au moins équivalente d'une autre forme de capital »⁷³². Selon cette approche, le niveau de bien-être est maintenu d'une génération à une autre dès lors que les générations futures bénéficient d'un stock global de capital, composé de la somme des différents types de capitaux (capital naturel, capital économique, capital humain et capital social), qui soit équivalent à celui reçu par les générations qui les ont précédées. À l'inverse, pour les tenants de la durabilité forte (*strong sustainability*) le capital naturel conditionne étroitement la production des autres formes de capital et ne peut pas se substituer aux autres formes de capital. Par conséquent, le capital naturel doit être maintenu intact⁷³³. Confronté à la dégradation de ce stock de capital naturel en raison de sa non-prise en compte par le marché, l'évaluation économique du capital naturel ainsi que des flux de biens et services qu'il produit – notamment les services écosystémiques – apparaît dès lors comme un outil pour souligner l'intérêt d'en assurer la préservation (durabilité forte) ou pour substituer à du capital naturel une autre forme de capital (durabilité faible).

139. Bien que ces approches se soient très fortement répandues dans les discours relatifs à la protection de la biodiversité, celles-ci font l'objet de vives critiques. Considérée comme un facteur de production, la nature devient ainsi « un capital parmi d'autres »⁷³⁴. Empruntant un vocabulaire exclusivement économique, la notion de capital naturel envisage les éléments

⁷²⁹ COSTANZA R. et al., « The value of the world's ecosystem services and natural capital », préc., p. 254, *traduit par nous*.

⁷³⁰ COSTANZA R., DALY H. E., « Natural Capital and Sustainable Development », préc., p. 37.

⁷³¹ Défini par le rapport Brundtland, le développement durable désigne « un développement qui répond aux besoins du présent sans compromettre la capacité des générations futures de répondre aux leurs ».

⁷³² MARIS V., « Le capital naturel, une image réduite des valeurs de la nature et des politiques environnementales », préc., p. 34 ; V. également en ce sens : COSTANZA R., DALY H. E., « Natural Capital and Sustainable Development », préc., p. 44.

⁷³³ COSTANZA R., DALY H. E., « Natural Capital and Sustainable Development », préc., p. 44.

⁷³⁴ POTTIER A., « La nature dans l'analyse économique – perspective historique », préc., p. 57.

naturels uniquement au regard de leur utilité pour les activités économiques et leur contribution au bien-être humain. Ce faisant, le capital naturel s'imposerait selon certains auteurs comme une notion « avant tout métaphorique »⁷³⁵, qui véhicule une vision essentiellement « mécaniste », « économiciste » et « anthropocentrique » de la nature⁷³⁶. Au-delà, ce concept peut contribuer à « biaiser la perception des valeurs de la nature en faveur des manifestations de ces valeurs les plus facilement concevables en termes économiques »⁷³⁷. On observe néanmoins que celui-ci tend de plus en plus à se développer dans le champ du droit de la protection de la biodiversité sous l'influence du droit international et du droit européen.

2.- Le déploiement du concept de capital naturel en droit international et européen

140. Parmi les textes fondateurs du droit international de l'environnement, les déclarations adoptées à partir du début des années 1970 dans le cadre des conférences des Nations-Unies sur l'environnement – sommets de la terre – se sont peu appuyées sur le concept de « capital » appliqué à l'environnement. La Déclaration de Stockholm de 1972, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992, de même que la Déclaration de Johannesburg sur le développement durable de 2002, ont privilégié le recours au concept de « ressources naturelles ». Utilisant le terme de « patrimoine », la Déclaration de Stockholm de 1972 dispose, dans son principe 4, que « L'homme a une responsabilité particulière dans la sauvegarde et la sage gestion du patrimoine constitué par la flore et la faune sauvage et leur habitat, qui sont aujourd'hui gravement menacés par un concours de facteurs défavorables ». Publié en 1987 en prévision du Sommet de la terre de 1992, le rapport Brundtland constatait que « le monde a déjà dépensé une bonne part du capital écologique de la planète ». Si ce document constitue une rare illustration de l'utilisation du concept de « capital » appliqué à l'environnement, ce concept ne sera pourtant pas repris en 1992 dans le cadre de la Déclaration de Rio. Publié en 2005, le rapport sur l'Évaluation des écosystèmes pour le millénaire (*Millenium Ecosystem Essessment – MEA*) s'appuie, dans une large mesure, sur les concepts de « services écosystémiques » et de « capital naturel »⁷³⁸. Adoptée en 2012, la Déclaration finale du sommet Rio + 20 privilégiera toutefois le recours aux notions de « ressources » et de « patrimoine naturel »⁷³⁹.

⁷³⁵ MARIS V., « Le capital naturel, une image réduite des valeurs de la nature et des politiques environnementales », préc., p. 39.

⁷³⁶ *Ibid.*, p. 34 ; TEN BRINK P., « Qu'est-ce que le capital naturel ? », préc., p. 48.

⁷³⁷ *Ibid.*, p. 36.

⁷³⁸ MEA, *Rapport de synthèse sur l'Évaluation des Écosystèmes pour le Millénaire*, préc.

⁷³⁹ Déclaration finale du sommet Rio + 20, A/CONF.216/L.1, p. 29.

Si ces quelques exemples sont révélateurs de la faible intégration du concept de « capital naturel » dans les textes internationaux, il est toutefois intéressant de relever qu'en marge du Sommet Rio+20, l'Initiative Finance du Programme des Nations-Unies pour l'Environnement (UNEP-FI) et l'ONG Global Canopy ont été à l'origine de la création de l'Alliance de la Finance pour le Capital Naturel (*Natural Capital Finance Alliance – NCF*). Rassemblant des entreprises (dont la CDC Biodiversité), des organisations non-gouvernementales (ONG), des associations et institutions publiques intéressées par une meilleure prise en compte du capital naturel par le secteur financier, ce groupement a adopté en 2012 une « Déclaration du capital naturel » (*Natural capital declaration – NCD*). Suite à la publication, la même année, de l'étude sur l'économie des écosystèmes et de la biodiversité (*The Economics of Ecosystems and Biodiversity – TEEB*), sera également créée une Coalition du capital naturel (*Natural Capital Coalition – NCC*). De manière similaire à l'Alliance de la Finance pour le Capital Naturel, cette organisation rassemble une grande diversité d'organisations publiques comme privées, dont l'Alliance de la Finance pour le Capital Naturel⁷⁴⁰. La NCC adoptera, en 2016, un Protocole sur la capital naturel (*Natural Capital Protocol – NCP*) dont l'objet est de permettre aux différentes organisations membres d'identifier, de mesurer et d'évaluer leurs impacts directs et indirects et leurs dépendances au capital naturel⁷⁴¹. Si le concept de « capital naturel » demeure explicitement absent des principales conventions relatives à la protection de l'environnement, les initiatives portées notamment par le secteur financier sont, à l'inverse, à la fois conséquentes et structurées d'un point de vue matériel et conceptuel.

141. À la différence du droit international, le droit européen s'est imposé comme un vecteur important de diffusion des concepts de capital naturel et de services écosystémiques dans les législations des États membres. Les six premiers programmes d'action des Communautés européennes en matière d'environnement sur la période 1992-2012 ont pourtant dans un premier temps exclusivement mobilisé les concepts de « ressources naturelles » et de « patrimoine » (commun, naturel ou encore génétique)⁷⁴².

⁷⁴⁰ <https://naturalcapitalcoalition.org/coalition-organizations/>

⁷⁴¹ <https://naturalcapitalcoalition.org/natural-capital-protocol/>

⁷⁴² Premier programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (PAE 1973-1976) : Déclaration du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 22 novembre 1973, concernant un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement, JOCE n° C 112 du 20 décembre 1973, p. 1 ; Deuxième programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (PAE 1977 à 1981) : Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil du 17 mai 1977, JOCE n° C 139 du 13 juin 1977, p.1 ; Troisième programme d'action des Communautés européennes en matière

Une évolution très significative du droit est intervenue à partir du *Millennium Ecosystem Assessment*. À partir de 2007, le droit de l'Union intègre, sous l'impulsion notamment du Parlement européen, de la Commission européenne et du Conseil européen, un vocabulaire et des orientations en matière de protection de la nature très économique, directement inspirés du cadre théorique du MEA. Dans sa résolution du 25 avril 2007 relative à une Stratégie thématique pour l'utilisation durable des ressources naturelles⁷⁴³, le Parlement européen considère que « le défaut d'attribuer une valeur au capital naturel, notamment en termes de gestion de l'écosystème, fait jusqu'ici gravement obstacle aux efforts globaux visant à définir le cadre d'une utilisation durable des ressources naturelles ». Elle ajoute que « les intérêts du commerce et de l'environnement n'ont pas besoin d'être conflictuels, mais qu'une prospérité économique durable ne sera à l'avenir possible que dans un système de marché valorisant pleinement toutes les formes de capital, y compris le capital naturel, et intégrant pleinement dans le prix des produits le coût des dommages causés à la santé humaine et à l'environnement ». Dans le même sens, le Conseil de l'Union européenne, dans sa note du 16 mars 2010, « convient d'une vision à long terme selon laquelle, à l'horizon 2050, la biodiversité dans l'Union européenne ainsi que les services écosystémiques qu'elle fournit - son capital naturel - seront protégés, évalués et rétablis de manière appropriée compte tenu de la valeur intrinsèque de la biodiversité et de sa contribution essentielle au bien-être de l'homme et à la prospérité économique et de façon à ce que les changements catastrophiques causés par la perte de la biodiversité soient évités »⁷⁴⁴. Dans une communication du 3 mai 2011 intitulée « La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel – stratégie de l'Union européenne à

d'environnement (PAE 1982-1986) : Résolution du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 7 février 1983 concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (PAE 1982-1986), JOCE n° C 46 du 17 février 1983, p. 1 ; Quatrième programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (1987-1992) : Résolution du Conseil des Communautés européennes et des représentants des gouvernements des États membres, réunis au sein du Conseil, du 19 octobre 1987 concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (PAE 1987-1992), JOCE n° C 328 du 7 décembre 1987, p. 1 ; Cinquième programme communautaire d'action pour l'environnement (PAE 1992-2000), « Vers un développement soutenable » : Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres réunis au sein du Conseil, du 1^{er} février 1993, concernant un programme communautaire de politique et d'action en matière d'environnement et de développement durable, JOCE n° C 138 du 17 mai 1993, p. 1 ; Sixième programme d'action communautaire pour l'environnement (PAE 2002-2012) : « Environnement 2010 : notre avenir, notre choix » : Décision n° 1600/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juillet 2002 établissant le sixième programme d'action communautaire pour l'environnement, JOCE n° L 242 du 10 septembre 2002, p. 1.

⁷⁴³ Résolution du Parlement européen du 25 avril 2007 sur une stratégie thématique pour l'utilisation durable des ressources naturelles (2006/2210(INI), JOUE n° C 74E du 20 mars 2008, p. 660.

⁷⁴⁴ Note 7536/10 du 16 mars 2010 du Conseil de l'Union européenne.

l'horizon 2020 », la Commission européenne souligne, que « la biodiversité est également notre capital naturel, source de services écosystémiques qui sous-tendent notre économie. Sa détérioration et sa perte menacent ces services : nous perdons des espèces et des habitats ainsi que la richesse et l'emploi qui nous viennent de la nature ; au bout du compte, c'est notre bien-être qui est menacé »⁷⁴⁵. Outre le succès des concepts de « services écosystémiques » et de « capital naturel », il est également intéressant de relever que le capital va également être associé à l'idée selon laquelle sa préservation constituerait un « investissement ». Dans une communication du 20 juin 2011, la Commission européenne énonce en effet que « la conférence Rio+20 peut marquer le début, au niveau mondial, d'une transition accélérée et approfondie vers une économie verte, c'est-à-dire une économie qui génère de la croissance, crée des emplois et permet d'éradiquer la pauvreté par des investissements dans le capital naturel dont dépend la survie à long terme de notre planète et la préservation de celui-ci »⁷⁴⁶. Parmi les trois dimensions devant être prises en compte pour assurer le passage à une économie verte, la Commission souligne, notamment, la nécessité d'« investir dans la gestion durable des principales ressources et du capital naturel »⁷⁴⁷.

142. Le septième programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 (PAE 2014-2020) : « Bien vivre, dans les limites de notre planète », s'imposera comme un tournant dans l'intégration des concepts de « capital naturel » et de « services écosystémiques » en droit de l'Union européenne⁷⁴⁸. La protection, la conservation et l'amélioration du « capital naturel de l'Union » est ainsi reconnu comme l'« Objectif prioritaire 1 » de ce septième programme d'action pour l'environnement⁷⁴⁹. Le concept de « capital naturel de l'Union » est d'ailleurs explicitement défini, de manière énumérative, comme « sa biodiversité, y compris les écosystèmes fournissant des biens et des services essentiels, des sols fertiles et des forêts multifonctionnelles aux terres productives et aux mers,

⁷⁴⁵ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 3 mai 2011, « La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel - stratégie de l'UE à l'horizon 2020 », préc.

⁷⁴⁶ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 20 juin 2011, « Rio+20 : vers une économie verte et une meilleure gouvernance », COM (2011) 363 final.

⁷⁴⁷ *Ibid.*

⁷⁴⁸ Septième programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 (PAE 2014-2020), « Bien vivre, dans les limites de notre planète » : Décision n° 1386/2013/UE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 2013 relative à un programme d'action général de l'Union pour l'environnement à l'horizon 2020 « Bien vivre, dans les limites de notre planète », préc.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, p. 178.

de la bonne qualité de l'eau douce et de l'air pur à la pollinisation, en passant par la régulation du climat et la protection contre les catastrophes naturelles »⁷⁵⁰. En intégrant aussi largement les concepts de « capital naturel » et de « services écosystémiques », le droit de l'Union adopte une vision très explicitement économique de la protection de l'environnement. Il est également intéressant de souligner, sur ce point, qu'une décision d'exécution (UE) 2018/210 de la Commission du 12 février 2018, concernant l'adoption du programme de travail pluriannuel LIFE pour 2018-2020, a récemment explicitement lié « mécanismes de paiements pour services écosystémiques », « principe du bénéficiaire-payeur » et « capital naturel ». Elle définit en effet ces mécanismes comme des « projets impliquant le paiement d'avantages résultant d'un capital naturel, généralement une transaction bilatérale volontaire effectuée à échelle restreinte entre un acheteur et un vendeur clairement identifiés d'un service écosystémique. Ils sont fondés sur le principe du bénéficiaire-payeur [pendant du protecteur-payé], les paiements étant effectués pour bénéficier de services écosystémiques vitaux »⁷⁵¹.

143. L'intégration presque simultanée des concepts de « capital naturel » et les « services écosystémiques » ne doit ainsi rien au hasard, dans la mesure où ceux-ci sont utilisés de manière presque exclusive dans le cadre des approches économiques de protection de l'environnement. Si le droit de l'Union européenne opère un glissement du concept de « patrimoine » (commun, naturel ou encore génétique) vers celui de « capital naturel », le droit de l'environnement résiste à l'introduction du concept de « capital naturel ».

B.- LA PRÉÉMINENCE DU CONCEPT DE PATRIMOINE NATUREL EN DROIT FRANÇAIS

144. Parfois assimilé au concept de « capital naturel », le concept de « patrimoine naturel » est, de par ses origines, un concept essentiellement juridique dont la terminologie emprunte à la législation relative à la protection du patrimoine culturel (1). Dans la mesure où le droit français privilégie une approche patrimoniale de la protection de l'environnement, l'introduction en droit interne du concept de capital naturel reste par conséquent limitée (2).

⁷⁵⁰ *Ibid.*

⁷⁵¹ Décision d'exécution (UE) 2018/210 de la Commission du 12 février 2018, concernant l'adoption du programme de travail pluriannuel LIFE pour 2018-2020, préc.

1.- L'origine du concept de patrimoine appliqué à l'environnement

145. « Polysémique »⁷⁵², le « patrimoine » est un concept d'origine essentiellement juridique qui a fait l'objet d'un important travail de réflexion théorique dans le courant du XIX^e siècle, sous l'impulsion notamment des juristes Charles Aubry et Charles Rau. Ces auteurs ont défini le patrimoine d'une personne comme « l'universalité juridique de ses biens, c'est-à-dire, des objets extérieurs sur lesquels elle a des droits à exercer en tant qu'on les considère comme des biens »⁷⁵³. Essentiellement civiliste, cette définition du patrimoine présente la particularité de reposer exclusivement sur l'idée de propriété. Or, selon l'article 544 du Code civil, la propriété désigne « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ». Néanmoins, appliqué à l'environnement, le concept de patrimoine va justifier une atténuation des droits de propriété sur les ressources naturelles et la création d'un statut juridique spécifique à ces éléments.

146. L'utilisation du concept de patrimoine, appliqué à l'environnement, prend sa source dans le déploiement, à partir de la fin des années 1960, des notions de « patrimoine naturel » et de « patrimoine commun de la nation ». Inspirée de la législation sur les monuments historiques, la notion de « patrimoine naturel et culturel » apparaît pour la première fois dans le droit français en 1967⁷⁵⁴. Alors que la loi du 31 décembre 1913 sur les monuments historiques ne parlait pas de « patrimoine », Marie Cornu et Jean-Michel Leniaud relèvent que ce terme sera mobilisé « en particulier à partir des années soixante-dix »⁷⁵⁵. À partir de là, nous avons assisté à une véritable « vague patrimoniale » en droit de l'environnement⁷⁵⁶.

Adoptée le 16 novembre 1972, la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel consacre à la fois les notions de « patrimoine mondial » et de « patrimoine naturel ». La définition du « patrimoine naturel » retenue par ce texte sera très inspirée de la législation sur les monuments historiques : « aux fins de la présente Convention sont considérés comme "patrimoine naturel" : – les monuments naturels constitués par des formations

⁷⁵² DEFFAIRI M., *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, IRJS, 2015, p. 5 et s.

⁷⁵³ AUBRY C., RAU C.-F., *Cour de droit civil français*, Tome 4, F. LAGIER, 1844, p. 99.

⁷⁵⁴ Art. 1^{er} du décret n°67-158 du 1^{er} mars 1967, préc.

⁷⁵⁵ CORNU M., LENIAUD J.-M., « L'évolution des critères de patrimonialité : la notion plastique d'intérêt d'histoire ou d'art », in BADY J.-P., CORNU M., FROMAGEAU J., LENIAUD J.-M., NÉGRI V. (coord.), *De 1913 au Code du patrimoine. Une loi en évolution sur les monuments historiques*, La documentation française, Travaux et documents n° 39, 2018, p. 86.

⁷⁵⁶ VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 193 ; V. dans le même sens : PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 227.

physiques et biologiques ou par des groupes de telles formations qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue esthétique ou scientifique, – les formations géologiques et physiographiques et les zones strictement délimitées constituant l'habitat d'espèces animale et végétale menacées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science ou de la conservation, – les sites naturels ou les zones naturelles strictement délimitées, qui ont une valeur universelle exceptionnelle du point de vue de la science, de la conservation ou de la beauté naturelle »⁷⁵⁷. La notion de « patrimoine naturel » sera par la suite consacrée par la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, qui énonce qu'« il est du devoir de chacun de veiller à la sauvegarde du patrimoine naturel dans lequel il vit »⁷⁵⁸. Si le député André Forens avait pu constater, à l'occasion des débats sur le projet de loi pour la protection de la nature, que « la notion de patrimoine naturel est encore mal définie et son nécessaire support juridique reste à définir »⁷⁵⁹, celle-ci a été progressivement structurée par la suite.

147. Créée par une décision du Comité interministériel d'action pour la nature et l'environnement du 14 février 1978⁷⁶⁰, la Commission Interministérielle des Comptes du Patrimoine Naturel a entrepris de réaliser une évaluation monétaire du patrimoine naturel⁷⁶¹. Dans le cadre des travaux réalisés par cette Commission, le patrimoine naturel sera ainsi défini comme « l'ensemble des éléments naturels, et des systèmes qu'ils forment, qui sont susceptibles d'être transmis aux générations futures ou de se transformer. Font partie du patrimoine naturel :

- les espèces animales et végétales, - les populations animales et végétales dont la durée de vie et le rythme de renouvellement impliquent la possibilité d'une accumulation et donc d'une transmission, - les éléments et les produits du milieu naturel qui sont régulièrement et rapidement renouvelés ou recyclés même s'ils ne peuvent être appréhendés qu'en terme de flux,
- les systèmes écologiques où les espèces se reproduisent y compris le support physique de ces systèmes, - les systèmes physiques de circulation de matière et d'énergie, - les éléments permanents de l'écosphère terrestre qui sont rattachables à un territoire et peuvent de ce fait être appropriés »⁷⁶². Par la suite, nous allons assister en droit français à un glissement du concept de « patrimoine naturel » vers celui de « patrimoine commun de la nation ».

⁷⁵⁷ Art. 2 de la Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel du 16 novembre 1972.

⁷⁵⁸ Art. 1 al. 1 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, préc.

⁷⁵⁹ Doc. AN., CR de la 1^{ère} séance du 22 avril 1976, JO AN du 23 avril 1976, p. 2047.

⁷⁶⁰ PRIEUR M., « L'administration de l'environnement », *RJE*, 2/1983, p. 110.

⁷⁶¹ V. sur ce point : WEBER J.-L., « Écologie et statistique : les comptes du patrimoine naturel », *Journal de la société de statistique de Paris*, t. 128, 1987, pp. 137-162.

⁷⁶² WEBER J.-L., « Le patrimoine naturel », in COMMISSION INTERMINISTÉRIELLE DES COMPTES DU PATRIMOINE NATUREL, MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, INSTITUT NATIONAL DE LA

148. Selon certains auteurs, la notion de « patrimoine commun » constituerait une « résurgence » de la catégorie de *res communis*⁷⁶³. Pour Carole Hernandez-Zakine, le « patrimoine commun » n'aurait « pas pour finalité l'appropriation publique des terres mais la reconnaissance de devoirs de préservation en faveur de nouveaux titulaires qui transcendent l'individu dans une approche collective des enjeux »⁷⁶⁴. Si le droit international s'est appuyé sur le concept de « patrimoine commun de l'Humanité »⁷⁶⁵, le droit français privilégiera le concept de « patrimoine commun de la nation ». Celui-ci sera introduit en droit français par la loi « Defferre » du 7 janvier 1983, qui énonce que « le territoire français est le patrimoine commun de la nation »⁷⁶⁶. Ce concept sera par la suite appliqué à l'environnement par la loi « Barnier » du 2 février 1995, qui dispose que « Les espaces, ressources et milieux naturels, les sites et paysages, la qualité de l'air, les espèces animales et végétales, la diversité et les équilibres biologiques auxquels ils participent font partie du patrimoine commun de la nation »⁷⁶⁷. Appliqué à l'environnement, ce concept permet d'« englober indifféremment des *res nullius* (les espèces sauvages) et des *res communes* (les ressources telles que l'air et l'eau) »⁷⁶⁸. Le concept de « patrimoine commun de la nation » peut ainsi être rapproché des réflexions notamment menées par François Ost, qui défend l'idée d'une limitation du droit de propriété via un d'un démembrement de cette dernière entre, d'une part, les biens soumis à un régime de propriété publique ou privée et, d'autre part, un patrimoine commun ou naturel dont l'État – ou la nation – ne seraient pas le « propriétaire » mais le gardien⁷⁶⁹. Si ce concept

STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES, *Les Comptes du patrimoine naturel*, Les collections de l'INSEE, n° 535-536, série D, n° 137-138, déc. 1986, p. 39.

⁷⁶³ DEFFAIRI M., *La patrimonialisation en droit public de l'environnement*, préc., p. 35 ; V. également, dans le même sens : HERNANDEZ-ZAKINE C., « La planification de l'eau : expression nouvelle d'une publicisation de la gestion de l'espace rural », in FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droits de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, p. 178.

⁷⁶⁴ HERNANDEZ-ZAKINE C., « La planification de l'eau : expression nouvelle d'une publicisation de la gestion de l'espace rural », préc., p. 180 ; V. également, dans le même sens : LAMARQUE J., « La loi du 3 janvier 1992 sur l'eau », *CJEG*, 1993, p. 81.

⁷⁶⁵ Certains auteurs considèrent que le concept de « patrimoine commun de l'humanité » trouve sa première expression moderne en 1967 dans le discours à la tribune des Nations Unies du représentant de Malte à l'ONU, M. Arvid Pardo, à propos de l'exploitation des grands fonds marins : Nations Unies, documents officiels, A/C. 1/PV. 1515 ; cité par KISS A., « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, vol. 175, 1982-II, p. 114 ; VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 192 ; HERNANDEZ-ZAKINE C., « La planification de l'eau : expression nouvelle d'une publicisation de la gestion de l'espace rural », préc., p. 178.

⁷⁶⁶ Art. 35 de la loi « Defferre » n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'Etat, JO du 9 janvier 1983, p. 215 ; codifié à l'article L. 110 du Code de l'urbanisme.

⁷⁶⁷ Art. 1 de la loi « Barnier » n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, préc. ; modifiant l'art. L. 200-1 du C. rur.

⁷⁶⁸ VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 193.

⁷⁶⁹ OST. F., *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2012, p. 69 et pp. 323 et s.

« transcende le droit de propriété »⁷⁷⁰, il n'exclut pas pour autant que de tels droits puissent être reconnus sur certains des éléments qui le compose. Bien que les espaces animales et végétales fassent partie, dans leur globalité, du patrimoine commun de la nation, il reste possible de s'approprier une fraction de ces ressources naturelles à des fins privées (eau, air, etc.)

149. Cette dynamique de « patrimonialisation » du droit de l'environnement trouvera son expression la plus aboutie dans la Charte de l'environnement, qui considère « Que l'environnement est le patrimoine commun des êtres humains ». Dans la mesure où le concept de « patrimoine commun » est solidement établi en droit français, le concept de « capital naturel » rencontre par conséquent un succès limité.

2.- La pénétration limitée du concept de capital naturel en droit français

150. En dépit du succès rencontré par le concept de « capital naturel » dans les approches économiques de l'environnement, de même qu'en droit européen, sa place apparaît relativement réduite en droit interne. Ni le Code de l'environnement, ni le Code de l'urbanisme, ne font en effet explicitement référence à ce concept de « capital naturel ». Seul le Code de l'environnement fait une référence appuyée au concept de « capital cynégétique » en matière de chasse⁷⁷¹. Si le concept « capital naturel » est absent, en tant que tel, des textes juridiques, il est néanmoins intéressant d'observer que les stratégies nationales pour la biodiversité 2004-2010 et 2011-2020 s'appuient toutes deux largement sur le concept de « capital écologique ». La SNB 2011-2020 définit d'ailleurs ce concept comme les « ressources telles que minéraux, plantes, animaux, air de la biosphère terrestre, vus comme moyens de production de biens et services écosystémiques : production d'oxygène, épuration naturelle de l'eau, prévention de l'érosion, pollinisation des cultures, et même fourniture de services récréatifs. Le capital écologique est l'un des cinq capitaux mobilisés pour la production de richesse, les quatre autres étant le capital humain, le capital financier, le capital social et le capital physique »⁷⁷². Il est frappant de constater que cette définition, qui associe les termes de « capital » et de « biens et services écosystémiques », s'appuie presque mot pour mot sur les travaux des sciences

⁷⁷⁰ SAVARIT I., « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA*, 1998 p. 305.

⁷⁷¹ Art. D. 422-102, D. 422-115 et D. 422-120 du C. env.

⁷⁷² Stratégie nationale pour la biodiversité 2011-2020, p. 56.

économiques consacrés au concept de « capital naturel »⁷⁷³. Si la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 consacre indiscutablement une approche plus économique de la protection de la biodiversité, le législateur s'orienté-t-il, pour autant, vers un droit du « capital naturel » ?

151. S'appuyant sur une approche explicitement économique, l'exposé des motifs du projet de loi relatif à la biodiversité énonce que « la biodiversité est aussi une force économique pour la France. D'une part, elle assure des services qui contribuent aux activités humaines, dit services écosystémiques. Si l'évaluation complète des services rendus et donc le coût de leur disparition ne sont pas encore connus, plusieurs études ont montré l'importance de la biodiversité en tant que capital économique extrêmement important »⁷⁷⁴.

Contrairement à ce qu'une première approche pourrait laisser penser, la référence faite par le projet de loi au concept de « capital naturel » s'avère trompeuse sur la résonance de ce concept dans le texte proposé. Une analyse lexicométrique révèle que son utilisation reste en effet marginale dans les débats⁷⁷⁵, ainsi que dans les documents préparatoires relatifs à la loi « Biodiversité »⁷⁷⁶, où sont largement privilégiés les concepts de « patrimoine », de « patrimoine naturel » ou encore de « patrimoine commun de la nation ». Il n'est dès lors pas surprenant de constater que, dans sa version finale, la loi du 8 août 2016 ne consacre en aucune manière le concept de « capital naturel ». Si celui-ci n'apparaît pas en tant que tel en droit interne, il se devine, de manière sous-jacente, dans l'approche plus économique consacrée par le législateur. Dans son rapport consacré au projet de loi relatif à la biodiversité, la députée Geneviève Gaillard relevait que « ce projet de loi promeut une biodiversité moins patrimoniale et plus dynamique, perçue dans toutes ses composantes – terrestre, aquatique et marine – et dans ses dimensions tant ordinaire que remarquable »⁷⁷⁷. Si cette approche ne participe pas d'une volonté de réduire le caractère patrimonial de la biodiversité, mais de protéger une biodiversité moins patrimoniale – au sens qu'elle serait « ordinaire » –, nous pouvons néanmoins légitimement nous interroger sur l'éventualité d'un glissement, pour l'avenir, d'une vision patrimoniale de la protection de l'environnement vers un droit du « capital naturel ».

⁷⁷³ V. supra. §. n° 137.

⁷⁷⁴ Projet de loi relatif à la biodiversité, Doc. AN n° 1847, 26 mars 2014.

⁷⁷⁵ Doc. AN, CR. de la réunion du mardi 10 juin 2014, à 17 heures ; Doc. AN, CR de la deuxième séance publique du mardi 24 mars 2015 ; Doc. Sénat, CR de la séance publique du mardi 19 janvier 2016 ; Doc. AN, CR de la première séance publique du mardi 15 mars 2016 ; Doc. Sénat, CR de la séance publique du jeudi 12 mai 2016 ; Doc. AN, CR de la réunion du lundi 13 juin 2016, à 21 heures ; Doc. AN, CR de la deuxième séance publique du mardi 21 juin 2016.

⁷⁷⁶ GAILLARD G., *Rapport sur le projet de loi relatif à la biodiversité (n° 1847)*, préc., p. 15.

⁷⁷⁷ *Ibid.*, p. 19.

152. Selon Agathe Van Lang, l'introduction, par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, des « services écosystémiques » et des « valeurs d'usage » à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement « donne le sentiment que l'environnement est un ensemble de biens, d'actifs. La dimension immatérielle et désintéressée qui caractérise habituellement le patrimoine commun en droit de l'environnement s'en trouve effacée »⁷⁷⁸. Dans le même sens, François-Guy Trébulle n'avait pas manqué de voir, dans l'introduction du dispositif de « réserves d'actifs naturels » au sein du projet de loi sur la biodiversité, une « convergence avec un mouvement d'ensemble d'identification et de valorisation de ce que l'on appelle désormais le "capital naturel" »⁷⁷⁹. Plus encore, selon le politiste Rémy Petitimberty, la généralisation du recours au concept de « services écosystémiques » constituerait un glissement de l'action publique environnementale « d'une protection patrimoniale de la biodiversité (basée sur l'idée générale de l'atténuation des effets du développement sur la biodiversité) » vers « une gestion d'entités socio-économiques, décomposables et décomposées, dont la valeur est reconnue par l'utilité procurée à l'humain »⁷⁸⁰. Dans le même sens, Erwin Dreyer et Guy Landmann énoncent que l'« émergence de la notion de services écosystémiques et de son corollaire de paiement pour services ne va pas sans débats éthiques opposant une vision patrimoniale selon laquelle l'intégrité des écosystèmes est un bien commun qui doit être maintenu pour les générations futures, et une vision utilitariste qui met en avant le maintien de la capacité des écosystèmes à assurer ces services »⁷⁸¹. Si le droit résiste à l'intégration explicite du concept de « capital naturel », la consécration juridique de l'approche selon laquelle la biodiversité et les écosystèmes seraient à l'origine de « biens » et « services » témoigne, de manière sous-jacente, du succès rencontré par ce concept, sans qu'il soit nécessaire de le consacrer explicitement en droit interne. Dans la mesure où le remplacement du concept de « patrimoine naturel » par celui de « capital naturel » ne constituerait pas une évolution neutre, la distinction théorique entre ces deux concepts mérite, par conséquent, d'être soulignée.

⁷⁷⁸ VAN LANG A., « Protection du climat et de la biodiversité au prisme du droit économique : l'apport de la loi Biodiversité », préc., note n° 15.

⁷⁷⁹ TRÉBULLE F.-G., « Chronique : entreprise et développement durable (2e partie) », *EEI*, n° 7, Juill. 2015, p. 40.

⁷⁸⁰ PETITIMBERT R., « Quantifier pour manager. L'émergence des paiements pour services environnementaux au sein des politiques publiques environnementales françaises », préc., §. n° 1.

⁷⁸¹ DREYER R., LANDMANN G., « Les services écosystémiques rendus par les forêts : une préface », *Revue forestière française*, 3/2012, p. 209.

153. Selon Michel Prieur, le concept de patrimoine commun chercherait « à introduire un élément à la fois moral et juridique dans la conservation de l'environnement »⁷⁸². À propos du concept de « capital naturel », Virginie Maris, philosophe, relève que celui-ci n'offre pas « une vision neutre mais imagée la nature ou du fonctionnement des écosystèmes. Il s'agit également de capturer, à travers cette métaphore utilitaire et économique de la nature, l'essence des relations entre les citoyens et la nature (valorisation strictement instrumentale) et de la visée de l'action publique (optimisation ou maximisation économique) »⁷⁸³. « Indissociable de la pensée économique libérale néo-classique et de la pensée utilitariste »⁷⁸⁴, la notion de « capital » apparaît également, sous plusieurs aspects, réductrice par rapport aux notions de « patrimoine naturel » et de « patrimoine commun ». Tout d'abord, le capital tend à désigner, en droit, un « ensemble des biens figurant à l'actif d'un patrimoine, par opposition aux revenus qu'ils produisent »⁷⁸⁵, ou encore un « ensemble des biens frugifères d'une personne, des biens productifs qui lui rapportent des fruits ou lui fournissent des produits »⁷⁸⁶. Ainsi envisagé, la notion de capital apparaît plus restreinte que celle de patrimoine, dans la mesure où le capital ne serait qu'un élément du patrimoine productif. Le champ du concept de « capital » serait d'autant plus limité que le capital naturel ne constitue qu'un stock de ressources naturelles. À la différence du concept de « patrimoine commun de la nation », le concept de « capital naturel » exclut par conséquent de son champ les paysages, qui ne constituent pas des ressources naturelles. Ensuite, le concept de « capital naturel » serait également « anthropocentrique » et « instrumental », dans la mesure où « il se concentre sur les aspects de la nature qui bénéficient à l'homme, et non sur les aspects de valeur intrinsèque de la nature et sur les avantages pour les autres espèces »⁷⁸⁷. Là où les investissements réalisés dans le capital naturel appellent une contrepartie en termes de biens et services, l'approche patrimoniale relèverait, à l'inverse, « d'une véritable éthique du futur [...] qui transcende les objectifs immédiats »⁷⁸⁸. Selon l'économiste Yves Barel, on ne gèrerait pas un patrimoine de la même manière que l'on gère un capital : « on gère un capital pour l'accroître, on gère un patrimoine

⁷⁸² PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 227.

⁷⁸³ MARIS V., « Le capital naturel, une image réduite des valeurs de la nature et des politiques environnementales », préc., p. 37.

⁷⁸⁴ ANDRÉ-LAMAT V., « De l'eau source à l'eau ressource : production d'un capital environnemental ou d'un commun. L'exemple de l'eau domestique au Pharak (Népal) », *Développement durable et territoires*, Vol. 8, n° 3, nov. 2017, §. n° 1, en ligne [<http://journals.openedition.org/developpementdurable/11869>].

⁷⁸⁵ GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 28^e éd., Dalloz, 2020, p. 152.

⁷⁸⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc., p. 147.

⁷⁸⁷ TEN BRINK P., « Qu'est-ce que le capital naturel ? », préc., p. 48.

⁷⁸⁸ SAVARIT I., « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », préc., p. 305.

pour le transmettre »⁷⁸⁹. Contrairement au concept de « capital », « la fonction de transmission se trouve en effet au cœur de la notion de patrimoine »⁷⁹⁰. Dans la mesure où les partisans de la durabilité faible défendent l'idée d'une substituabilité entre différentes formes de capitaux (capital naturel, capital économique, capital humain et capital social), Michel Prieur relève, à l'inverse, que le patrimoine ferait appel « à l'idée d'un héritage légué par les générations qui nous ont précédés et que nous devons transmettre intact aux générations qui nous suivent »⁷⁹¹.

154. Plutôt que de raisonner juridiquement en termes de « capital naturel », nous sommes davantage séduits par le concept de « patrimoine naturel ». Si le concept de « patrimoine commun de la nation » possède, de par ses origines, un certain lien avec la sphère du droit des biens, celui-ci présente toutefois l'avantage : d'une part, de ne pas se fonder exclusivement sur la propriété ou l'utilité des choses qui la compose ; d'autre part, de transcender les catégories existantes auxquelles il se superpose ; enfin, il constitue un outil opérationnel, puisqu'en reconnaissant à la protection de éléments naturels un caractère d'intérêt général, il fonde un régime de police permettant d'instaurer notamment des restrictions d'usage, à l'instar de la police administrative de l'eau, ou encore d'imposer des mesures de réparation (mécanismes de compensations écologiques, obligations de remise en état, etc.). En dépit de la préférence que nous avons exprimée, il est toutefois intéressant de relever qu'au moment de son introduction, dans les années 1970, le concept de patrimoine appliqué à l'environnement n'avait pas manqué « de susciter les craintes des défenseurs de la nature quant à un glissement des attitudes et des pratiques vis-à-vis de cette dernière vers un réductionnisme économique »⁷⁹².

⁷⁸⁹ BAREL Y., *La Société du vide*, Paris, Seuil, 1984, p. 115.

⁷⁹⁰ VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 196 ; V. également en ce sens : KISS A., « La notion de patrimoine commun de l'humanité », préc., p. 178.

⁷⁹¹ PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 227 ; V. également, dans le même ce sens : LAMARQUE J., « La loi du 3 janvier 1992 sur l'eau », préc., p. 81 ; V. également en ce sens : HUMBERT G., LEVEUVRE J.-C., « À chacun son patrimoine ou patrimoine commun ? » in JOLLIVET M. (dir), *Sciences de la nature, sciences de la société : Les passeurs de frontières*, CNRS Éditions, 1992, note n° 12, en ligne [<http://books.openedition.org/editionscnrs/4193>].

⁷⁹² VIVIEN F.-D., « Pour une économie patrimoniale des ressources naturelles et de l'environnement », préc., p. 17. ; V. également, sur ce point : SAVARIT I., « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », préc., p. 305.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

155. Bien que « l’usage d’un lexique économique pour décrire la nature et les dynamiques qui l’animent est loin d’être nouveau »⁷⁹³, les réflexions sur les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique sont aujourd’hui très largement influencées par les approches économiques de la protection de la biodiversité et des écosystèmes. Cette situation n’est pas sans incidence sur le droit de l’environnement, qui se fait dans une assez large mesure le relai de principes et concepts d’origine économique plus ou moins novateurs. L’appropriation par le droit de ce nouveau cadre conceptuel n’est toutefois pas absolue, mais oscille tantôt entre résistance et infléchissement.

156. Si les principes « protecteur-payé » et « bénéficiaire-payeur » ne sont pas explicitement consacrés juridiquement, il est en revanche à présent largement établi, en droit interne comme européen, que la réalisation de services environnementaux justifie, en retour, l’octroi de contreparties afin, notamment, d’assurer la perpétuation de la capacité des écosystèmes à fournir des « services écosystémiques ». Dans la mesure où la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 impose également que les atteintes à ces services occasionnées par un projet, activité, plan ou programme soient compensées, les services écosystémiques apparaissent ainsi comme un objet commun aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Si l’intégration de ces approches par le droit traduit à l’évidence une évolution sensible du cadre conceptuel du droit de la protection de la biodiversité dans un sens plus économique, une analyse attentive révèle que l’économicisation annoncée n’est cependant pas totale. Encore profondément marqué par une conception patrimoniale, le droit de l’environnement se refuse à devenir un droit du capital naturel, au sein duquel les considérations économiques seraient prépondérantes dans le choix des valeurs à protéger.

⁷⁹³ LEVREL H., MISSEMER A., *L’économicisation de la nature, réalités historiques et mythes contemporains*, préc., p. 4 ; V. également, en ce sens : LEVREL H., MISSEMER A., « La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains », *Revue Economique*, n° 70, 2019, p. 103.

CONCLUSION DU TITRE 1

157. L'étude juridique des mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique illustre parfaitement le constat selon lequel les sciences économiques contribueraient à généraliser « une vision dominante, voire hégémonique, de la manière de conserver la diversité biologique à l'échelle de la planète », selon laquelle « la seule voie possible de conservation de la nature est sa mise en valeur économique »⁷⁹⁴. Loin d'être des instruments novateurs, les dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique font l'objet d'une réappropriation, par les sciences économiques, d'instruments juridiques préexistants⁷⁹⁵. Rattachés à de nouveaux principes et concepts, et dotés de modalités de mise en œuvre plus économiques, ces deux instruments sont ainsi utilisés comme un moyen de légitimer et d'opérationnaliser une vision très économique des relations Homme-nature qui, sous bien des aspects, apparaît réductrice. En s'intéressant à la préservation des services rendus par les écosystèmes, ces deux dispositifs peuvent toutefois offrir de nouvelles perspectives pour protéger la biodiversité, notamment « ordinaire ».

158. Si nous pouvons partager le constat dressé par Agathe Van Lang selon lequel « la loi Biodiversité dans son ensemble traduit l'emprise des logiques économiques sur le droit »⁷⁹⁶, l'infléchissement du droit de la protection de la biodiversité en faveur des approches économiques de l'environnement n'est cependant pas total. Dans la mesure où une évolution du droit était rendue nécessaire par l'appauvrissement continu de la biodiversité et de la prise de conscience de la dépendance de l'Homme vis-à-vis des écosystèmes, un retour en arrière du droit de la protection de la biodiversité semble difficilement envisageable. D'un point de vue juridique, l'introduction récente des mécanismes de paiements pour services environnementaux et la mutation des dispositifs de compensation écologique soulèvent de nombreux enjeux en termes de qualification juridique, auxquels il convient à présent de nous intéresser.

⁷⁹⁴ THOMAS F., « Introduction. Le pouvoir de la biodiversité », préc., p. 14.

⁷⁹⁵ V. notamment en ce sens : MICHELOT A., « Les paiements pour services environnementaux à l'épreuve du droit et de l'équité : réflexion critique », préc., p. 108.

⁷⁹⁶ VAN LANG A., « Protection du climat et de la biodiversité au prisme du droit économique : l'apport de la loi Biodiversité », préc., note n° 8.

TITRE 2.- LA PLURALITÉ DES ENJEUX DE QUALIFICATION JURIDIQUE SOULEVÉS PAR LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

159. Selon Cyril De Klemm, « la qualification est – schématiquement – le processus qui conduit le juriste à faire entrer les faits jugés pertinents dans les catégories du Droit »⁷⁹⁷. Cet exercice juridique constitue une étape indispensable dans la mesure où, comme le souligne Gilles Martin, « la qualification entraîne [...] la mise en œuvre d'une réglementation, ou plus précisément d'un régime juridique »⁷⁹⁸. L'auteur ajoute néanmoins que, bien que cela ne soit pas la tradition dans les droits romano-germaniques, « il peut arriver que la réglementation – le régime juridique – soit première dans le temps et que les juristes en déduisent la qualification »⁷⁹⁹. Il constate ainsi, à propos de la compensation écologique, que « notre droit a fait naître un nouveau "quelque chose" (la compensation), sans prendre le soin ni de définir ce qu'il en est exactement au sein des catégories juridiques (en bref de le qualifier), ni d'en réglementer l'usage (autrement qu'en définissant le cas dans lequel il doit y être recouru), ni de réguler le fonctionnement des relations qui pourront naître à son propos »⁸⁰⁰. Les travaux menés par Marthe Lucas sur la compensation écologique ont conduit l'auteure à qualifier ce dispositif de « mode de réparation par équivalent en nature des dommages causés aux milieux naturels »⁸⁰¹. Les récentes évolutions du cadre juridique et conceptuel du droit de la protection de la biodiversité suscitent toutefois de nouveaux enjeux de qualification juridique. La loi « Biodiversité » du 8 août 2016 introduit en droit des objets nouveaux (services environnementaux, contrat de compensation, unité de compensation, opérateur de compensation, etc.), sans pour autant pleinement qualifier ces derniers d'un point de vue juridique. Après avoir préalablement qualifié juridiquement les mécanismes de paiements pour services environnementaux (**Chapitre 1**), nous nous intéresserons ensuite au contrat comme support privilégié de mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique (**Chapitre 2**).

⁷⁹⁷ DE KLEMM C., « Les éléments de l'environnement en droit positif », in KISS A. (dir.), *L'écologie et la loi : le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, 1989, p. 51 ; Cette définition est d'ailleurs reprise par Meryem Deffairi, dans sa thèse *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, préc., p. 2.

⁷⁹⁸ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 16.

⁷⁹⁹ *Ibid.*

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 18.

⁸⁰¹ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 343 ; V. également dans le même sens : MARTIN G. J., *Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises*, préc., p. 20.

CHAPITRE 1.- LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

160. À propos du développement des paiements pour services environnementaux, Carole Hernandez-Zakine constate que « les sciences économiques restent centrales dans les réflexions actuelles sur les services environnementaux et leur rémunération, marquant ainsi de façon indélébile toute réflexion en la matière »⁸⁰². Compte tenu de « la versatilité de chacun des termes composant la notion de paiement pour services environnementaux (paiement, service, services environnementaux) »⁸⁰³, définir cet instrument d'un point de vue juridique se révèle un exercice ambitieux. Comme le souligne Alexandra Langlais, « une définition juridique [des paiements pour services environnementaux] peut difficilement se confondre avec une des définitions existantes »⁸⁰⁴. Sans pour autant correspondre parfaitement aux définitions économiques des paiements pour services environnementaux, de nombreux instruments juridiques en lien avec la protection de la biodiversité et du climat sont tantôt qualifiés comme tels, tantôt exclus de cette catégorie. Parmi ces instruments, les Mesures Agro-environnementales (MAE) et les Mesures Agro-environnementales et Climatiques (MAEC) mises en œuvre dans le cadre du second pilier de la politique agricole commune font l'objet de nombreux débats doctrinaux. Au regard de ces interrogations, le droit peut assurément apporter un éclairage intéressant dans le cadre des réflexions sur les dispositifs de paiements pour services environnementaux. Dans la mesure où le service environnemental constitue un objet d'origine essentiellement économique dont les contours juridiques demeurent encore incertains, il conviendra de proposer une qualification adaptée de ce concept en droit (**Section 1**). Nous envisagerons ensuite de qualifier le concept de « paiement » qui, mobilisé dans le cadre des paiements pour services environnementaux, peut être envisagé comme une contrepartie à la réalisation d'une prestation de service environnemental (**Section 2**).

⁸⁰² HERNANDEZ-ZAKINE C., *Contractualiser pour produire de l'environnement et augmenter ses revenus*, Saf agr'iDées, déc. 2014, p. 4.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 28.

⁸⁰⁴ LANGLAIS A., « À la recherche d'une définition juridique des paiements pour services environnementaux ? », *préc.*, p. 43.

SECTION 1.- LE SERVICE ENVIRONNEMENTAL, UN OBJET ÉCONOMIQUE AUX CONTOURS JURIDIQUES INCERTAINS

161. Explicite dans la dénomination même des paiements pour *services environnementaux* – ou paiement pour *service environnemental* –, la notion de service environnemental constitue un élément central de ces dispositifs. Souvent confondu avec la notion de service écosystémique⁸⁰⁵, le service environnemental peut-il exister indépendamment d'un PSE ? Serait-il, en effet, envisageable de considérer que toute action – ou service – à finalité environnementale faisant intervenir un « paiement » puisse être qualifié de « paiement pour service environnemental » ? Enfin, le service environnemental constitue-t-il un objet commun aux dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensations écologiques ? On peut ainsi se demander si la mise en œuvre de mesures compensatoires constituerait, à proprement parler, un « service environnemental ». Si la définition des concepts de « services » écologiques ou écosystémique tend à se clarifier, le concept de « service environnemental » est toutefois encore appréhendé de manière hétérogène (§1). Il conviendra, dès lors, de proposer une qualification de celui-ci en droit (§2).

§1.- L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU CONCEPT DE SERVICE ENVIRONNEMENTAL

162. Pour Alexandra Langlais, les services environnementaux (et écosystémiques) illustrent parfaitement la « pénétration de plus en plus marquée de la notion de service au sein du droit »⁸⁰⁶. L'appréhension juridique du concept de « service environnemental » n'est toutefois pas chose aisée. Nous constatons, en effet, qu'une grande diversité de définitions de ce concept coexistent dans les sciences économiques⁸⁰⁷. D'autre part, ce dernier ne fait pas l'objet d'une définition juridique clairement établie. Il conviendra, dès lors, de déterminer tout d'abord les contours du concept de service environnemental en économie (A). Nous verrons ensuite dans quelle mesure il est possible d'identifier des manifestations de celui-ci en droit (B).

⁸⁰⁵ Pour une définition du concept de services écosystémiques, V. supra. §. n° 13 et s.

⁸⁰⁶ LANGLAIS A., « L'appréhension juridique de la qualité des sols agricoles par le prisme des services écosystémiques », *RDR*, n° 435, 2015, Étude 20.

⁸⁰⁷ V. notamment sur ce point : AZNAR O., PERRIER-CORNET Ph., « Les services environnementaux dans les espaces ruraux. Une approche par l'économie des services », *Économie rurale*, n° 273-274, 2003, p. 153 et s. ; BONNIN, M. « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », préc., §. n° 1 et s. ; FROGER G. et al., « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », préc.

A.- LA CARACTÉRISATION ÉCONOMIQUE DU SERVICE ENVIRONNEMENTAL

163. Le terme « service environnemental » est utilisé par les sciences économiques dans des sens très distincts. Les économistes Olivier Aznar et Philippe Perrier-Cornet identifient sur ce point essentiellement trois conceptions du service environnemental dans la littérature économique⁸⁰⁸. Selon la première approche, portée par l'économie de l'environnement (*environmental economics*), le service environnemental serait assimilé à une « externalité positive de production »⁸⁰⁹. Selon cette approche, les activités agricoles et sylvicoles seraient à l'origine de la production d'externalités positives dont bénéficie l'ensemble de la société. Non intentionnelles, ces externalités seraient le résultat de pratique inhérente à ces activités. Faute de marché de ces services environnementaux, il serait dès lors difficile de faire contribuer leurs bénéficiaires aux coûts liés à leur perpétuation ou à leur restauration. *In fine*, c'est donc à la puissance publique qu'il revient de financer la fourniture de ces services pour garantir qu'ils soient fournis au niveau attendu par la société. En réponse, ce courant développe des méthodes pour évaluer économiquement et internaliser les externalités positives produites notamment par les activités agricole et sylvicole. L'objectif poursuivi est ainsi d'inciter les producteurs de ces services à maintenir les fournir en contrepartie d'une rémunération. Dans la mesure où les coûts de production de ces services sont nuls, puisque leur production est non intentionnelle, les producteurs de ces services doivent par conséquent être rémunérés « à hauteur de l'avantage marginal social procuré par le bien ou service environnemental »⁸¹⁰.

164. Selon une seconde approche, défendue par l'écologie économique (*ecological economics*), les services environnementaux constituent « des services rendus par la nature à l'homme, non produits par celui-ci »⁸¹¹. Très largement utilisée dans la littérature consacrée aux paiements pour services environnementaux, la définition de l'économiste Sven Wunder appréhende les services environnementaux (*environmental services – ES*) comme les services « fournis gratuitement par Mère Nature »⁸¹². L'auteur considère ainsi que la différence entre services environnementaux (*environmental services*) et services écosystémiques (*ecosystem*

⁸⁰⁸ AZNAR O., PERRIER-CORNET Ph., « Les services environnementaux dans les espaces ruraux. Une approche par l'économie des services », préc., p. 153 et s.

⁸⁰⁹ *Ibid.*, p. 155.

⁸¹⁰ *Ibid.*, p. 156.

⁸¹¹ *Ibid.*, p. 153.

⁸¹² WUNDER S., « Payments for environmental services: Some Nuts and Bolts », préc., p. 1, *traduit par nous*.

services) est « minimale »⁸¹³. Nous pensons, bien au contraire, que ces deux concepts correspondent à des approches distinctes et ne doivent pas être confondus⁸¹⁴. Les services rendus par les écosystèmes constituent, en réalité, des « services-fonctions », là où les services rendus par les êtres humains à la nature constitueraient des « services-prestation »⁸¹⁵. Au regard de cette distinction, les services environnementaux (*environmental services*) envisagés par Sven Wunder s'assimilent donc à des services rendus par les écosystèmes – ou services écosystémiques, et non à des services environnementaux. Dès lors, le fait pour de nombreux auteurs d'utiliser cette définition – ou d'en reprendre la traduction – en assimilant les *environmental services* à des services environnementaux résulte d'une erreur de traduction.

165. Enfin, selon l'économie des services, le service environnemental peut se définir comme « une intervention sur un bien de nature (non marchand), en vue de permettre l'usage environnemental de ce dernier »⁸¹⁶. Pour l'essentiel, l'économie des services se différencie de l'économie de l'environnement en ce qu'elle distingue les services des externalités positives⁸¹⁷. Les externalités positives étant non intentionnelles, l'économie des services exclut de son raisonnement les agents économiques qui ne cherchent pas intentionnellement à produire un service environnemental spécifique, comme par exemple l'agriculture biologique. Elle se distingue également de l'écologie économique, dans la mesure où le service environnemental s'assimile à un « service-prestation », et non à un « service-fonction ». Selon cette approche, cinq critères sont exigés pour obtenir un « service environnemental complet » : la fourniture du service doit être intentionnelle ; elle doit répondre à une demande collective relative à un support non marchand ; le prestataire est rémunéré pour une intervention sur un bien-support de nature ; le coût de production du service est non nul ; la détermination des attendus du service environnemental résulte d'une coproduction entre le prestataire et le commanditaire du service⁸¹⁸. Assez extensive, cette conception du service environnemental présente l'avantage d'inclure les mesures agro-environnementales de la PAC dans la catégorie des services

⁸¹³ *Ibid.*, p. 4.

⁸¹⁴ V. supra. §. n° 21 et s.

⁸¹⁵ AZNAR O., GUÉRIN M., PERRIER-CORNET Ph., « Agriculture de services, services environnementaux et politiques publiques : éléments d'analyse économique », *Revue d'Économie Régionale & Urbaine*, 2007/4, p. 576.

⁸¹⁶ AZNAR O., PERRIER-CORNET Ph., « Les services environnementaux dans les espaces ruraux. Une approche par l'économie des services », préc., p. 159.

⁸¹⁷ AZNAR O., GUÉRIN M., PERRIER-CORNET Ph., « Agriculture de services, services environnementaux et politiques publiques : éléments d'analyse économique », préc., p. 576.

⁸¹⁸ AZNAR O., PERRIER-CORNET Ph., « Les services environnementaux dans les espaces ruraux. Une approche par l'économie des services », préc., p. 159.

environnementaux. Selon l'auteur, la prime à l'herbe, instaurée en 1993, constituait « un quasi-service environnemental » jusqu'en 1998, dans la mesure où cette prime n'imposait aux agriculteurs concernés « que peu de contraintes par rapport aux pratiques agronomiques classiques (le coût de production du service restait nul) »⁸¹⁹. En obligeant les agriculteurs à « consacrer un temps spécifique au service environnemental, avec un coût de production non nul », la réforme de la prime à l'herbe intervenue en 1998 aurait eu, par conséquent, pour effet de faire évoluer ce dispositif vers « un service environnemental complet »⁸²⁰. Si les critères défendus par l'économie des services constituent, selon nous, l'approche la plus convaincante pour appréhender les services environnementaux, il convient toutefois d'essayer également de rechercher des éléments de caractérisation du service environnemental en droit.

B.- LA RECHERCHE D'ÉLÉMENTS DE CARACTÉRISATION DU SERVICE ENVIRONNEMENTAL EN DROIT

166. Si le droit européen offre quelques rares éléments pour qualifier juridiquement le concept de service environnemental (1), les perspectives notamment offertes en droit interne par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 apparaissent tout aussi limitées (2).

1.- Les perspectives de qualification limitées offertes par le droit européen

167. Comme nous l'avons démontré, le droit relatif aux activités agricoles et forestières constitue un terrain privilégié de la notion de services environnementaux⁸²¹. Si le droit européen a pu, un temps, entretenir la confusion entre services environnementaux et services écosystémiques, cette distinction a depuis été clarifiée⁸²². En dépit du succès rencontré par le concept de « services » ou de « services environnementaux » en droit européen, aucun texte ou document ne définit ces concepts. De surcroît, le droit européen entretient également une

⁸¹⁹ *Ibid.*, p. 166.

⁸²⁰ *Ibid.*

⁸²¹ V. supra. §. n° 54 et s.

⁸²² À titre d'exemple, la décision n° 2006/702/CE du Conseil européen du 6 octobre 2006 relative aux orientations stratégiques communautaires en matière de cohésion énonce qu'« il convient de garantir l'existence de services environnementaux tels que l'approvisionnement en eau propre, des infrastructures de traitement des eaux usées et des déchets, la gestion des ressources naturelles, la décontamination des terres en vue de les préparer pour de nouvelles activités économiques et la protection contre certains risques environnementaux (par exemple désertification, sécheresses, feux de forêt et inondations), qui devraient tous avoir un caractère prioritaire dans ce contexte » : Décision n° 2006/702/CE du Conseil du 6 octobre 2006 relative aux orientations stratégiques communautaires en matière de cohésion, JOUE n° L 291, 21 octobre 2006, p. 11.

certaine confusion dans la mesure où, s'il se réfère de plus en plus fréquemment à l'idée de « paiement » ou de « rémunération », les mesures agro-environnementales et climatiques de la politique agricole commune ne visent qu'à compenser les coûts d'opportunités, c'est-à-dire accorder seulement une contrepartie aux surcoûts générés par les pratiques contractualisées. La récente proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil du 1^{er} juin 2018 encourage pourtant explicitement l'octroi par les États membres de « paiements aux agriculteurs et aux autres gestionnaires de terres qui prennent, sur une base volontaire, des engagements en matière de gestion contribuant à l'atténuation des changements climatiques et l'adaptation à ceux-ci ainsi qu'à la protection et à l'amélioration de l'environnement »⁸²³. La Commission ajoute toutefois, dans le même temps, que « ce type de paiements ne devrait couvrir que les coûts supplémentaires et les pertes de revenus découlant des engagements qui vont au-delà de la base formée par les normes et exigences impératives établies dans le droit national ou de l'Union et par la conditionnalité, telle que définie dans le plan stratégique relevant de la PAC »⁸²⁴. Si les réflexions sur les paiements pour services environnementaux peinent encore à se concrétiser en droit européen, le projet de PAC 2021-2027 laisse présager une évolution plus explicite en faveur de la rémunération des services environnementaux⁸²⁵.

2.- Les éléments en faveur de la caractérisation du concept de service environnemental en droit interne

168. Si l'on peut identifier une confusion plus ou moins volontaire dans de nombreux travaux entre services écosystémiques et services environnementaux⁸²⁶, il est de plus en plus clairement

⁸²³ Commission européenne, Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des règles régissant l'aide aux plans stratégiques devant être établis par les États membres dans le cadre de la politique agricole commune (les « plans stratégiques relevant de la PAC ») et financés par le Fonds européen agricole de garantie (FEAGA) et par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), et abrogeant le règlement (UE) n° 1305/2013 du Parlement européen et du Conseil et le règlement (UE) n° 1307/2013 du Parlement européen et du Conseil, COM(2018) 392 final, p. 28.

⁸²⁴ *Ibid.*

⁸²⁵ Entretien réalisé le 20 août 2020 auprès de Mme Nathalie Marty, Chargé d'étude Service Agriculture, Milieux aquatique et Inondations auprès de Agence de l'eau Adour-Garonne.

⁸²⁶ Pour des exemples de confusion de la part de la doctrine juridique entre services environnementaux et services écosystémiques (ou services écologiques) : RADIGUET R., *Le service public environnemental*, Université Toulouse 1 Capitole, 2016, dactyl., p. 238 et s. ; VANUXEM S., « Les contrats de services écologiques ou la "reféodalisation du lien contractuel" ? L'exemple du projet-pilote REDD+ et des "compensations pour mises en défens" dans la forêt marocaine de Mâamora, in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, pp. 235-250 ; CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « Les paiements pour services environnementaux : une participation au processus de marchandisation des services écosystémiques ? Quelle réalité pour un marché des paiements pour services

admis dans la littérature scientifique et technique consacrée aux paiements pour services environnementaux que le « service environnemental » ne désigne pas un service « rendu par » la nature, mais un service « rendu à » la nature par l'Homme⁸²⁷. Selon Alexandra Langlais, « la notion même de services relatifs à l'environnement figure d'ores et déjà dans la sphère juridique sous des intitulés différents (services, services écologiques, services par les écosystèmes, services environnementaux [...]) mais à des degrés normatifs différents »⁸²⁸.

De prime abord étrangère à notre objet, la loi du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale définit les services écologiques comme « les fonctions assurées par les sols, les eaux et [les espèces et habitats protégés] au bénéfice d'une de ces ressources naturelles ou au bénéfice du public ». Bien que la définition retenue par le législateur français s'inspire de celle retenue par la directive sur la responsabilité environnementale du 21 avril 2004, elle se montre néanmoins intéressante en ce qu'elle exclut explicitement du champ des services écologiques les « services rendus au public par des aménagements réalisés par l'exploitant ou le propriétaire »⁸²⁹. Peu explicite, le terme « aménagement » apparaît en effet assez éloigné de l'idée selon laquelle l'Homme rendrait un service à l'environnement. Bien qu'ils soient d'origine anthropique, les « services rendus au public » visé par la loi du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale s'assimilent difficilement à des services environnementaux qui seraient rendus par l'Homme à l'environnement.

169. Consacrant largement les notions de « services écosystémiques », de « fonctions écologiques » des écosystèmes et de « valeurs d'usage », la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages introduit également en sa substance le terme de « services environnementaux ». Elle énonce que « les surfaces [...] et les activités agricoles, aquacoles et forestières peuvent être vecteurs d'interactions écosystémiques

environnementaux ? », préc., pp. 113-126 ; BODIGUEL L., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière du bail rural environnemental », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 302.

⁸²⁷ V. notamment en ce sens : BONNIN M., « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », préc., §. n° 19 ; LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », préc., p. 186 ; AZNAR O., GUÉRIN M., PERRIER-CORNET Ph., « Agriculture de services, services environnementaux et politiques publiques : éléments d'analyse économique », préc., p. 576.

⁸²⁸ LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », préc., pp. 185-186.

⁸²⁹ Art. 1 de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement, préc.

garantissant [...] des services environnementaux qui utilisent les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité »⁸³⁰.

À travers cette formulation, le législateur contribue ainsi à apporter les premiers éléments au service d'une caractérisation de la notion de service environnemental en droit. Introduit en première lecture devant l'Assemblée nationale, le principe de complémentarité reconnaissait, dans sa rédaction initiale, la capacité des activités agricoles et forestières d'être un « vecteur d'interactions écosystémiques permettant la préservation des continuités et des fonctionnalités écologiques ». Le Sénat remplacera la notion de fonctionnalités écologique par celle de services environnementaux en première lecture, afin d'exprimer plus clairement que « l'agriculture productive peut être également source de services pour la biodiversité et l'environnement via l'entretien d'espaces riches en biodiversité »⁸³¹. La rapporteure Geneviève Gaillard a sur ce point souligné le manque de clarté de la rédaction adoptée par le Sénat⁸³². Le choix d'asseoir le service environnemental *sur l'utilisation* des fonctions écologiques, et non pas comme un *moyen d'agir* sur ces mêmes fonctions n'apparaît en effet pas pleinement satisfaisant d'un point de vue terminologique et conceptuel. De surcroît, le législateur ne répond pas à la question de savoir si les services environnementaux sont inhérents aux activités agricoles, aquacoles et forestières, et constituent des externalités positives, ou si ces services constituent des prestations qui seraient rémunérées par un bénéficiaire. Enfin, la rédaction adoptée n'envisage pas l'hypothèse selon laquelle le service environnemental résulterait d'une abstention ou du non-usage d'un bien – *nonuse* –⁸³³, alors qu'il s'agit pourtant d'un enjeu central – et une des originalités – des paiements pour services environnementaux. Du fait des lacunes de la loi, il convient dès lors de proposer une qualification juridique de ce concept.

§2.- LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

170. La notion de service environnemental n'a fait l'objet, jusqu'à présent, d'aucun travail de définition ou de qualification juridique⁸³⁴. Le « service » rendu par l'Homme à la nature, qui semble conditionner l'existence paiement pour service environnemental, constitue-t-il, d'un

⁸³⁰ Art. 2 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc.

⁸³¹ Doc. Sénat, CR de la séance du mardi 7 juillet 2015, amendements n° COM-46, COM-71, COM-115 et COM-475.

⁸³² Doc. AN, CR de la séance du mardi 1^{er} mars 2016, 21 heures.

⁸³³ LAITOS G. J., *The right of Nonuse*, préc.

⁸³⁴ V. notamment sur ce point : LANGLAIS A., « À la recherche d'une définition juridique des paiements pour services environnementaux ? », préc., pp. 31-57.

point de vue juridique un « service » ? Dans l'affirmative, ce dernier entre-t-il dans une catégorie juridique préexistante, ou constitue-t-il une catégorie *sui generis* de services ? L'intérêt de cette distinction n'est pas seulement doctrinal, mais également pratique, dans la mesure où, de la qualification, découle nécessairement l'application d'un régime juridique. Nous verrons ainsi, tout d'abord, que le service environnemental constitue une catégorie particulière de prestation de service (A). Dans la mesure où le service environnemental s'envisage comme un « service » tourné vers la protection de l'environnement, nous déterminerons, ensuite, si cette activité constitue un service public (B).

A.- LE SERVICE ENVIRONNEMENTAL, UNE CATÉGORIE PARTICULIÈRE DE PRESTATION DE SERVICE

171. Après avoir explicité la définition du terme « service » en droit interne (1), nous nous emploierons, en l'absence de définition juridique du concept de « service environnemental », à caractériser ce concept en droit sur la base de critères pertinents (2).

1.- La définition des « services » en droit interne et européen

172. Incontournable dans les sciences économiques⁸³⁵, la distinction entre biens et services est moins explicitement formalisée en droit français. Si le Code civil est relativement disert sur la notion de bien, l'article 1779 distingue néanmoins « trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie », parmi lesquelles « le louage de service ». L'article 1780 du même code apporte cependant peu d'éléments de définition, ce qui tend à accréditer le constat selon lequel les services ne constituent pas une catégorie du droit civil. Ce constat nous invite dès lors à identifier une définition du service en dehors du Code civil.

Selon le Vocabulaire Cornu, le service peut se définir comme « l'action non désintéressée de fournir à autrui, sans lien de subordination, certaines prestations »⁸³⁶. Tourné vers autrui, le service s'inscrit donc dans le cadre d'une relation au moins bilatérale dont l'objet est une prestation de service. Par opposition au service, le bien désignerait une « chose matérielle susceptible d'appropriation »⁸³⁷. Plus explicite que le droit français, le droit de

⁸³⁵ « Un bien est tout ce qui produit des utilités. Le plus souvent, les services sont définis comme tant une catégorie de biens particulière, à savoir des biens immatériels » : SILEM A., *Lexique d'économie*, préc., p. 93.

⁸³⁶ *Ibid.*, p. 949.

⁸³⁷ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc., p. 125.

l'Union européenne retient une définition souple de la notion de services. Ainsi, la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur définit le « service » comme « toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité [instituant la Communauté européenne – TCE] »⁸³⁸. L'article 57 du TFUE (ex-article 50 TCE) définit les services comme « les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes ». Eu égard à la finalité environnementale des « services environnementaux », il convient à présent d'envisager si ces derniers constituent de véritables « services » et peuvent trouver leur place dans les catégories du droit.

2.- La définition juridique du concept de « services environnementaux »

173. En l'absence de définition législative, un avis du Comité pour l'économie verte du 29 octobre 2015 portant sur le développement des paiements pour services environnementaux se révèle particulièrement intéressant. Cet avis relève, d'une part, que l'« on parle de paiements pour services environnementaux (PSE) lorsqu'il est envisagé contractuellement de rémunérer des services environnementaux, dans la mesure où les actions associées contribuent de manière effective et additionnelle à la restauration et au bon fonctionnement des écosystèmes. En particulier, ceux-ci n'ont pas vocation à rémunérer un acteur pour une action visant au respect de ses obligations réglementaires (sic) »⁸³⁹. D'autre part, formalisant clairement la distinction entre « services écosystémiques » et « services environnementaux », cet avis définit explicitement ces derniers comme « des services que des acteurs se rendent entre eux ou rendent à la société dans son ensemble (il est question le plus souvent d'échanges de services entre fournisseurs et bénéficiaires), et qui visent à réduire la pression exercée sur les écosystèmes ou qui améliorent leur fonctionnement »⁸⁴⁰. Il ajoute, enfin, que la rémunération des services environnementaux correspond « à la rémunération d'une prestation de service »⁸⁴¹.

⁸³⁸ Art. 4 de la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JOUE n° L 376 du 27 décembre 2006, p. 36.

⁸³⁹ COMITÉ POUR L'ÉCONOMIE VERTE, Avis portant sur le développement des paiements pour services environnementaux (PSE), préc., p. 1.

⁸⁴⁰ *Ibid.*, p. 2.

⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 3.

174. À la lecture de ces éléments de définition, plusieurs remarques s'imposent. Tout d'abord, ainsi envisagé, le service environnemental ne désignerait pas une externalité positive qui serait produite non intentionnellement, mais une prestation de service réalisée intentionnellement à la demande d'un « bénéficiaire » de ce service⁸⁴². Ce faisant, et comme le souligne Alexandra Langlais, les services environnementaux « rendus en contrepartie d'une rémunération, peuvent constituer une activité économique à part entière et sont susceptibles à ce titre d'être compris dans le champ d'application de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur »⁸⁴³. Comme le soulignent Isabelle Doussan et Gilles Martin, l'objet des paiements pour services environnementaux consiste « dans la quasi-totalité des hypothèses [...] en une ou des obligations de faire ou de ne pas faire, c'est-à-dire en une ou des prestations de service au sens du Code civil »⁸⁴⁴. La littérature consacrée aux paiements pour service environnementaux et l'analyse de la pratique confirment que les prestations réalisées par le prestataire de service environnemental peuvent prendre des formes variées : mise à disposition de ruches, changements de pratiques agricoles (réduction de l'utilisation de produits phytosanitaires et engrais azotés, prairies permanentes, éléments arborés, etc.) ou encore restauration et entretien de milieux naturels (haies, zones humides, forêt). Si le service est de manière générale compris comme une prestation positive, appliqué à l'environnement, le service environnemental peut également prendre la forme d'une abstention : limitation des traitements insecticides et herbicides, réduction de l'usage de produits phytosanitaires et d'engrais, non destruction de milieux naturels (habitats, zones humides, prairies, bocages, etc.).

Comme nous avons pu précédemment l'évoquer⁸⁴⁵, il apparaît dès lors très réducteur de limiter un service environnemental à la préservation d'un service écosystémique. L'expérimentation de « paiements pour services environnementaux », dont la mise en œuvre a été confiée aux agences de l'eau, confirme ce constat. Le règlement élaboré par l'Agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse dans le cadre de l'« Appel à initiatives – Expérimentation de paiements pour services environnementaux (PSE) » définit le service environnemental comme

⁸⁴² V. infra. §. n° 180.

⁸⁴³ LANGLAIS A., « À la recherche d'une définition juridique des paiements pour services environnementaux ? », préc., p 50.

⁸⁴⁴ DOUSSAN I., MARTIN G. J., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière de la théorie générale des contrats », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 286.

⁸⁴⁵ V. supra. §. n° 23.

« une action ou mode de gestion d'un acteur qui améliore l'état de l'environnement »⁸⁴⁶. De surcroît, si les services rendus par les écosystèmes peuvent constituer la finalité d'un service environnemental, la capacité de l'Homme à obtenir les effets attendus d'une action – ou d'une abstention – sur un ou plusieurs services identifiés paraît quelque peu présomptueux. Comme le souligne Christian Walter, agronome, si « les efforts humains réalisés en faveur de la nature [...] participent sans aucun doute à la protection des services écosystémiques », ces derniers « évoluent selon une logique initialement autonome »⁸⁴⁷.

Enfin, cette définition est intéressante dans la mesure où elle est l'une des rares à exiger qu'un paiement pour service environnemental ne puisse pas être utilisé pour « rémunérer un acteur pour une action visant au respect de ses obligations réglementaires (sic) ». Nous relèverons cependant que cette condition ne se limite pas aux seules obligations « réglementaires », mais concerne également des obligations légales. Toutefois, cette interdiction pèse-t-elle sur le cocontractant qui souhaite bénéficier d'un service environnemental, ou bien prohibe-t-elle plus généralement que les PSE puissent être utilisés pour satisfaire – directement ou indirectement – une obligation légale ou réglementaire ? L'intérêt – et l'objet – des paiements pour services environnementaux étant d'inciter un prestataire à restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes en contrepartie d'un « paiement », il semble par conséquent selon nous peu pertinent – voire contraire à l'esprit de cet instrument – d'envisager que celui-ci soit utilisé comme un moyen de satisfaire, ou de contribuer à satisfaire, même indirectement, une obligation légale ou réglementaire. Ce faisant, le service environnemental ne peut *a priori* pas être utilisé pour satisfaire une obligation de remise en état, de réparation ou de compensation sur le fondement d'un régime de responsabilité ou d'une procédure d'autorisation administrative préalable.

Au regard des éléments qui précèdent, le service environnemental peut ainsi être défini comme une catégorie particulière de prestation de service par laquelle un prestataire s'engage, en dehors de toute obligation réglementaire, à restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes en vue d'en tirer un bénéfice individuel et/ou collectif.

⁸⁴⁶ Agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse, Règlement relatif à l'« Appel à initiatives – Expérimentation de paiements pour services environnementaux (PSE) », 2019, p. 2.

⁸⁴⁷ WALTER C., BISPO A., CHENU C., LANGLAIS A., SCHWARTZ C., « Les services écosystémiques des sols : du concept à sa valorisation », *Cahiers Demeter*, n° 15, 2015, p. 88.

B.- L'ADÉQUATION ENTRE SERVICE ENVIRONNEMENTAL ET SERVICE PUBLIC

175. Peu après la parution, en 1985, du Livre vert sur les perspectives de la politique agricole commune⁸⁴⁸, la Commission des Communautés européennes avait pu énoncer que « la société doit accepter le fait que l'agriculteur étant aussi gestionnaire de l'environnement rend un service public (sic) qui mérite une rémunération suffisante »⁸⁴⁹. Envisagé comme une prestation particulière de service dont l'objet consiste à restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes en vue d'en tirer un bénéfice individuel et/ou collectif, le service environnemental constitue-t-il un service public ? Selon René Chapus, le service public est défini comme « une activité [...] assurée, ou assumée par une personne publique en vue d'un intérêt public »⁸⁵⁰. La protection, la restauration ou encore la gestion des éléments de l'environnement identifiés à l'article L. 110-1 I du Code de l'environnement étant notamment reconnue d'intérêt général par le législateur⁸⁵¹, la question de l'existence d'un « service public » en matière d'environnement a pu susciter l'attention de la doctrine et du juge.

Dans une décision « Doucedame » du 22 octobre 2007, le Tribunal des conflits énonce que les mesures prises par les Départements dans le cadre de leurs compétences en matière d'espace naturels sensibles doivent être considérées comme « comme la mise en œuvre d'un service public de protection de l'environnement par ces collectivités territoriales »⁸⁵².

Privilégiant, dans ses travaux de recherche doctorale, le terme « service public environnemental », Rémi Radiguet définit cette catégorie particulière de service public comme « l'ensemble des activités assurées ou assumées par les personnes publiques aux fins de maintenir les équilibres écologiques par l'usage de prérogatives de puissance publique en tant que de besoin »⁸⁵³. Tourné vers une finalité environnementale, le service public environnemental constitue d'abord un service public, dont l'existence est conditionnée par la réunion des critères de définition du service public.

176. L'existence d'un service public est en effet déterminée par la réunion de deux critères : un critère organique, et un critère matériel. Le critère matériel requiert que l'activité concernée

⁸⁴⁸ Commission des Communautés européennes, COM(85) 333 final, *Perspectives de la politique agricole commune*, 13 juillet 1985, préc.

⁸⁴⁹ Commission des Communautés européennes, COM(88) 338, *Environnement et agriculture*, 16 août 1988, p. 16.

⁸⁵⁰ CHAPUS R., *Droit administratif général*, T. 1., Montchrestien, 15^e éd., 2001, p. 579.

⁸⁵¹ Art. L. 110-1 I du C. env.

⁸⁵² TC, 22 oct. 2007, Mlle Doucedame c/ Département des Bouches-du-Rhône, req. n° C3625, Rec. p. 607.

⁸⁵³ RADIGUET R., *Le service public environnemental*, préc., p. 30.

soit exercée dans un but d'intérêt général. Le critère organique exigeait classiquement que l'activité soit assurée directement par une personne publique (l'État, une collectivité locale ou un établissement public). Le juge administratif a toutefois reconnu la possibilité pour une personne privée de gérer un service public⁸⁵⁴ ou de collaborer à son exécution⁸⁵⁵. Les critères jurisprudentiels permettant de déterminer dans quelles conditions l'activité d'une personne privée peut être qualifiée de service public seront affirmés dans un arrêt Narcy⁸⁵⁶. Trois conditions seront ainsi posées par le juge administratif : la réalisation d'une mission d'intérêt général ; un contrôle de la personne publique ; la présence d'au moins une prérogative de puissance publique. Ce dernier critère sera reconnu facultatif par le Conseil d'État dans son arrêt Ville de Melun du 20 juillet 1990⁸⁵⁷. Cette solution sera confirmée par la suite dans un arrêt A.P.R.E.I. du 22 février 2007, selon lequel l'absence de prérogatives de puissance publique ne fait pas obstacle à l'existence d'un service public s'il est démontré que la personne publique a entendu confier à cette personne privée un service public⁸⁵⁸. Cette intention est appréciée par le juge administratif au moyen d'un faisceau d'indices, qui prend en compte : les conditions de création, d'organisation et de fonctionnement du service ; les obligations imposées par la personne publique ; et les mesures prises pour vérifier leur respect.

À la lumière de ces critères, il convient dès lors de déterminer si la réalisation d'une prestation de service environnemental par une personne privée ou publique est susceptible de constituer une activité de service public.

177. Au regard de son objet, qui consiste à restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes, le service environnemental apparaît assez indiscutablement comme une activité d'intérêt général sur le fondement de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement. En effet, si les dispositifs de paiements pour services environnementaux reposent notamment sur l'existence d'un « bénéficiaire » de ce service, le fait que celui-ci soit le « premier » bénéficiaire du service environnemental réalisé n'enlève rien au fait que, même individuel – ou individualisable –, le bénéfice retiré d'une prestation de service environnemental est

⁸⁵⁴ CE, 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », req. n° 57302, Rec. p. 417.

⁸⁵⁵ Le Conseil d'État a notamment reconnu que les fédérations départementales des chasseurs, en veillant à la répression du braconnage, à la constitution et à l'aménagement de réserves de chasse, et à la protection et à la reproduction du gibier, collaborent ainsi à l'exécution d'un service public : CE, 4 avril 1962, Chevassier, Rec. p. 244.

⁸⁵⁶ CE, 28 juin 1963, Sieur Narcy, req. n° 43834, Rec. p. 401.

⁸⁵⁷ CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun, req. n° 69867 et 72160, Rec. p. 220.

⁸⁵⁸ CE, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.), req. n° 264541, Rec. p. 92

nécessairement collectif, puisqu'il bénéficie à la société dans son ensemble. Si les dispositifs de paiements pour services environnementaux ont prioritairement vocation à inciter des personnes privées à s'engager en faveur de la protection de l'environnement, il est cependant tout à fait envisageable que ces services soient réalisés par des personnes publiques, notamment des collectivités locales ou des établissements publics (syndicats mixtes, établissements publics de coopération environnementale, etc.). D'intérêt général, le service environnemental qui serait réalisé par une personne publique, même à la demande d'une personne privée, pourrait *a priori* constituer un service public. Dans un arrêt du 2 avril 1958, *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*, le Conseil d'état avait pu juger qu'un contrat conclu entre un propriétaire privé et l'administration des eaux et forêts en vue du reboisement, par cette dernière, de terrains privés, constituait l'une des modalités de l'exécution du service public de la conservation, du développement et de la mise en valeur de la forêt française⁸⁵⁹.

178. Dans le cas où les prestations de services environnementaux seraient exécutées par des personnes privées à la demande d'une personne publique, l'existence d'un service public nous semble en revanche plus difficile à envisager. Pour retenir l'existence d'un service public, il conviendrait toutefois d'identifier la présence de prérogatives de puissance publique ou une intention de la personne publique de confier au prestataire de service environnemental privé une mission de service public. Dans une décision du 25 mars 1996, le Tribunal des conflits a ainsi pu reconnaître que, même en l'absence de prérogatives de puissance publique, une association loi 1901 qui s'était vue confiée par contrat avec l'État la gestion d'une réserve naturelle avait été « chargée d'une mission de service public »⁸⁶⁰. Si la réalisation d'une prestation de service environnemental constitue une activité d'intérêt général indépendamment de la qualité du prestataire, il nous semble en revanche difficile de caractériser une volonté de la personne publique contractante de confier à son prestataire privé un service public. Par conséquent, dans le cas où les prestations de services environnementales seraient réalisées par une personne privée, soit à la demande d'une personne publique, mais sans intention de confier à ce prestataire un service public, soit à la demande d'une autre personne privée, la qualification de service public devra être écartée. Le large déploiement, sous le contrôle des agences de l'eau, de l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux » se révélera riche d'informations sur la nature de juridique de ces dispositifs et des services qui sont rémunérés.

⁸⁵⁹ CE, 2 avr. 1956, *Époux Bertin et Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*, req. n° 98637, Rec. p. 168.

⁸⁶⁰ TC, 25 mars 1996, *Préfet de la région Aquitaine, préfet de la Gironde*, req. n° C 02991.

179. Afin de permettre de qualifier les prestations de services environnementaux de service public, nous pourrions envisager de reconnaître la protection de l'environnement comme un service public « par nature », au même titre que pourraient l'être la justice, la défense nationale, l'éducation ou encore la santé. La qualité du prestataire de service environnemental serait ainsi indifférente sur la qualification du service environnemental, qui serait par « nature constitutif » d'un service public au regard la finalité environnementale qu'il poursuit.

Au regard de l'objet du service environnemental (réaliser une prestation de service pour le compte d'un « bénéficiaire »), de ses modalités de financement (versement d'un « paiement » ou d'une contrepartie) et de fonctionnement (utilisation vraisemblablement de technique inspirée du droit privé), les prestations de services environnementaux semblent pouvoir être rattachées à la catégorie des services publics industriels et commerciaux (SPIC)⁸⁶¹. Ce faisant, les litiges relatifs à l'exécution de ces prestations relèveraient de la compétence du juge judiciaire, et non du juge administratif, comme ce serait le cas en présence d'un service public administratif (SPA). Qualifier d'activité de service public par nature une prestation de service environnemental présente également un intérêt pour la régulation juridique des paiements pour service environnementaux, dans la mesure où cela permet d'envisager que des contrats conclus entre personnes privées soit plus facilement qualifiés – ou requalifiés – de contrats de droit public⁸⁶². En revanche, une telle solution contribue à véhiculer une vision quelque peu manichéenne, selon laquelle la protection de l'environnement serait une activité publique par nature. Or, si les personnes publiques peuvent contribuer à la dégradation de l'environnement⁸⁶³, les personnes physiques ou morales de droit privé, au premier rang desquelles des associations de protection de l'environnement ou encore certaines sociétés, peuvent inversement exercer un rôle précieux en faveur de sa préservation⁸⁶⁴.

SECTION 2.- LE « PAIEMENT », CONTREPARTIE À LA RÉALISATION D'UNE PRESTATION DE SERVICE ENVIRONNEMENTAL

180. Au regard de l'intitulé même du dispositif « paiement pour service environnemental », le « paiement » s'impose, à l'évidence comme un élément clef. S'appuyant sur la définition de

⁸⁶¹ TC, 22 janv. 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, req. n° 00706, Rec. p. 91.

⁸⁶² V. infra. §. n° 227 et s.

⁸⁶³ HUGLO C., *Avocat pour l'environnement : mes grandes batailles judiciaires*, LexisNexis, 2013, 201 p.

⁸⁶⁴ V. notamment en ce sens : VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 188 et s.

Sven Wunder⁸⁶⁵, le Comité pour l'économie verte retient « trois principes élémentaires » devant être remplis pour identifier un paiement pour service environnemental : « l'additionnalité, la conditionnalité et l'accord volontaire »⁸⁶⁶. Il ajoute, que « le principe d'additionnalité signifie que les PSE doivent rémunérer un effort et une production de services qui n'auraient pas été obtenus sans cette incitation financière ». À la lecture de ces éléments de définition, il apparaît intéressant de constater, d'une part, que le « paiement » doit conditionner la réalisation de la prestation de service environnemental. D'autre part, le terme de « paiement », utilisé dans le cadre des paiements pour services environnementaux, renvoie-t-il nécessairement à l'idée d'une « rémunération » monétaire ? Nous nous attacherons ainsi à déterminer les contours du terme de « paiement » accordé en contrepartie de la réalisation d'une prestation de service environnemental (§1), pour identifier ensuite les différents obstacles qui peuvent affecter le versement d'un paiement ou plus généralement d'une contrepartie (§2).

§1.- LES CONTOURS DU « PAIEMENT » EN CONTREPARTIE DE LA RÉALISATION D'UNE PRESTATION DE SERVICE ENVIRONNEMENTAL

181. Le principe qui consisterait à accorder un « paiement » en contrepartie de la réalisation d'une prestation de service environnemental soulève, d'un point de vue juridique, deux principales interrogations. Dans la mesure où, comme le souligne Alexandra Langlais, les difficultés terminologiques autour des paiements pour services environnementaux sont de nature « à perturber le droit »⁸⁶⁷, il importe, tout d'abord, de nous livrer à un exercice de définition économique et juridique du terme « paiement » appliqué à ces dispositifs (A). Nous nous interrogerons, ensuite, sur la légitimité d'une rémunération de ces derniers (B).

A.- LA NATURE JURIDIQUE DU « PAIEMENT » DANS LE CADRE DES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

182. S'il apparaît pertinent de retenir une définition extensive du terme de « paiement » dans le cadre des dispositifs de paiements pour services environnementaux (1), ce choix n'a pas,

⁸⁶⁵ V. supra. §. n° 22.

⁸⁶⁶ COMITÉ POUR L'ÉCONOMIE VERTE, Avis portant sur le développement des paiements pour services environnementaux (PSE), préc., p. 2.

⁸⁶⁷ LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? », préc., p. 19.

pour autant, pour conséquence d'inclure les mesures agro-environnementales et climatiques du second pilier de la politique agricole commune dans cette catégorie (2).

1.- L'intérêt d'une définition juridique extensive du concept de « paiement »

183. Si les paiements pour services environnementaux semblent reposer sur l'existence d'un « paiement », la littérature consacrée à ces dispositifs s'appuie en réalité sur une grande diversité de termes : « paiement » ; « rémunération »⁸⁶⁸ ; « aide »⁸⁶⁹ ; « achat »⁸⁷⁰ ; « contrepartie » ; « transfert de ressources »⁸⁷¹ ; « subvention »⁸⁷² ; etc. De manière générale, les paiements pour services environnementaux sont associés à l'idée selon laquelle le prestataire bénéficie d'une contrepartie monétaire, condition de son engagement à réaliser un service environnemental. La question de la nature du « paiement » ou de la « contrepartie » se révèle essentielle, dans la mesure où celle-ci est souvent utilisée par la doctrine comme un critère permettant de fonder la distinction entre les paiements pour services environnementaux et d'autres dispositifs, notamment les mesures agro-environnementales de la PAC. Ce constat nous invite dès lors à déterminer de quelle manière le droit appréhender le terme de « paiement » et s'il ne serait en réalité pas plus pertinent de parler de « contrepartie ».

184. Au sens commun, le paiement désigne « l'action de payer »⁸⁷³. Celui-ci se traduit donc le plus souvent par la remise d'une somme d'argent. En économie, le paiement désigne également l'« action de payer, c'est-à-dire de mettre une personne ou une organisation en possession de ce qui lui est dû. Le paiement consiste le plus souvent à verser une somme d'argent, mais il peut aussi prendre la forme d'un travail, d'un service rendu ou de la remise d'un bien »⁸⁷⁴. À la lumière de cette définition, il est intéressant de relever que le paiement ne se limite pas nécessairement à une rémunération monétaire, mais peut également être effectué en nature. D'un point de vue juridique, le paiement ne désigne pas l'action de payer, mais

⁸⁶⁸ KARSENTY A., « Paiements pour services environnementaux et développement : Coupler incitation à la conservation et investissement », préc., p. 1 ; LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », préc., p. 212.

⁸⁶⁹ AZNAR O. et al., « Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux », préc., p. 209.

⁸⁷⁰ WUNDER S., « Payments for Environmental Services: Some Nuts and Bolts », préc., p. 3.

⁸⁷¹ MURADIAN R. and al., « Reconciling theory and practice: An alternative conceptual framework for understanding payments for environmental services », préc., p. 1205.

⁸⁷² LAMOTTE H., « Rapport général », préc., p. 38 ;

⁸⁷³ Le Nouveau Petit Robert, préc., p. 1567.

⁸⁷⁴ SILEM A., *Lexique d'économie*, préc., pp. 627-628

constitue le mode le plus courant d'extinction d'une obligation. Selon l'article 1342 du Code civil, « le paiement est l'exécution volontaire de la prestation due. Il doit être fait sitôt que la dette devient exigible. Il libère le débiteur à l'égard du créancier et éteint la dette, sauf lorsque la loi ou le contrat prévoit une subrogation dans les droits du créancier ».

Par conséquent, le « paiement » n'est pas limité, d'un point de vue juridique, au versement d'une somme d'argent, dans la mesure où celui-ci peut notamment intervenir en nature. Il est intéressant de noter que la littérature consacrée aux paiements pour services environnementaux adopte également, de manière assez fréquente, le terme de « rémunération ». Cette dernière se définit d'un point de vue juridique comme un « terme générique désignant toute prestation, en argent ou même en nature, fournie en contrepartie d'un travail ou d'une activité »⁸⁷⁵. Appliqué aux paiements pour services environnementaux, nous privilégierons le terme de « paiement », dans la mesure où celui-ci a un sens plus large que le terme de rémunération, qui constitue une forme de paiement parmi d'autres. Enfin, le terme de « paiement » permet d'envisager d'autres formes de contreparties que strictement monétaires. Dans la mesure où nous sommes en présence d'une offre et/ou d'une demande de prestation dont la contrepartie est conditionnée par la réalisation effective de ce service ou l'obtention d'un résultat préalablement convenu entre les parties, les sommes perçues par le prestataire constituent le prix d'une prestation de service et non une aide. Les contreparties versées dans le cadre d'un paiement pour service environnemental semblent ainsi exclure, par nature, la qualification d'aide ou de subvention. Cela n'exclut pas que de telles aides ou subventions soient accordées pour récompenser des externalités positives non intentionnellement produites, mais implique que celles-ci relèvent d'une logique distincte des paiements pour services environnementaux. Il est dès lors surprenant de constater que l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux », menée par les agences de l'eau, organise la rémunération de « services environnementaux » existants⁸⁷⁶. Bien que les sommes versées soient conditionnées à l'obtention d'un résultat, celles-ci sont qualifiées de « subventions », et non de rémunération en contrepartie de la réalisation de prestations de service⁸⁷⁷.

⁸⁷⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc., p. 885.

⁸⁷⁶ Entretien réalisé le 20 août 2020 auprès de Mme Nathalie Marty, préc.

⁸⁷⁷ Considérant 23 de la Décision de la Commission européenne, Aide d'État/France SA.55052 (2019/N) « Valorisation des services environnementaux en incitation à la performance environnementale des exploitations », 18 févr. 2020, C(2020) 991 final.

185. Au regard des précisions terminologiques qui précèdent, il apparaît selon nous peu pertinent de limiter le paiement pour service environnemental au versement d'une somme d'argent, dans la mesure où d'autres types de contreparties, en nature ou éventuellement fiscales, pourraient également être envisagées. Plusieurs auteurs invitent d'ailleurs à sortir d'une vision strictement monétaire des paiements pour services environnementaux⁸⁷⁸. Écarter de telles possibilités en se limitant au seul versement d'une rémunération monétaire contribuerait à réduire considérablement les perspectives d'application de ce dispositif. De son propre aveu, la FAO opte ainsi pour une « définition des paiements pour services environnementaux bien plus large que celle donnée par certains professionnels, circonscrite aux paiements volontaires directement versés par les utilisateurs aux prestataires »⁸⁷⁹. Elle énonce que les contreparties à la réalisation d'un paiement pour service environnemental peuvent consister en une « rétribution monétaire » ou « une autre forme de paiement »⁸⁸⁰.

Il est vrai que le droit a généré de nombreux outils pour influencer les comportements des individus. Parmi eux, l'outil fiscal s'impose comme un instrument privilégié, à l'image des nombreuses perspectives offertes par le Code général des impôts⁸⁸¹. L'outil fiscal comme contrepartie demeure cependant très peu développé dans la littérature consacrée aux paiements pour services environnementaux. La loi « Biodiversité » permet pourtant la mise en place d'un système incitatif intéressant sur les propriétés non bâties. Celui-ci exonère en effet de la taxe foncière à hauteur de 50% les propriétés non bâties situées dans certaines zones humides en contrepartie d'un engagement de gestion sur une durée de cinq ans⁸⁸². Cet engagement peut porter, à titre d'exemple, sur le non-retournement des parcelles ou la préservation de l'avifaune. Cette exonération fiscale est portée à 100 % pour les propriétés non bâties situées dans des zones naturelles protégées dont les propriétaires s'engagent notamment à respecter les chartes et documents de gestion de ces espaces pendant cinq ans⁸⁸³. Au regard des avantages qu'ils confèrent, il apparaît également possible d'envisager le recours à des labels ou certifications⁸⁸⁴. Nous proposons, par conséquent, de définir le « paiement pour service environnemental »

⁸⁷⁸ BODART A., « Des paiements pour services écosystémiques "non monétaires", un instrument adapté à la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau ? » in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 371.

⁸⁷⁹ FAO, *La situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture 2007. Payer les agriculteurs pour les services environnementaux*, préc., p. 26.

⁸⁸⁰ *Ibid.*

⁸⁸¹ Art. 1395 et s. du CGI.

⁸⁸² Art. 1395 B bis I du CGI.

⁸⁸³ Art. 1395 B bis II du CGI.

⁸⁸⁴ BODART A., « Des paiements pour services écosystémiques "non monétaires", un instrument adapté à la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau ? » préc., p. 371.

comme un dispositif par lequel un prestataire est incité à s'engager par contrat, en dehors de toute obligation réglementaire, à restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes en contrepartie d'un paiement ou d'un avantage de toute nature. Ainsi envisagée, la définition des paiements pour services environnementaux nous invite à déterminer si les mesures agro-environnementales de la PAC, souvent qualifiés de paiements pour services environnementaux, peuvent intégrer – ou non – cette catégorie.

2.- Les mesures agro-environnementales et climatiques de la politique agricole commune, une forme particulière de paiement pour service environnemental

186. La question de savoir si les mesures agro-environnementales (et climatiques) du second pilier de la PAC constituent des paiements pour services environnementaux est une interrogation très récurrente dans la littérature consacrée aux PSE. Pour les uns, ces mesures sont assimilées à des dispositifs de paiements pour services environnementaux⁸⁸⁵. Ainsi, selon le Livre vert de la Commission des Communautés européennes sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement, les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune constituent des « paiements pour des services environnementaux (PSE) »⁸⁸⁶. Il est également intéressant d'observer que les « exemples de rémunérations pour la mise en œuvre de mesures compensatoires sur les terres agricoles » proposés par le rapport rendu dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité, organisés sous la forme de grilles, ressemblent à s'y méprendre aux montants forfaitaires à l'hectare des mesures agro-environnementales inscrits dans les Programmes de développement rural régionaux (PDRR) de la programmation 2014-2020⁸⁸⁷.

⁸⁸⁵ V. notamment, à titre d'exemple : CGDD, *Conservation et utilisation durable de la biodiversité : analyse des outils économiques, Rapport de la Commission des comptes et de l'économie de l'environnement*, Ministère de l'écologie, nov. 2010, p. 138 ; ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 8 ; DELGOULET D., DUVAL L., LEPLAY S., *Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux : regards croisés sur deux instruments*, préc., p. 1 ; CHARLES-LE BIHAN D., « Les paiements pour services environnementaux dans la politique agricole commune : quelle dimension territoriale ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 248 ; CARDWELL M., « L'expérience des "droits à produire" et de leur patrimonialité comme source de réflexion pour les paiements pour services environnementaux », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 266.

⁸⁸⁶ Commission des Communautés européennes, *Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes*, préc., p. 16.

⁸⁸⁷ V. annexe : Exemples de rémunération pour la mise en œuvre de mesures compensatoires sur des terres agricoles.

Pour d'autres, les mesures agro-environnementales et climatiques de la PAC relèvent d'une logique distincte des paiements pour services environnementaux, en conséquence de quoi cette qualification doit être écartée. Carole Hermon et Isabelle Doussan refusent ainsi de considérer les paiements agroenvironnementaux comme la rémunération d'un service au regard du risque d'aléa important dans la réalisation de l'opération, du manque d'additionnalité par rapport à la réglementation applicable, ainsi que des modalités de calcul de ces paiements⁸⁸⁸.

187. Les mesures agro-environnementales et climatique de la PAC sont caractérisées en effet par une grande indétermination sur la nature juridique des rémunérations versées : sont-elles des paiements, des aides ou bien encore des subventions ? Privilégiant dans un premier temps le terme « aide »⁸⁸⁹, le droit européen relatif au second pilier de la PAC se réfère plus récemment aux termes de « paiements »⁸⁹⁰ ou encore de « montant compensatoire »⁸⁹¹. En droit interne, il est intéressant de relever que le Code rural et de la pêche maritime opère une distinction entre, d'une part, les « paiements » agroenvironnementaux et climatiques et les « paiements » au titre de Natura 2000 et de la directive-cadre sur l'eau et, d'autre part, les « aides » en faveur de l'agriculture biologique⁸⁹². D'un point de vue juridique, les aides – nous parlerons également de subventions – peuvent être définies comme des sommes allouées, sous conditions, mais sans contrepartie, en général par les pouvoirs publics, en faveur d'une œuvre, d'une institution ou d'une entreprise digne d'intérêt et d'encouragement⁸⁹³. Bien que les aides prennent la forme du versement d'une somme d'argent, elles ne constituent pas des paiements dans la mesure où, consenties unilatéralement, elles n'éteignent aucune obligation. Cette distinction se confirme à la lecture du document-cadre national relatif à la programmation 2014-2020, selon lequel la mesure M11 Agriculture biologique « vise à accompagner les agriculteurs pour adopter les pratiques et méthodes de l'agriculture biologique ou à maintenir de telles

DANTEC R., *Rapport 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*, préc., p. 93.

⁸⁸⁸ HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, préc., pp. 280-281.

⁸⁸⁹ Règlement (C.E.E.) n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992, préc.

⁸⁹⁰ Règlement (CE) n° 1698/2005 du Conseil du 20 septembre 2005 concernant le soutien au développement rural par le Fonds européen agricole pour le développement rural (Feader), préc. ; règlement (UE) n° 1305/2013 du 17 décembre 2013, préc.

⁸⁹¹ COUR DES COMPTES EUROPÉENNE, *Rapport spécial n° 3/2005 relatif au développement rural : la vérification des dépenses agroenvironnementales accompagné des réponses de la Commission*, JOUE n° C 279 du 11 nov. 2005, p. 1.

⁸⁹² Art. D. 341-7 du C. rur.

⁸⁹³ V. notamment en ce sens : CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc., p. 988 ; LOPÈS P., « Subvention ou contrat de prestation de services ? », *Juris associations*, 1995, n° 121, p. 21.

pratiques »⁸⁹⁴, tandis que la mesure M10 Agroenvironnement - climat « rémunère des engagements, qui vont au de-là des pratiques rendues obligatoires par la réglementation »⁸⁹⁵. Par conséquent, les sommes allouées dans le cadre des MAEC du second pilier de la PAC semblent s'assimiler, non pas à des aides, mais à des paiements en contrepartie de la réalisation d'une prestation. Ce faisant, les MAEC ne paraissent pas si éloignés dans leur principe et leurs modalités de fonctionnement des paiements pour services environnementaux.

188. Depuis leur origine, les mesures agro-environnementales du second pilier de PAC « indemnisent les bénéficiaires pour une partie ou la totalité des coûts supplémentaires et des pertes de revenus résultant des engagements pris »⁸⁹⁶. Selon Alexandras Langlais, si ces mesures impliquent bien un paiement, celui-ci serait cependant « déconnecté de la réalité de l'action ou du service rendu en faveur de l'environnement. En effet, l'aide octroyée, si elle implique un apport monétaire, est de l'ordre du soutien, de la compensation, de l'appui, de l'assistance. Il s'agit donc d'une indemnisation de la perte financière associée aux engagements pris et non d'un paiement en considération de la valeur du service environnemental rendu »⁸⁹⁷. Dans le même sens, Isabelle Doussan et Carole Hermon évoquent des « paiements hors-service » en soulignant que « les modalités actuelles de calcul des paiements agro-environnementaux ne permettent pas de les considérer comme la rémunération d'un service »⁸⁹⁸. Plus encore, Claire Etrillard considère que « l'approche retenue pour le calcul des paiements est celle de la compensation des surcoûts et non une véritable rémunération d'un service »⁸⁹⁹. Enfin, le rapport rendu en 2016 à l'initiative du ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt sur les paiements pour services environnementaux énonce que l'« hypothèse sous-jacente de l'étude est que les MAE proposent des montants en deçà du consentement à recevoir des agriculteurs pour modifier leurs pratiques et qu'il manque une partie incitative qui permettrait de faire basculer le système actuel de dédommagement vers un système de rémunération pour fourniture de service

⁸⁹⁴ Document cadre national pour la programmation 2014 – 2020, version 9.1 du 3 juin 2020, p. 866.

⁸⁹⁵ *Ibid.*, p. 126.

⁸⁹⁶ Art. 28 § 6 du règlement (UE) n° 1305/2013 du 17 décembre 2013, préc.

⁸⁹⁷ LANGLAIS A., « Introduction », préc., p. 29 ; V. également en ce sens : LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme réponse pertinente en faveur d'une agriculture durable ? » in DEMEESTER M.-L., MERCIER V. (dir.), *L'agriculture durable. Essai d'élaboration d'un cadre normatif*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 404 ; DOUSSAN I., *Activité agricole et droit de l'environnement, l'impossible conciliation ?*, L'Harmattan, 2002, p. 304.

⁸⁹⁸ HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, préc., p. 281.

⁸⁹⁹ ETRILLARD C., « Contrats et écosystèmes agricoles. Des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux », préc., p. 298.

environnemental »⁹⁰⁰. Selon ces auteurs, les modalités de calcul et/ou le montant des sommes versées en contrepartie de la réalisation d'une mesure agro-environnementale auraient ainsi pour conséquence de changer la nature de la relation juridique qui lie les cocontractants. Or, comme le souligne l'économiste Alain Karsenty, certains paiements pour services environnementaux peuvent se contenter de compenser uniquement les coûts d'opportunité, sans pour autant que le montant de la contrepartie n'ait d'incidence sur cette qualification⁹⁰¹.

Si les articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce prohibent les offres de prix ou pratiques de prix de vente de biens, produits et services abusivement bas, aucune disposition juridique n'impose de méthode ou de seuil dans la détermination du prix de ces derniers. Même si les sommes accordées ne couvrent que les coûts supplémentaires et les pertes de revenus résultant des engagements pris, celles-ci n'en constituent donc pas moins le paiement d'une prestation de service dont l'objet a été préalablement déterminé par les parties. Ce constat confirme ainsi pleinement l'analyse de Laurence Boy, selon laquelle « le montant des participations financières [des aides agri-environnementales] est subordonné à des engagements précis, ce qui prouve bien le caractère synallagmatique des engagements des parties. Ce caractère est renforcé par le "suivi" des contrats. En effet, tous les contrats dont nous avons eu connaissance mettent l'accent sur le fait que toute inexécution des obligations souscrites par l'agriculteur donnera lieu au non-versement des "aides". Il y a là incontestablement la preuve que nous ne sommes plus en présence d'une aide au sens traditionnel du terme mais d'une rémunération d'un service qui, à défaut d'être satisfait, ne saurait être rémunéré »⁹⁰². De même, dans une décision du 10 septembre 2015, la Cour d'appel de Pau a pu envisager le « contrat de mesures agro-environnementales (MAE) » comme un « dispositif prévu pour intégrer les préoccupations environnementales à la politique agricole commune (PAC) visant à encourager les agriculteurs à protéger et à valoriser l'environnement en les rémunérant pour la prestation de services environnementaux »⁹⁰³.

Bien que cet arrêt tende à confirmer un rapprochement entre paiements pour services environnementaux et mesures agroenvironnementales du second pilier de la PAC, ces dernières ne peuvent néanmoins pas s'apparenter à des PSE pour des raisons non pas matérielles, mais

⁹⁰⁰ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 8.

⁹⁰¹ KARSENTY A., « Les paiements pour services environnementaux dans les pays en développement : compenser ou récompenser ? », préc., p. 97 et s.

⁹⁰² BOY L., « Contrat agri-environnemental : aide ou rémunération ? », *Économie rurale*, vol. 260, n° 1, 2000, p. 57.

⁹⁰³ Cour d'appel de Pau, 10 sept. 2015, req. n° 15/03289.

conceptuelles. En dépit de la proximité entre ces deux dispositifs, l'existence des paiements pour services environnementaux semble se justifier par une volonté de s'extraire des contraintes du cadre juridique de la politique agricole commune pour privilégier des relations contractuelles de droit commun⁹⁰⁴. Par conséquent, assimiler les MAEC à des PSE contreviendrait quelque peu à la logique de flexibilité qui caractérise ces derniers.

B.- LA LÉGITIMITÉ D'UNE CONTREPARTIE À LA RÉALISATION DE PRESTATIONS DE SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

189. Par principe, rien ne s'oppose à ce que la réalisation d'une prestation de service puisse faire l'objet d'une contrepartie. Si nous avons précédemment démontré qu'une prestation de service environnemental n'est pas reconnue par nature comme une activité de service public, celle-ci constitue indiscutablement une activité d'intérêt général. Or, comme le souligne Alexandra Langlais, « l'existence d'une rémunération n'est pas incompatible en soi avec l'exercice d'une activité d'intérêt général »⁹⁰⁵. Néanmoins, les dispositifs de paiements pour services environnementaux soulèvent la question de savoir dans quelle mesure l'existence d'une contrepartie à ces prestations est légitime.

Le choix de nous intéresser à ce terme en particulier se justifie par ses nombreuses implications en droit : l'adjectif légitime désigne, en effet, tantôt ce qui est fondé en droit, ce qui est juste ou encore ce qui est justifié par les circonstances⁹⁰⁶. Or, il apparaît que l'existence d'une contrepartie à la réalisation de services environnementaux soulève des interrogations relatives à chacune de ces trois dimensions.

190. Tout d'abord, l'existence d'une contrepartie est-elle justifiée par les circonstances ? La dégradation de l'environnement étant indiscutable, la nécessité d'en assurer la préservation est assez largement admise. La Commission européenne souligne, en ce sens, qu'« investir dans le capital naturel [...] rapporte souvent davantage que de construire ou de fabriquer des solutions

⁹⁰⁴ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, Consultante en charge du développement des services environnementaux dans le cadre du projet « EPITERRE. Des services environnementaux pour nos territoires ».

⁹⁰⁵ LANGLAIS A., « Introduction », préc., p. 24.

⁹⁰⁶ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc., p. 600 ; V. également, dans le même sens : GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, préc., pp. 623-624.

de substitution, pour un investissement initial moindre »⁹⁰⁷. Le principe qui anime les paiements pour services environnementaux, à savoir rémunérer un prestataire pour la réalisation d'un service environnemental, apparaît dès lors tout à fait légitime en ce qu'il vise non seulement à protéger la biodiversité et les écosystèmes, mais également à éviter d'avoir à supporter les conséquences, notamment financières, liées à leur dégradation. À l'inverse des dispositifs de compensation écologique, dont nous avons précédemment vu qu'ils sont fortement critiqués dans leur principe même par la doctrine, la rémunération des prestations de services environnementaux apparaît ainsi justifiée d'un point de vue écologique et économique.

191. Ensuite, cette contrepartie est-elle fondée en droit ? En l'absence de fondement juridique, tels que via la reconnaissance d'un principe « protecteur-payé », il n'existe pas à ce jour de droit au paiement en contrepartie de la réalisation d'une prestation de service environnemental. Par conséquent, la reconnaissance d'un tel droit serait-elle justifiée ? La littérature consacrée aux paiements pour services environnementaux évoque assez fréquemment un risque de « chantage écologique » qui serait lié à la généralisation de telles pratiques : « le plus grand problème des PSE est qu'ils conduisent les acteurs à endosser le raisonnement suivant : s'il n'y a pas d'autre motif que l'intérêt (pécuniaire) pour conserver la nature, alors nous sommes fondés à être "irresponsables" dès lors que ceci nous coûte quelque chose. Ceci légitime un "droit au paiement", véritable créance émise sur la société, dès lors que les coûts de la conservation l'emportent sur les bénéfices. Les PSE peuvent transformer les acteurs ruraux en créanciers menaçants, en les incitant à formuler leur "droit" en ces termes : Si vous ne me payez pas, je détruis »⁹⁰⁸. Plus encore, une généralisation des paiements pour services environnementaux risquerait d'entraîner une disparition de toute protection désintéressée de l'environnement⁹⁰⁹. Selon certains auteurs, « la motivation desdits fournisseurs est avant tout financière, ceux-ci sont susceptibles de chercher à profiter de la manne que cette

⁹⁰⁷ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Feuille de route pour une Europe efficace dans l'utilisation des ressources*, 20 sept. 2011, COM/2011/0571 final.

⁹⁰⁸ KARSENTY A., « De la nature des "paiements pour services environnementaux" », *Revue du MAUSS*, n° 42, 2013/2, p. 267 ; V. également, dans le même sens : BRIMONT L., *Le coût de la Réduction des Émissions issues de la Déforestation et de la Dégradation des Forêts (REDD+) à Madagascar. Études de l'environnement*, AgroParisTech, 2014, p. 165.

⁹⁰⁹ FARLEY J., COSTANZA R., « Payments for ecosystem services: From local to global », *Ecological Economics*, n° 69, 2010, p. 2063 ; KARSENTY A., « De la nature des "paiements pour services environnementaux" », préc., p. 267 ; KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., « Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ? », préc., p. 178 et s.

nouvelle possibilité offre »⁹¹⁰. Si la première hypothèse paraît à notre sens peu probable, la seconde s'avère caricaturale. De nombreux prestataires seraient tout à fait disposés à s'engager en contrepartie d'un paiement en nature, ou d'un avantage fiscal, sans pour autant que le montant de ces derniers ne soit le déterminant exclusif de leur volonté de s'engager. En revanche, la reconnaissance d'un tel droit au paiement laisse entrevoir, d'une part, un impact non négligeable sur les finances publiques dans la mesure où il apparaît plus probable que le coût de ces mesures soit supporté *in fine* par la collectivité. D'autre part, il apparaît peu justifié de proposer de tels paiements dans des hypothèses où le respect de mesures réglementaires seraient – ou auraient été – en mesure d'interdire en amont certaines pratiques considérées comme destructrices de la biodiversité et des écosystèmes.

192. Enfin, cette contrepartie est-elle juste ? Le « juste » occupe, depuis l'antiquité, une place significative dans les réflexions sur les fondements et les caractères du droit. Intrinsèquement lié à l'équité, le juste tend classiquement à désigner ce qui est conforme à la justice, au droit, à la raison⁹¹¹. Si le droit ne peut se réduire à la justice, le juste est classiquement considéré comme un idéal à atteindre. Or, il est frappant d'observer que les dispositifs de paiements pour services environnementaux entretiennent des rapports ambivalents, voire contrariés, avec le « juste ». Laisser à la seule charge d'un individu les coûts ou les manques à gagner liés à la réalisation d'actions – ou d'abstentions – qui bénéficient à l'ensemble de la collectivité peut sembler *a priori* injuste. En lien avec nos précédents développements, les paiements pour services environnementaux n'ont toutefois pas pour objet récompenser des externalités positives non intentionnellement produites⁹¹², mais d'inciter un prestataire à réaliser une prestation qui ne l'aurait pas été sans l'existence d'un paiement ou d'une contrepartie. Par conséquent, celui qui a choisi, de son propre chef, de restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes, ne bénéficiera d'aucune contrepartie. À l'inverse, celui qui ne s'était pas préalablement engagé dans une démarche environnementale pourra bénéficier d'une contrepartie afin de l'inciter à s'engager. Ce faisant, les paiements pour services environnementaux apparaissent inéquitables par nature.

⁹¹⁰ ICHER L., « La dépense publique en matière environnementale : l'exemple de la protection des sols », *Droit et ville*, n° 84, 2017, p. 181.

⁹¹¹ Dictionnaire de l'Académie française, *en ligne* : <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A9J0419>

⁹¹² V. supra. §. n° 184.

Plus encore, il apparaît indispensable de s'assurer que les contreparties accordées ne participent pas d'un système équivalent à celui du principe pollueur-payé⁹¹³. L'expérimentation de « paiements pour services environnementaux », menées par les agences de l'eau, révèle que les subventions accordées aux exploitants agricoles sont financées directement par ces agences. Or, les ressources financières dont celles-ci disposent sont en grande partie issues de la perception « auprès des personnes publiques ou privées des redevances pour atteintes aux ressources en eau, au milieu marin et à la biodiversité, en particulier des redevances pour pollution de l'eau, pour modernisation des réseaux de collecte, pour pollutions diffuses, pour prélèvement sur la ressource en eau, pour stockage d'eau en période d'étiage, pour obstacle sur les cours d'eau et pour protection du milieu aquatique »⁹¹⁴. Les redevances perçues par ces agences sont donc acquittées, pour plus des trois quarts, par les usagers domestiques⁹¹⁵. La faible proportion des redevances acquittées par les agriculteurs et les industriels est fréquemment critiquée au regard du principe pollueur-payeur⁹¹⁶. Il peut dès lors apparaître discutable que les « paiements pour services environnementaux » mis en œuvre par les agences de l'eau rémunèrent des secteurs d'activités, pour certains particulièrement destructeurs de l'environnement, via des dispositifs alimentés par le produit de redevances essentiellement perçues auprès des particuliers, et dans une moindre mesure les agriculteurs et les industriels. Enfin, le caractère juste de cette contrepartie semble également conditionné par un partage équitable, entre bénéficiaires, des coûts de production des services environnementaux⁹¹⁷.

193. Si l'existence d'une contrepartie à la réalisation d'un service environnemental peut ainsi s'avérer légitime, à condition que ses modalités d'attribution soient encadrées, des obstacles juridiques viennent toutefois gêner la détermination de son montant et le versement de celui-ci.

§2.- LES OBSTACLES AU VERSEMENT D'UNE CONTREPARTIE DANS LE CADRE DES PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

194. Les dispositifs de rémunération de prestations de services environnementaux sont devenus une réalité en droit français. D'un point de vue strictement opérationnel, leur existence

⁹¹³ V. supra. §. n° 119 et s. et n° 192.

⁹¹⁴ Art. L. 213-10 du C. env.

⁹¹⁵ COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2015*, T. I, Vol. 1, 2015, p. 82.

⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 82 et s. ; CAUDAL S., JANIN P., « La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques entre volontarisme et renoncements », *Dr. adm.*, n° 4, 2007, étude 5.

⁹¹⁷ V. supra. §. n° 339 et s.

se heurte pourtant à deux principaux obstacles juridiques. Ces prestations n'étant pas délivrées à titre gratuit, se posent alors la question de l'identification d'un payeur (**A**) ainsi que celle de la détermination du paiement ou de l'avantage fiscal accordés en contrepartie (**B**).

A.- L'IDENTIFICATION D'UN « PAYEUR » DANS LE CADRE D'UN PAIEMENT POUR SERVICE ENVIRONNEMENTAL

195. Les paiements pour services environnementaux sont des dispositifs qui s'appuient sur une architecture *a priori* simple : un service environnemental est réalisé par un prestataire, qui bénéficie pour cela d'une contrepartie de la part du « bénéficiaire » de ce service. L'une des vertus reconnues à ce mécanisme repose dans sa capacité (théorique) de mobiliser des fonds non pas seulement publics mais également privés. Les paiements pour services environnementaux s'appuient en effet sur les réflexions menées par l'économiste Ronald Coase, selon lequel il existerait, en dehors de toute intervention étatique, un intérêt économique à ce qu'une négociation s'instaure directement entre l'émetteur d'une externalité (pollueur) et le récepteur de cette externalité (victime de la pollution)⁹¹⁸. La possibilité que les paiements pour services environnementaux soient financés par des fonds privés se retrouve d'ailleurs dans certaines études réalisées pour le compte du ministère chargé de l'environnement⁹¹⁹. Cette approche théorique, selon laquelle les paiements pour services environnementaux seraient financés essentiellement par des acteurs privés, nous paraît toutefois limitée en pratique et, d'une certaine manière, peu souhaitable. Celle-ci est en effet limitée compte tenu du fait que ces dispositifs sont en réalité assez largement tributaires de financements publics⁹²⁰. Elle est également peu souhaitable dans la mesure attendue qu'un niveau de dégradation de l'environnement soit tel pour les individus que ces derniers soient conduits à rémunérer un opérateur pour la réalisation d'une prestation de service environnemental semble caractériser une défaillance de l'État dans la protection de l'environnement. Dans ce contexte, se pose dès lors la question des moyens juridiques permettant la généralisation, en droit français, d'un système de paiements pour services environnementaux, ainsi que l'opportunité de consacrer une obligation d'accorder une contrepartie aux services environnementaux réalisés.

⁹¹⁸ V. supra. §. n° 22.

⁹¹⁹ « A moyen-terme, on peut donc imaginer que les pratiques agricoles favorables à l'environnement seront rémunérées par différentes sources de financement, conjuguant financements publics, financements privés, incitations fiscales et marchés de crédits » : CONSEIL ÉCONOMIQUE POUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Les « PSE » : des rémunérations pour les services environnementaux*, note n° 17, 2010, p. 5.

⁹²⁰ V. supra. §. n° 192 et infra. §. n° 336 et s.

196. Si le droit français ne consacre pas explicitement un principe « bénéficiaire-payeur » appliqué à la biodiversité et aux écosystèmes⁹²¹, la reconnaissance d'une obligation de payer pour la préservation des services environnementaux n'apparaît pas pour autant inenvisageable si l'on se rapporte au modèle de la politique de l'eau. L'article 9 de la Directive 2000/60/CE établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau – également appelée « Directive-cadre sur l'eau » – introduit en effet un principe de la récupération des coûts des services liés à l'utilisation de l'eau⁹²². Ce principe sera intégré en droit interne par la loi du 21 avril 2004 portant transposition de la directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000⁹²³. Ainsi, selon l'article L. 210-1 du Code de l'environnement, « Les coûts liés à l'utilisation de l'eau, y compris les coûts pour l'environnement et les ressources elles-mêmes, sont supportés par les utilisateurs en tenant compte des conséquences sociales, environnementales et économiques ainsi que des conditions géographiques et climatiques ». L'eau étant une ressource naturelle individualisable et immobilisable, il est dès lors possible d'identifier avec précision ses utilisateurs. Sur le fondement de ces dispositions, la France a ainsi pu mettre en place un système de tarification des services collectifs de l'eau et de l'assainissement fondé sur la quantité d'eau consommée.

197. Selon la Mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité, le modèle issu de la politique de l'eau est « d'évidence intransposable à la biodiversité terrestre, en raison du caractère relativement indéterminé de la ressource – il n'existe pas de "robinet à biodiversité" – et de l'absence de paiement des usagers directs »⁹²⁴. Les paiements pour services environnementaux se heurtent en effet à la difficulté – et/ou à l'intérêt – d'individualiser *un* « bénéficiaire ». À la différence de l'eau, il est matériellement impossible d'individualiser la « consommation » ou l'« utilisation » de la biodiversité ou des écosystèmes. Dans l'hypothèse où il serait matériellement possible de déterminer avec précision le « bénéfice » qu'un individu retirerait de la réalisation d'un service environnemental, serait-il pour autant souhaitable d'un point de vue éthique, et faisable d'un point de vue juridique, de le faire payer à hauteur des bénéfices qu'il retire de ce service ? Dans la mesure où nous avons précédemment démontré que le

⁹²¹ V. supra. §. n° 114 et s.

⁹²² Art. 9 de la Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, préc.

⁹²³ Loi n° 2004-338 du 21 avril 2004 portant transposition de la directive 2000/60/CE, préc.

⁹²⁴ GAILLARD G., *Rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité*, préc., p. 76.

bénéfice retiré de ce service est nécessairement collectif, puisqu'il profite à la société dans son ensemble⁹²⁵, il semble justifié que ces coûts soient assumés par celle-ci, et non pas individuellement. Cette solution conduirait dès lors à dissocier le bénéficiaire (société – ou individus) du payeur (personne publique). Garanties de l'intérêt général, les personnes publiques se substitueraient ainsi aux individus pour accorder une contrepartie à la réalisation de prestations de services environnementaux. Si la participation financière des personnes publiques est le scénario le plus probable, ce que tend d'ailleurs à confirmer l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux », dont la mise en œuvre a été confiée aux agences de l'eau, il n'est pas exclu que les paiements pour services environnementaux soient financés par des acteurs privés, notamment dans le cadre de la responsabilité sociale des entreprises (RSE)⁹²⁶. « Démarche avant tout volontaire »⁹²⁷, la RSE est définie comme « un concept dans lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales, environnementales et économiques dans leurs activités et dans leurs interactions avec les parties prenantes sur une base volontaire »⁹²⁸. Contrairement à certains services environnementaux qui sont d'ores et déjà rémunérés au regard à l'intérêt général qui s'attache à leur fourniture, ou du fait de leur utilité économique (notamment, par exemple, en matière agricole dans le cadre des contrats de pollinisation), la RSE peut s'imposer comme une source de financement pérenne permettant la mise en œuvre, sur notre territoire, de paiements pour services environnementaux de manière complémentaire aux initiatives encore limitées développées par les personnes publiques.

198. Si le payeur peut ainsi se révéler distinct du « bénéficiaire » du service environnemental réalisé, se pose en revanche la question de la manière dont sont déterminés la nature et/ou le montant de la contrepartie accordée au prestataire de ce service.

⁹²⁵ V. supra. §. n° 177.

⁹²⁶ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

⁹²⁷ DAOUD E., FERRARI J., GOURVEZ B., « Responsabilité sociétale des entreprises », *J.-CI. Travail Traité*, Fasc. 1-50, 31 janv. 2014, point-clé n° 2.

⁹²⁸ Commission européenne, *Livre vert. Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises*, COM(2001), 366 final, 18 juill. 2001, p. 7.

B.- LES MODALITÉS DE DÉTERMINATION DE LA CONTREPARTIE DANS LE CADRE D'UN PAIEMENT POUR SERVICE ENVIRONNEMENTAL

199. Les paiements pour services environnementaux étant des mécanismes par nature volontaires et négociés⁹²⁹, nous pourrions légitimement penser que la contrepartie reçue par le prestataire d'un service environnemental devrait en principe être librement déterminée par les parties (1). L'expérimentation de « paiements pour services environnementaux », menée par les agences de l'eau, révèle toutefois que l'octroi de contreparties dans le cadre de ce dispositif est en réalité très fortement encadré par les personnes publiques (2).

1.- Le principe : la détermination concertée d'une contrepartie à la réalisation d'un service environnemental

200. Dans nos précédents développements, nous avons pu souligner qu'il apparaît peu pertinent de limiter la contrepartie à la réalisation d'une prestation de service environnemental au versement d'une somme d'argent⁹³⁰. Dans le cas où le versement d'une somme d'argent serait tout de même privilégié, reste entière la question de savoir comment est déterminé le montant de la prestation de service réalisée. Les paiements pour services environnementaux reposant sur le concept d'externalités et le théorème de Coase⁹³¹, la nature et la valeur de la contrepartie accordée au prestataire de service environnemental devraient en principe être librement déterminées par les parties. Il est toutefois intéressant de relever que les principales définitions de ces dispositifs n'exigent pas qu'il y ait un certain degré de liberté au moment de la détermination du montant du « paiement » et/ou de la contrepartie⁹³². À cette fin, il convient donc d'analyser comment est déterminée la valeur d'un service environnemental, puis celle de la contrepartie afin de déterminer l'existence d'une corrélation entre ces deux valeurs.

201. De nombreux travaux consacrés aux paiements pour services environnementaux s'intéressent à l'évaluation de la « valeur » du service rendu. Karel Mayrand et Marc Paquin ont ainsi pu relever que « l'estimation de la valeur des services environnementaux constitue un

⁹²⁹ V. supra. §. n° 88.

⁹³⁰ V. supra. §. n° 185.

⁹³¹ V. supra. §. n° 22.

⁹³² *Ibid.*

des plus gros défis de la mise en place des systèmes de PSE »⁹³³. La valeur du « service environnemental » repose sur la plus-value écologique obtenue par l'action – ou l'abstention – du prestataire de service environnemental. La traduction de cette valeur en termes monétaires résulte d'une négociation entre le prestataire et le « bénéficiaire » de ce service. Du fait de la mise en œuvre encore embryonnaire des paiements pour services environnementaux en droit interne, et de la confidentialité qui entoure les rares initiatives d'ores et déjà mises en œuvre, les réflexions sur le montant de la rémunération sont peu aisées. En conformité avec le principe de liberté contractuelle⁹³⁴, l'article L. 410-1 du Code de commerce dispose que les prix des services sont librement déterminés par le jeu de la concurrence. Dans le cas où une rémunération monétaire serait privilégiée, son montant est élaboré de manière concertée entre les parties⁹³⁵. Dans le même sens, l'économiste Alain Karsenty précise que le montant d'un paiement pour service environnemental est le plus souvent « déterminé à l'issue d'une négociation plus ou moins équilibrée et doit en principe couvrir au minimum le coût net du renoncement à une activité lié aux restrictions ou aux changements d'usage »⁹³⁶. Loin de se limiter à des restrictions ou des changements d'usages, les paiements pour services environnementaux peuvent également consister en la réalisation d'opérations d'ingénierie écologique portant sur la restauration ou la gestion de milieux naturels, notamment de zones humides⁹³⁷.

202. En dépit de la proximité entre paiements pour services environnementaux, services écosystémiques et évaluation économique, la doctrine a pu relever que « les montants versés sont rarement estimés à partir des méthodes d'évaluation monétaire des services écosystémiques »⁹³⁸. Il semble néanmoins possible d'affirmer que si le montant de la rémunération varie d'un service environnemental à l'autre, celui-ci sera fonction, notamment, de la mise en à disposition des terrains, des investissements humains (force de travail) et

⁹³³ MAYRAND K., PAQUIN M., *Le paiement pour les services environnementaux : étude et évaluation des systèmes actuels*, Unisfera International Centre, Commission de coopération environnementale de l'Amérique du nord, Montréal, 2004, p. 9.

⁹³⁴ Art. 1102 du C. civ. ; de plus, la liberté contractuelle constitue un principe de valeur constitutionnel depuis la Décision CC, 19 déc. 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, n° 2000-437 DC.

⁹³⁵ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc. ; Entretien réalisé le 17 juillet 2020 auprès de M. Alexandre Bacher, préc.

⁹³⁶ KARSENTY A., « Paiements pour services environnementaux et développement : coupler incitation à la conservation et investissement », préc., p. 2.

⁹³⁷ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

⁹³⁸ DELGOULET D. ; DUVAL L. ; LEPLAY S., *Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux : regards croisés sur deux instruments*, préc., p. 3 ; V. également, dans le même sens : KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., « Du mésusage des métaphores. Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ? », préc., p. 172.

financiers (coûts d'un renoncement, frais engagés, pertes, etc.) nécessaires pour la réalisation des prestations convenues entre les parties. Il est toutefois possible d'envisager que le montant de la rémunération puisse également être déterminé en fonction des bénéfices que l'on retire du service environnemental produit. Des actions ou des abstentions, peu coûteuses, peuvent en effet générer un bénéfice environnemental potentiellement élevé. À l'inverse, des services environnementaux peuvent être coûteux à produire, pour un bénéfice environnemental limité. Le déploiement des paiements pour services environnementaux laisse ainsi présager que le montant de la rémunération soit variable selon le service considéré. À titre d'exemple, une prestation qui consisterait à limiter ou augmenter le pâturage sur une prairie apparaît *a priori* moins onéreuse que la création, la restauration ou la réhabilitation d'une zone humide. Le prix du service environnemental pourra toutefois dépendre également de la rareté, ou de l'abondance, de l'offre de ce service. En l'absence de concurrence, la raréfaction de l'offre de services environnementaux pourrait en effet contribuer à surenchérir le coût certaines prestations. Pour limiter une inflation de leur prix, il conviendrait que ce secteur d'activité soit régulé de manière à garantir le maintien d'une quantité suffisante d'offre et de la demande de services environnementaux ainsi que leur diversité. À défaut, le risque serait non seulement de nous exposer à une hiérarchisation des services environnementaux en fonction de leur rentabilité, au risque de délaissier les services environnementaux les moins rémunérateurs, ou de faire peser une charge conséquente sur les « bénéficiaires » de ces services.

203. Si la détermination concertée d'une contrepartie à la réalisation d'un service environnemental semble *a priori* constituer la règle de principe, l'expérimentation française de « paiements pour services environnementaux » révèle que, dans ce cadre bien précis, la nature et le montant contrepartie sont déterminés unilatéralement par la personne publique.

2.- L'expérimentation française de « paiements pour services environnementaux » : une contrepartie exclusivement déterminée par la personne publique

204. Les paiements pour services environnementaux se distinguent des mesures agroenvironnementales et climatiques du second pilier de la PAC, dans la mesure où ces dernières indemnisent le plus souvent les opérateurs contractants à hauteur de la perte de revenus qu'ils subissent du fait des changements de pratiques adoptées⁹³⁹. Si le montant des

⁹³⁹ Art. 28 § 6 du règlement (UE) n° 1305/2013 du 17 décembre 2013, préc.

paiements octroyés dans le cadre des MAEC « peuvent également couvrir les coûts de transaction à concurrence d'une valeur maximale de 20 % de la prime versée pour les engagements agroenvironnementaux et climatiques »⁹⁴⁰, la liberté contractuelle est toutefois très limitée. Il est assez surprenant de constater que la rémunération accordée dans le cadre de l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux », menée par les agences de l'eau, ne sont pas déterminées par le libre jeu de l'offre et de la demande. Dans le cadre de ce dispositif, la demande est constituée exclusivement par les agences de l'eau et les sommes versées sont accordées unilatéralement et explicitement qualifiées de « subventions »⁹⁴¹. Toutefois, à la différence des dispositifs du second pilier de la PAC, les aides « ne sont pas fondée sur des pratiques dont il s'agirait de compenser les surcoûts et manques à gagner consécutifs à leur mise en œuvre, mais sur une quantification des services environnementaux réels rendus, au moyen d'indicateurs caractérisant le profil environnemental des exploitations, afin de favoriser une évolution vers les systèmes propres à celles d'entre elles qui génèrent le plus de bénéfices environnementaux »⁹⁴². Compte tenu de leur niveau d'encadrement, ces dispositifs ne sont pas sans rappeler les MAEC de la politique agricole commune.

205. Les aides sont en effet accordées à l'hectare⁹⁴³ et leur montant calculé en fonction de valeurs guides et de la performance environnementale de l'exploitation : « Montant des PSE = \sum (valeurs guides x notes de l'exploitation) »⁹⁴⁴. De surcroît, l'agence de l'eau Adour-Garonne conditionne leur attribution à la réunion de trois indicateurs cumulatifs : longueur de la rotation et couverture du sol (part des surfaces fourragères, capacité à stocker du carbone, présence de prairies permanentes et temporaires, etc.) ; extensification des pratiques agricoles (niveau d'utilisation des engrais azotés de synthèse et de produits phytosanitaires) ; et présence d'infrastructures agroécologiques (haies, lisières de bois, étangs, mares et prairies humides)⁹⁴⁵. Pour chaque indicateur, une note sur 10 points sera attribuée pour chaque exploitation⁹⁴⁶. La valeur du point étant fixée à 5 €/ha/an, le montant total de la rémunération est obtenu par la multiplication du nombre de points obtenus par la valeur du point par la Surface Agricole Utile

⁹⁴⁰ Art. 29 du règlement (UE) n° 1305/2013 du 17 décembre 2013, préc.

⁹⁴¹ Considérant 23 de la Décision de la Commission européenne, Aide d'État/France SA.55052 (2019/N), préc.

⁹⁴² *Ibid.*, considérant 22.

⁹⁴³ *Ibid.*, considérant 17.

⁹⁴⁴ *Ibid.*, considérant 27.

⁹⁴⁵ SOLAGRO, AGENCE DE L'EAU ADOUR-GARONNE, *Guide méthodologique et d'instruction 2020 pour la mise en place du PSE Adour-Garonne*, version 3 du 22 juillet 2020, p. 11.

⁹⁴⁶ *Ibid.*, p. 13.

(SAU) en hectare, cette dernière étant limitée à 60 hectare maximum⁹⁴⁷. Pour une exploitation de 45 hectares dont les indicateurs permettent d'obtenir un score de 15 points, le montant de la rémunération sera le suivant : $15 \times 5 \times 45 = 3375\text{€}$ / an pour l'exploitation.

Ces dispositifs se révèlent ainsi assez éloignés de paiements pour services environnementaux librement négociés, au point de nous demander si nous sommes en présence de véritables PSE. Cette rigidité s'explique toutefois dans la mesure où le dispositif est censé préfigurer la nouvelle politique agricole commune⁹⁴⁸. Les contrats conclus avec les exploitants agricoles ne sont d'ailleurs valables que jusqu'à l'entrée en vigueur de la nouvelle PAC⁹⁴⁹.

⁹⁴⁷ *Ibid.*, p. 19.

⁹⁴⁸ *Ibid.*

⁹⁴⁹ *Ibid.*

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

206. Encore peu appréhendés juridiquement, les paiements pour services environnementaux suscitent de nombreux enjeux de qualification juridique. Concept clef du dispositif, le « service environnemental » a longtemps été confondu avec le service rendu par les écosystèmes. Si ces derniers peuvent constituer la finalité des dispositifs de paiements pour services environnementaux, ils n'en constituent que rarement l'objet. Pouvant prendre des formes très variées, le service environnemental s'impose *in fine* comme une catégorie particulière de prestation de service par laquelle un prestataire s'engage, en dehors de toute obligation réglementaire, à restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes en vue d'en tirer un bénéfice individuel et/ou collectif. Si l'engagement du prestataire peut être motivé par un intérêt exclusivement économique, le service qu'il fournit constitue cependant une activité d'intérêt général sur le fondement de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

207. Élément central des dispositifs de paiements pour services environnementaux, « le paiement » possède, d'un point de vue juridique, un sens plus large que celui qui lui est classiquement attribué par les sciences économiques. Il apparaît toutefois plus intéressant d'envisager le recours au terme de « contreparties », de manière à faire intervenir non seulement un paiement (monétaire ou en nature), mais également un avantage fiscal. Si le montant des prestations réalisées dans le cadre d'un paiement pour service environnemental demeure librement déterminé par les parties, l'expérimentation française de « paiements pour services environnementaux », menée par les agences de l'eau, révèle que la mise en œuvre de ces dispositifs est très encadrée par la personne publique. Ce constat confirme ainsi que les paiements pour services environnementaux, tels que conceptualisés dans les approches économiques, sont rarement constitués dans la pratique. Nonobstant la détermination des modalités de ces paiements, de nombreuses interrogations subsistent sur les modalités juridiques d'établissement des relations entre le prestataire du service et son bénéficiaire.

CHAPITRE 2.- LE CONTRAT, SUPPORT JURIDIQUE PRIVILÉGIÉ DE MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES⁹⁵⁰

208. Dans sa nouvelle rédaction issue de l'ordonnance du 10 février 2016⁹⁵¹, l'article 1101 du Code civil définit le contrat comme « un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations »⁹⁵². Selon la *summa divisio* du droit des obligations, le contrat constitue un acte juridique, par opposition aux faits juridiques⁹⁵³. Parmi la catégorie des actes juridiques, le contrat se distingue, d'une part, de l'acte unilatéral en ce qu'il résulte d'un accord de volontés et, d'autre part, de la convention en ce qu'il génère des obligations entre les parties⁹⁵⁴. La rencontre des volontés s'impose en effet comme un élément déterminant dans le cadre d'une démarche de qualification juridique des dispositifs de compensation écologique et des paiements pour services environnementaux. En dépit des différences qui ont pu être précédemment exposées entre ces deux instruments, leur mise en œuvre semble reposer prioritairement sur une rencontre de volontés concrétisée juridiquement sous la forme d'un « contrat ». Il est toutefois intéressant de relever que la rencontre des volontés peut également être facilitée par la création d'un « marché », à l'image de celui des quotas de gaz à effet de serre (GES). Après avoir révélé que la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux et de la compensation écologique repose sur une pluralité de relations contractuelles (**Section 1**), nous déterminerons dans quelle mesure la rencontre des volontés peut s'appuyer sur le « marché » (**Section 2**).

⁹⁵⁰ Nous tenons à préciser que le choix de la formulation « support privilégié » est antérieur à la publication de l'ouvrage LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, préc., dont le titre de la troisième partie s'intitule « Le contrat comme instrument privilégié des paiements pour services environnementaux ? ».

⁹⁵¹ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, JO du 11 février 2016, texte n° 26.

⁹⁵² Dans sa rédaction initiale, l'article 1101 définissait le contrat comme « une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose ».

⁹⁵³ « Les actes juridiques sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets de droit. Ils peuvent être conventionnels ou unilatéraux. Ils obéissent, en tant que de raison, pour leur validité et leurs effets, aux règles qui gouvernent les contrats. » : art. 1100-1 du C. civ.

⁹⁵⁴ Pour un exposé de la distinction entre contrat et convention, V. notamment : CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 21 ; AUBERT J.-L., COLLART DUTILLEUL F., *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, 5^e éd., 2017, p. 127.

SECTION 1.- LA COEXISTENCE D'UNE PLURALITÉ DE RELATIONS CONTRACTUELLES

209. Issu de la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, le chapitre du Code de l'environnement dédié à la « Compensation des atteintes à la biodiversité » organise, entre autres, la possibilité pour toute personne soumise à une obligation de compenser d'y satisfaire par « contrat »⁹⁵⁵. Si ces dispositions permettent légitimement de préjuger de l'existence de « contrats » en matière de compensation écologique, la place de celui-ci est en revanche indéterminée dans la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux. La doctrine a néanmoins pu relever que « la mise en place de dispositifs PSE suppose la conclusion de contrats entre des fournisseurs de services environnementaux et les bénéficiaires de ces services, afin de rémunérer les premiers pour leur rôle en faveur de l'environnement »⁹⁵⁶. Ce faisant, le contrat apparaît *a priori* comme un objet commun aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Afin de vérifier cette intuition, la réalisation d'un exercice d'identification et de qualification de ces contrats apparaît indispensable. Cette analyse permettra d'identifier et de classer les contrats identifiés, afin notamment de déterminer le régime qui leur est applicable. Après avoir déterminé la place du contrat dans la mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique (§1), nous nous intéresserons ensuite au contenu des contrats mobilisés (§2).

§1.- LA DÉTERMINATION DE LA PLACE DU CONTRAT DANS LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

210. La recherche de la place du contrat dans la mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique soulève deux interrogations : peut-on parler de « contrat » au sens juridique du terme ? ; dans l'affirmative, quelle est la qualification des contrats conclus ? Ces interrogations apparaissent légitimes, dans la mesure où, à propos de certains « contrats » utilisés pour la gestion des espaces naturels, Philippe Billet

⁹⁵⁵ Art. L. 163-1 II du C. env.

⁹⁵⁶ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 10 ; V. également sur ce point : LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, préc., 447 p.

avait déjà pu relever que certains d'entre eux « n'ont souvent de contrats que le nom »⁹⁵⁷. Nous verrons ainsi que si la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux repose nécessairement sur des contrats, le recours à celui-ci est en revanche alternatif en matière de compensation écologique (A). Compte tenu de la diversité des relations contractuelles qui sont susceptibles de se nouer, il conviendra ensuite de déterminer dans quelles catégories s'insèrent les différents contrats qui ont pu être identifiés (B).

A.- LE CONTRAT, INSTRUMENT DE PRÉDILECTION DANS LE CADRE DE LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

211. Si les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux s'inscrivent dans une démarche de flexibilité qui peut justifier le recours au contrat (1), on peut cependant s'interroger sur la nature réellement contractuelle des liens juridiques créés à l'occasion de la mise en œuvre de ces deux dispositifs (2).

1.- La justification du recours au contrat dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux

212. Tourné vers l'intérêt propre de chacune des parties, le contrat peut sembler, à première vue, éloigné de la protection de l'environnement, qui poursuit un but d'intérêt général. Du fait de la volonté des autorités administratives de substituer aux moyens d'action traditionnels par voie de réglementation unilatérale une administration plus négociée, le contrat s'est imposé à partir des années 1970 comme « une nouvelle forme de l'action administrative »⁹⁵⁸. Ce mouvement dit de « contractualisation » a progressivement généré une extension du recours aux procédés contractuels à des champs totalement nouveaux⁹⁵⁹, au rang desquels la protection

⁹⁵⁷ BILLET Ph., « La protection contractuelle de l'environnement. À propos de certaines "conventions" de gestion des espaces naturels », in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 253.

⁹⁵⁸ ASSOCIATION CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE, *90^e Congrès des Notaires de France - Nantes, 8-11 mai 1994. Protection de l'environnement. De la contrainte au contrat*, préc., p. 192 ; V. également, sur ce point : CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, EDCE n° 59, 2008, p. 7 ; JÉGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », préc., pp. 23-33 ; HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, préc., 562 p.

⁹⁵⁹ CONSEIL D'ÉTAT, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, préc., p. 18.

de l'environnement⁹⁶⁰. Utilisé comme un moyen pour la puissance publique d'obtenir plus facilement l'adhésion des personnes privées vis-à-vis notamment des normes environnementales, le contrat a ainsi vu son rôle étendu, au point de devenir un instrument au service « d'un intérêt général tourné vers la protection de l'environnement »⁹⁶¹.

213. Dans le prolongement du succès qu'il a rencontré en matière d'environnement au cours des années 1990, le contrat s'est imposé, en particulier, comme l'instrument privilégié de mise en œuvre des premiers programmes agroenvironnementaux⁹⁶². De manière analogue, des « contrats Natura 2000 » ont également été déployés à partir du début des années 2000 afin de favoriser l'application des documents d'objectifs (DOCOB) des sites Natura 2000⁹⁶³. Selon Claire Etrillard, l'action unilatérale de la puissance publique a en effet pu paraître « inappropriée » pour amener les agriculteurs à réduire leurs incidences environnementales et encourager les comportements vertueux en faveur de l'environnement⁹⁶⁴. Dans le même sens Olivier Aznar, chercheur en agronomie, a pu relever que « le fait de raisonner en termes de service environnemental et de paiement pour service rendu conduit à privilégier un mode d'action fondé sur une logique volontaire et contractuelle »⁹⁶⁵. Les paiements pour services environnementaux reposant, par nature, sur une démarche volontaire, leur mise en œuvre ne peut résulter que d'une manifestation libre de volonté. Chaque partie demeure dès lors libre de

⁹⁶⁰ CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », in CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 3 et s. ; MONTEILLET V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017, p. 14 et s. ; V. également en ce sens : GIRAUDEL C., « Un phénomène nouveau : le développement des conventions et du partenariat privé », in GIRAUDEL C., (dir.), *La protection conventionnelle des espaces naturels, étude de droit comparé de l'environnement*, PULIM, 2000, p. 18 ; BOUTONNET M., « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTD Civ.*, n° 1, 2008, p. 1 ; BELRHALI-BERNARD H., « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, n° 6, 2009, p. 1683.

⁹⁶¹ BOUTONNET M., « Le contrat et le droit de l'environnement », préc.

⁹⁶² V. notamment en ce sens : GERVASONI V., « Les outils de la PAC (CTE, CAD, MAE), portée et limites », in *Gestion conventionnelle des espaces naturels : bail rural-bail nature ? Journée d'étude et d'échange organisée par la SFDE*, Strasbourg, le 22 mai 2003, p. 12 ; GERVASONI V., « Les conventions de protection de la nature », *RJE*, NSP/2008, p. 135 ; AUBIN-BROUTÉ R.-J., *Le contrat en agriculture. Contribution à l'étude du contrat comme instrument de l'action publique*, LGDJ, 2014, p. 430 ; BOY L., « Contrat agri-environnemental : aide ou rémunération ? », préc., p. 52 et s.

⁹⁶³ Art. 8 de l'ord. n° 2001-321 du 11 avril 2001 relative à la transposition de directives communautaires et à la mise en œuvre de certaines dispositions du droit communautaire dans le domaine de l'environnement, préc.

⁹⁶⁴ ETRILLARD C., « Contrats et écosystèmes agricoles. Des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux », préc., p. 296.

⁹⁶⁵ AZNAR O. et al., « Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux », préc., p. 207.

formuler des propositions et contrepropositions, qui pourront à leur tour être acceptées, modulées ou refusées dès lors qu'une partie ne serait pas satisfaite des engagements proposés.

214. Comme le relève Marthe Lucas, le contrat occupe une place centrale dans l'exécution de l'obligation de compensation écologique⁹⁶⁶. Bien avant que la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 ne consacre explicitement le contrat comme une des voies possibles de satisfaction de l'obligation de compensation, celui-ci était déjà utilisé, de longue date, pour permettre au débiteur d'une obligation de compenser ne disposant pas des capacités nécessaires pour réaliser lui-même ses propres mesures compensatoires, d'en confier la réalisation à des tiers spécialisées. Si le recours au contrat n'avait pas été explicitement prévu par le législateur dans la loi du 10 juillet 1976, cet instrument s'est imposé dans la pratique, en raison des avantages qu'il présente pour la réalisation d'une obligation de compensation écologique. Si l'acquisition de terrains par le débiteur d'une obligation de compenser ou un opérateur de compensation peut être envisagée, cette solution peut néanmoins se révéler coûteuse et complexe, du fait notamment de la pression exercée sur le foncier agricole et de la nécessité de trouver des terrains adaptés à la compensation. Ce faisant, le contrat sera le plus souvent privilégié pour affecter un espace à un usage écologique sans avoir pour autant besoin d'en acquérir la propriété⁹⁶⁷.

Dans la mesure où « les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »⁹⁶⁸, le recours au contrat va également permettre de sécuriser juridiquement la réalisation des mesures compensatoires. Le débiteur d'une obligation de compenser restant « dans tous les cas [...] seul responsable à l'égard de l'autorité administrative qui a prescrit ces mesures de compensation »⁹⁶⁹, celui-ci ne peut par conséquent pas opposer l'existence de son contrat à l'autorité administrative pour se dégager de son obligation. En présence d'un contrat, il sera néanmoins possible au débiteur d'une obligation de compenser d'exiger de son opérateur de compensation qu'il exécute les obligations qu'il a accepté de consentir. À défaut, celui-ci pourra exercer contre l'opérateur de compensation défaillant les actions classiques applicables en cas d'inexécution contractuelle : exécution forcée, exception d'inexécution, application de pénalités, etc. Compte tenu des conséquences financières et matérielles qu'entraînent, pour le débiteur d'une obligation de compensation écologique, une mauvaise exécution ou un abandon

⁹⁶⁶ LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », *EEI*, n° 6, 2017, dossier 11, p. 26 et s.

⁹⁶⁷ DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 106.

⁹⁶⁸ Art. 1103 du C. civ.

⁹⁶⁹ Art. 163-1 II du C. env.

des mesures compensations exigées pour la réalisation de son projet, plan ou programme, la pratique révèle qu'une résolution amiable est le plus souvent privilégiée⁹⁷⁰.

215. Si le recours au contrat apparaît *a priori* justifié en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, les relations nouées dans le cadre de la mise en œuvre de ces dispositifs sont-elles nécessairement contractuelles ?

2.- La nature essentiellement contractuelle des relations nouées dans le cadre de la mise en œuvre des instruments économiques

216. Bien que la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 envisage le recours au « contrat » dans l'hypothèse où la réalisation des mesures compensatoires serait confiée à un tiers, encore faut-il déterminer si les relations nouées entre le débiteur d'une obligation de compenser et l'opérateur de compensation choisi par lui relèvent bien de cette qualification. Les paiements pour services environnementaux n'étant pas encore explicitement reconnus en droit interne, la question relative à la qualification de la relation entre le prestataire et le bénéficiaire d'un service environnemental apparaît tout aussi légitime.

217. La référence explicite au « contrat » est relativement peu présente des principales définitions économiques consacrées aux paiements pour services environnementaux⁹⁷¹. Parmi les principaux auteurs, on notera par exemple que Sven Wunder, ou encore la FAO, se réfèrent seulement aux expressions « transaction volontaire »⁹⁷² et « opérations volontaires »⁹⁷³ sans jamais faire référence au contrat. Le fait que les paiements pour services environnementaux reposent indiscutablement sur un engagement volontaire permet-il, pour autant, de caractériser l'existence d'une relation contractuelle ? Du point de vue juridique, Claire Etrillard relève que « les PSE apparaissent comme des constructions contractuelles [...]. La relation contractuelle suppose que les parties (fournisseurs et acquéreurs de services) s'entendent sur les modalités de mise en œuvre du PSE et sur le paiement octroyé en contrepartie du respect des

⁹⁷⁰ V. infra. §. n° 497.

⁹⁷¹ V. supra. §. n° 22.

⁹⁷² WUNDER S., « Payments for Environmental Services: Some Nuts and Bolts », préc., p. 3.

⁹⁷³ FAO, *La situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture 2007. Payer les agriculteurs pour les services environnementaux*, préc., p. 8.

obligations »⁹⁷⁴. Plus mesurée, Alexandra Langlais souligne qu'au « au regard de l'extrême diversité des mécanismes susceptibles de recevoir la qualification de PSE, on peut s'interroger sur l'homogénéité de cette catégorie et de sa capacité à répondre à une seule et même catégorie juridique : celle du contrat »⁹⁷⁵. L'interrogation de l'auteur n'est pas sans rappeler les questionnements relatifs à la nature contractuelle des mesures agro-environnementales de la PAC ou encore des « contrats Natura 2000 ». Le contenu de ces deux types de « contrats » étant soumis à une réglementation, limitant ainsi quelque peu la liberté contractuelle des parties, la doctrine a pu retenir la qualification d'« actes administratifs unilatéraux » ou encore de « contrats d'adhésion »⁹⁷⁶. Bien que le contenu de l'engagement soit déterminé à l'avance par l'administration, l'existence d'un consentement librement donné tend en effet à rapprocher ces actes juridiques cette dernière catégorie⁹⁷⁷. Si la nature contractuelle des contrats d'adhésion a pu être sujette à débats, celle-ci est aujourd'hui pleinement reconnue par la doctrine⁹⁷⁸. En l'absence de reconnaissance juridique explicite, par le législateur, du caractère contractuel des paiements pour services environnementaux, il convient par conséquent de déterminer si ceux-ci reposent sur la conclusion de véritables « contrats » au sens civiliste du terme.

218. Comme cela été évoqué précédemment, l'article 1101 du Code civil exige que deux conditions cumulatives soient remplies pour que l'on puisse qualifier juridiquement un acte de « contrat » : deux parties au moins doivent s'engager réciproquement à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. Nous relèverons sur ce point, qu'au regard de « l'unité conceptuelle du contrat », ces deux critères sont applicables pour déterminer la nature contractuelle tant des contrats administratifs, que des contrats de droit privé⁹⁷⁹. De surcroît, l'obligation peut être entendue comme « un lien de droit entre deux personnes par lequel l'une, le débiteur, est tenue d'une prestation vis-à-vis de l'autre, le créancier »⁹⁸⁰. À la lecture des

⁹⁷⁴ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 4 ; ETRILLARD C., « Contrats et écosystèmes agricoles. Des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux », préc., p. 299.

⁹⁷⁵ LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », préc., p. 192.

⁹⁷⁶ TRUILHÉ-MARENGO E., « Contractualisation, réglementation : quelle articulation entre les outils de gestion des sites Natura 2000 ? », *RJE*, 2/2005, p. 138 ; BOUTONNET M., « L'efficacité environnementale du contrat », in BOSKOVIC O. (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement. Mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, 2010, spéc. p. 21 et p. 33.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, p. 139.

⁹⁷⁸ *Ibid.*, p. 140

⁹⁷⁹ RICHER L., LICHÈRE F., *Droit des contrats administratifs*, 11^e éd., LGDJ, 2019, p. 20.

⁹⁸⁰ GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, préc., p. 718.

principales définitions économiques relatives aux paiements pour services environnementaux⁹⁸¹, la relation entre le prestataire et le bénéficiaire d'un « service environnemental » repose sur un engagement synallagmatique : le prestataire s'engage à réaliser un « service environnemental » ; en contrepartie duquel le bénéficiaire de ce service s'engage à lui accorder une contrepartie, qui peut prendre la forme d'un « paiement »⁹⁸². L'acte formalisant cette relation produisant des effets juridiques, nous ne sommes pas en présence d'une convention mais d'un contrat, qui s'impose comme le support juridique exclusif des paiements pour services environnementaux. À propos des conventions de pollinisation, Philippe Billet explique que, « même non écrite, la convention de pollinisation reste un contrat, conclu entre un apiculteur et un producteur, par lequel le premier s'engage à mettre à la disposition du second un certain nombre de ruches », en contrepartie de quoi il bénéficiera d'un paiement⁹⁸³. Ce faisant, les paiements pour services environnementaux s'imposent comme une nouvelle illustration de la diversification et de la spécialisation des contrats⁹⁸⁴. Si le contrat constitue l'instrument exclusif de mise en œuvre de ces dispositifs, un constat différent peut être dressé en matière de compensation écologique.

219. La loi « Biodiversité » du 8 août 2016 contribue à apporter quelques informations nouvelles sur la nature de la relation juridique entre le débiteur d'une obligation de compenser et l'opérateur de compensation écologique choisi par lui. En disposant que toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité peut en confier la réalisation par « contrat » à un opérateur de compensation⁹⁸⁵, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 consacre une pratique déjà assez largement répandue⁹⁸⁶. Il est toutefois notable de relever que, par ce choix, le législateur impose que la mise en œuvre des mesures compensatoires ne puisse être confiée à un tiers qu'au moyen d'un acte juridique bien déterminé, à l'exclusion de tout autre : le contrat. Dans l'hypothèse où les mesures de compensation seraient mises en œuvre sur un terrain n'appartenant pas au débiteur de l'obligation de compenser, ou à l'opérateur de compensation désigné par lui, le législateur exige

⁹⁸¹ V. supra. §. n° 22.

⁹⁸² V. supra. §. n° 183 et s.

⁹⁸³ BILLET Ph., « De la pollinisation considérée comme un service. Approche juridique d'une fonction naturelle », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 381 ; BILLET Ph., « Considérations juridiques sur le service de pollinisation », préc., p. 60.

⁹⁸⁴ COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd., 2019, p. 3.

⁹⁸⁵ Art. L. 163-1 II et III du C. env.

⁹⁸⁶ V. supra. §. n° 214.

également qu'un « contrat » définissant la nature des mesures de compensation et leurs modalités de mise en œuvre, ainsi que leur durée, soit conclu avec le propriétaire et, le cas échéant, le locataire ou l'exploitant⁹⁸⁷. Si le législateur n'impose pas que les mesures compensatoires soient réalisées sur un terrain appartenant au débiteur de l'obligation de compenser ou à l'opérateur de compensation désigné par lui, l'exigence formulée à l'article L. 163-2 du Code de l'environnement vise à garantir que la mise en œuvre des mesures compensatoires prescrites soit assurée sur le long terme. Ce choix apparaît également justifié dans la mesure où, économiquement plus avantageuse que l'acquisition foncière, la prise à bail est le plus souvent privilégiée pour la réalisation des mesures compensatoires⁹⁸⁸. Cette raison explique d'ailleurs en grande partie la possibilité reconnue explicitement par le législateur de mobiliser l'obligation réelle environnementale (ORE) à des fins de compensation écologique⁹⁸⁹. Empruntant à la distinction établie par Catherine Giraudel et Louis Lorvellec à propos de la gestion conventionnelle des espaces naturels⁹⁹⁰, les contrats envisagés par le législateur pour la mise en œuvre des compensations écologiques semblent pouvoir être regroupés dans deux catégories : les contrats utilisés pour s'assurer de la maîtrise foncière des sites destinés à accueillir les mesures compensatoires ; et les contrats mettant en place des mesures de gestion écologique sur ces terrains. Cette classification ne reflète toutefois que très imparfaitement la diversité des contrats mobilisés dans le cadre des compensations écologiques.

220. Si le choix du législateur d'imposer le recours au contrat est justifié au regard de la sécurité juridique qu'il apporte pour satisfaire une obligation de compensation écologique⁹⁹¹, le Code de l'environnement est en revanche laconique sur la nature juridique et la diversité des contrats susceptibles d'être mobilisés pour satisfaire cette obligation. Désigné sous le terme de « contrat de compensation » par la doctrine⁹⁹², le « contrat » mentionné à l'article L. 163-1 II est défini par Marthe Lucas comme « celui qui détermine et organise les conditions de réalisation des mesures compensatoires du projet dans le temps et dans l'espace conformément

⁹⁸⁷ Art. L. 163-2 du C. env.

⁹⁸⁸ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc. ; Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, Cheffe de projet à la Caisse des Dépôts et Consignations – Biodiversité (CDC – Biodiversité).

⁹⁸⁹ V. infra. §. n° 362 et s.

⁹⁹⁰ GIRAUDEL C., LORVELLEC L., « Gestion conventionnelle des espaces naturels », in *20 ans de protection de la Nature. Hommage au Professeur Michel Despax*, SFDE, Pulim, 1998, p. 94.

⁹⁹¹ V. supra. §. n° 214.

⁹⁹² 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*, n° 37, 2016, p. 948 ; LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., p. 25.

aux prescriptions administratives »⁹⁹³. Dans la mesure où cet accord de volonté a pour objet de créer des obligations réciproques entre un opérateur – qui s’engage à réaliser les mesures compensatoires convenues – et le débiteur d’une obligation de compenser – qui rémunère l’opérateur de compensation en contrepartie de sa prestation – l’existence d’une relation contractuelle ne souffre d’aucune ambiguïté. Si la formulation adoptée par l’article L. 163-1 II du Code de l’environnement pourrait laisser penser qu’il existerait *un* contrat de compensation, la doctrine et la pratique révèlent que le recours au contrat dans le cadre de la compensation écologique ne se décline pas au singulier, mais bien au pluriel⁹⁹⁴. Sur ce point, Marthe Lucas relève très justement que « la réalisation de l’obligation de compensation écologique se décompose en effet le cas échéant en plusieurs opérations qui chacune sont susceptibles de donner lieu à un contrat spécifique avec des cocontractants différents : maîtrise foncière (le plus souvent un contrat de bail), lancement de travaux de génie écologique (contrat de prestation de service, parfois soumis aux règles du marché public), gestion, entretien (conventions de gestion, contrats de prestation de service, fiducies, etc.) et suivi des mesures compensatoires, voire des contrats d’assurance en vue d’obtenir une garantie bancaire contre le risque d’inexécution majeur des mesures compensatoires. Il existe donc plutôt une myriade de contrats autour de l’obligation de compenser, qui diffèrent selon leur objet, leur régime juridique de droit privé ou public ou selon l’ampleur des mesures compensatoires (multiplicité des habitats/espèces à compenser, éparpillement des sites dans l’espace) »⁹⁹⁵.

Outre la conclusion de « nouveaux » contrats, la satisfaction d’une obligation de compensation écologique peut également nécessiter une mise en compatibilité de contrats préexistants avec les nouveaux engagements souscrits. Si le bail rural à clauses environnementales peut apparaître relativement favorable à la réalisation de mesures compensatoires⁹⁹⁶, il conviendra, cependant, de s’assurer préalablement que les clauses relatives à la réalisation des mesures compensatoires soient compatibles avec les clauses ou le régime dudit bail. À défaut, il conviendra d’en modifier les stipulations, avec l’accord du bailleur, afin de le rendre compatible avec les engagements souscrits par le preneur. Dans le cas où une modification des clauses du bail seraient rendues nécessaires, un nouveau contrat peut

⁹⁹³ LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., p. 25.

⁹⁹⁴ 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 », préc., p. 948 ; LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., p. 25 ; Entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, Avocat au barreau de Lyon, Président d’Hélios Fiducie.

⁹⁹⁵ LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., pp. 25-26.

⁹⁹⁶ Art. L. 411-27 et R. 411-9-11-1 du C. rur.

ainsi intervenir entre le débiteur d'une obligation de compenser – ou l'opérateur de compensation écologique – et le bailleur, en vue notamment de compenser le changement de bail intervenu sur son bien⁹⁹⁷. *In fine*, la multiplication des contrats n'est pas sans risque pour la réalisation des mesures compensatoires, dans la mesure où la défaillance d'un des co-contractants peut rejaillir sur l'ensemble des autres contrats. Si le contrat ne constitue pas l'instrument exclusif pour satisfaire une obligation de compensation écologique, l'hypothèse dans laquelle aucun contrat ne serait conclu apparaît toutefois plus que réduite.

221. Incontournable dans le cadre de la compensation écologique et exclusif en matière de paiements pour services environnementaux, le contrat s'impose comme un instrument commun à ces deux dispositifs. Au regard de la diversité des relations contractuelles susceptibles d'être nouées, il convient de classer les contrats utilisés dans les catégories existantes.

B.- L'INTÉGRATION DES CONTRATS MOBILISÉS DANS LES CATÉGORIES JURIDIQUES EXISTANTES

222. Au-delà de son intérêt académique, l'intégration des contrats utilisés dans le cadre de la mise en œuvre de la compensation écologique et de paiements pour services environnementaux au sein des catégories juridiques existantes présente également un intérêt pratique. Selon leur qualification, découle l'application d'un régime juridique particulier. Après nous être intéressés aux diverses formes de contrats susceptibles d'être mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique (1), nous déterminerons ensuite la nature publique ou privée de ces contrats (2).

1.- La diversité des formes de contrats mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des instruments économiques

223. Dans la mesure où nous avons précédemment démontré que le service environnemental constitue une catégorie particulière de prestation de service⁹⁹⁸, contractualisée⁹⁹⁹, le rattachement à la catégorie des « contrats de prestation de service » semble logiquement s'imposer. Avant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des

⁹⁹⁷ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

⁹⁹⁸ V. supra. §. n° 174.

⁹⁹⁹ V. supra. §. n° 223.

contrats, du régime général et de la preuve des obligations, cette terminologie n'était pas explicitement consacrée dans le Code civil. Ce dernier se référait à « deux sortes de contrats de louage : Celui des choses, Et celui d'ouvrage »¹⁰⁰⁰. Selon l'article 1710 du Code civil, « le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles »¹⁰⁰¹. Constitutif d'une obligation de faire, le contrat de louage d'ouvrage vise notamment, selon l'article 1779 du Code civil, le « louage de service », sans que celui-ci ne soit défini par le législateur. Aux contrats de « louage d'ouvrage » ou de « louage de service », le juge judiciaire préférera, dans sa jurisprudence, le terme de « contrat de service »¹⁰⁰². De manière autonome au droit de l'Union européenne¹⁰⁰³, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, inscrira dans le Code civil la terminologie « contrats de prestation de service » aux articles 1165 et 1352-8 du Code civil, sans pour autant donner, une fois encore, de définition¹⁰⁰⁴.

Dans le silence de la loi, le Vocabulaire Cornu définit le contrat de prestation de service – ou contrat de service – comme « une notion générique englobant, à l'exclusion de la fourniture de produits (en pleine propriété), celle de tout avantage appréciable en argent (ouvrage, travaux, gestion, conseil, etc.) en vertu des contrats les plus divers (mandat, entreprise, contrat de travail, bail, assurance, prêt à usage, etc.) »¹⁰⁰⁵. Extensive, cette définition permet d'inclure une grande diversité d'obligations contractuelles. À la différence du louage d'ouvrage, qui ne vise que des obligations de faire, la définition du contrat de prestation de service proposée permet d'envisager non seulement des obligations de faire, mais également de ne pas faire. Cette définition est intéressante puisqu'elle permet d'inclure la réalisation de prestations de services environnementaux ou de mesures de compensatoires, pour lesquelles nous avons pu relever que des obligations de ne pas faire pouvaient être assez largement sollicitées¹⁰⁰⁶. Les paiements pour services environnementaux ayant été précédemment définis comme un dispositif par lequel un prestataire est incité à s'engager par contrat, en dehors de

¹⁰⁰⁰ Art. 1708 du C. civ.

¹⁰⁰¹ Art. 1710 du C. civ.

¹⁰⁰² LARDEUX G., « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.*, 2016., p. 1659 ; LABARTHE F., « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, pp. 491-492.

¹⁰⁰³ LARDEUX G., « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », préc.

¹⁰⁰⁴ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

¹⁰⁰⁵ CORNU G., *Vocabulaire juridique*, préc., p. 792.

¹⁰⁰⁶ V. supra. §. n° 174.

toute obligation réglementaire, à restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes en contrepartie d'un paiement ou d'un avantage de toute nature¹⁰⁰⁷, ces dispositifs s'assimilent *a priori* à des contrats de prestation de service. De la même manière, si le « contrat de compensation » envisagé à l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement peut avoir comme objet, non seulement la réalisation de mesures de gestion et de suivi, mais également d'opérations de restauration et/ou de réhabilitation écologiques¹⁰⁰⁸, celui-ci prend le plus souvent entre personnes privées la forme d'un contrat de prestation de service¹⁰⁰⁹.

Si le contrat de prestation de service s'impose comme une catégorie privilégiée de contrats mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, cette qualification ne peut être retenue qu'à propos de certains contrats que sont, d'une part, le contrat qui lie un prestataire et une « bénéficiaire » de service environnemental et, d'autre part, le contrat qui lie le débiteur d'une obligation de compenser et son opérateur de compensation. Or, la mise en œuvre de ces deux dispositifs s'appuie, comme nous l'avons vu, sur une pluralité de contrats dont l'objet n'est pas nécessairement une prestation de service. Il en est ainsi notamment des conventions de mise à disposition, ou encore du contrat de vente qui intervient lorsque le débiteur d'une obligation de compensation ou un opérateur de compensation souhaitent acquérir un bien en pleine propriété. Une distinction semble ainsi devoir s'opérer entre, d'une part, les contrats pour lesquels la prestation de service constitue l'objet « principal » et, d'autre part, ceux pour lesquels celle-ci n'est qu'« accessoire »¹⁰¹⁰. Caractérisés par une pluralité d'objets distincts (location, transfert de biens, droits ou sûretés, prestation de service, versement d'une indemnité d'assurance, etc.) ces contrats « accessoires » s'apparenteraient dès lors à des « contrats mixtes ».

Si les contrats de vente, de location ou de prestation de service constituent les catégories de contrats les plus utilisées dans le cadre de la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux, d'autres qualifications peuvent venir compléter ou s'ajouter aux qualifications d'ores et déjà identifiées.

¹⁰⁰⁷ V. supra. §. n° 185.

¹⁰⁰⁸ Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

¹⁰⁰⁹ Entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, préc.

¹⁰¹⁰ V. notamment sur ce point : POUMARÈDE M., « Services écosystémiques et contrat Quelle obligation contractuelle environnementale ? », *Droit et ville*, n° 84, 2017, p. 211.

224. Certains auteurs distinguent en effet les contrats selon qu'ils sont expressément ou implicitement énoncés par le Code civil¹⁰¹¹, tandis que d'autres s'appuient sur le type de contrat, leur objet, la qualité des contractants ou encore le mode de formation des contrats¹⁰¹². L'ensemble de ces classifications étant « en principe cumulatives »¹⁰¹³, il convient d'envisager si certaines d'entre elles peuvent trouver à s'appliquer à notre objet, et éclairer le rapprochement – ou la distinction – entre les contrats mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux.

Parmi les classifications établies par le Code civil, ces contrats ont ainsi en commun d'être synallagmatiques, dans la mesure où ils reposent sur un l'engagement réciproque de chacune des parties l'une envers l'autre¹⁰¹⁴. Ces contrats sont également conclus à titre onéreux, dans la mesure où « chacune des parties reçoit de l'autre un avantage en contrepartie de celui qu'elle procure »¹⁰¹⁵. En revanche, si les contrats utilisés dans le cadre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux constituent des contrats de gré à gré, car leur contenu est en principe négociable entre les parties, ces derniers peuvent également s'assimiler à des contrats d'adhésion dès lors qu'ils comportent « un ensemble de clauses non négociables, déterminées à l'avance par l'une des parties »¹⁰¹⁶. Si la mise en œuvre d'un paiement pour service environnemental ne peut reposer, au regard du caractère volontaire de ce dispositif, sur un acte unilatéral¹⁰¹⁷, aucune définition des PSE n'exige cependant que la liberté contractuelle soit totale. L'exemple offert par l'expérimentation des « paiements pour services environnementaux » menée par les agences de l'eau révèle que les conditions d'accès au contrat, la listes des mesures éligibles et les modalités de calcul de la rémunération sont déterminés par la personne publique contractante¹⁰¹⁸. Par conséquent, les contrats conclus dans ce cadre bien déterminé peuvent être assimilés à des contrats d'adhésion.

À propos des compensations écologiques, Marthe Lucas a pu relever que « dans la mesure où l'obligation de compenser est déterminée par l'autorisation administrative du projet, le contenu du contrat est nécessairement dépendant de celle-ci. Les contrats de prestation de service et de gestion reprendront les caractéristiques des mesures de compensations prédéfinies

¹⁰¹¹ AUBERT J.-L., COLLART DUTILLEUL F., *Le contrat. Droit des obligations*, préc., p. 28.

¹⁰¹² MALAURIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018, p. 207 et s.

¹⁰¹³ *Ibid.*, p. 31

¹⁰¹⁴ Art. 1106 du C. civ.

¹⁰¹⁵ Art. 1107 du C. civ.

¹⁰¹⁶ Art. 1110 du C. civ.

¹⁰¹⁷ V. supra. §. n° 213.

¹⁰¹⁸ AGENCE DE L'EAU ADOUR-GARONNE, *Appel à candidatures sur les nouveaux territoires du bassin Adour-Garonne validés en 2020*, 11 p.

par l'arrêté d'autorisation et conformément à la loi RBNP »¹⁰¹⁹. Si l'autorité administrative compétente pour instruire le « dossier de demande »¹⁰²⁰ ne peut pas intervenir directement sur le contenu du « contrat de compensation » négocié par le débiteur de l'obligation de compenser et l'opérateur de compensation choisi par lui, elle peut néanmoins demander que les mesures compensatoires proposées par le pétitionnaire soient modifiées. À défaut, l'autorité administrative considérera que les mesures sont inappropriées et rejettera la demande.

225. En dehors des qualifications explicitement prévues par le Code civil ou le Code de la commande publique, la doctrine propose une grande diversité des classifications dont certaines sont spécifiquement environnementales. Selon Mathilde Boutonnet, les « contrats environnementaux » constitueraient une « catégorie contractuelle » regroupant une grande diversité de contrats ayant pour finalité principale ou accessoire de protéger l'environnement¹⁰²¹. Ce faisant, certains auteurs ont pu intégrer dans cette catégorie les paiements pour services environnementaux¹⁰²² ou encore le « contrat de compensation »¹⁰²³. Si le « contrat de compensation » visé à l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement est indiscutablement doté par les parties d'un objet environnemental, il nous semble toutefois discutable de considérer ces contrats aient pour objet et/ou pour finalité de protéger l'environnement. La raison d'être de ce contrat étant de permettre de réparer les « atteintes prévues ou prévisibles à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un

¹⁰¹⁹ LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., p. 27.

¹⁰²⁰ Selon le guide du CGDD relatif à la définition des mesures ERC, l'expression « dossier de demande » est retenue quelle que soit la procédure concernée : étude d'impact, évaluation environnementale ou autorisation environnementale : COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Évaluation environnementale. Guide d'aide à la définition des mesures ERC*, Service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable, janv. 2018, p. 17.

¹⁰²¹ Le contrat environnement peut être défini comme une « catégorie de contrats qui, au moyen d'un ordre public environnemental et d'une marchandisation environnementale, ont pour finalité principale ou accessoire de protéger l'environnement. Elle s'oppose ici aux contrats non environnementaux qui, par le biais d'obligations environnementales subjectives, tournées vers les intérêts des parties, participent exclusivement à la gestion du risque dans leur intérêt personnel » (HAUTEREAU-BOUTONNET M., « Les contrats environnementaux », in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, p. 443) ; ou bien encore comme une « catégorie contractuelle qui, regroupant tous les contrats ayant pour finalité d'appréhender l'environnement, a pour conséquence de réguler les relations homme/environnement » (HAUTEREAU-BOUTONNET M., « Le contrat environnemental », *D.*, 2015, p. 217).

¹⁰²² LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », préc., p. 199 ; HAUTEREAU-BOUTONNET M., « Les contrats environnementaux », préc., p. 454 et s. ; BOUTONNET M., « L'efficacité environnementale du contrat », préc., p. 26

¹⁰²³ LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., p. 26.

programme ou d'un autre document de planification »¹⁰²⁴, celui-ci n'est pas tant conclu dans l'intérêt de la protection de l'environnement que dans celui-ci du maître d'ouvrage ou du pétitionnaire pour satisfaire une obligation réglementaire. Au regard des nombreuses incertitudes qui pèsent encore sur l'efficacité écologique de compensations écologiques, considérer que l'on *protège* quelque part, dès lors que l'on compense en réalité ce que l'on détruit ailleurs, nous semble relever de la « supercherie »¹⁰²⁵. Si les paiements pour services environnementaux sont *a priori* susceptibles d'intégrer la catégorie des « contrats environnementaux », le « contrat de compensation » ne peut qu'en être exclu.

226. Après avoir étudié la diversité des formes de contrats susceptibles d'être mobilisés dans le cadre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux, nous allons à présent nous intéresser à la nature publique ou privée de ces contrats.

2.- La nature publique ou privée des contrats mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des instruments économiques

227. L'identification du caractère public ou privé d'un contrat est un aspect essentiel dans la mesure où il détermine le régime juridique applicable et la juridiction compétente. À la différence des contrats de droit privé, les contrats de droit public sont régis par des règles exorbitantes du droit commun et relèvent de la compétence du juge administratif. En présence d'un contrat public, la personne publique dispose, même dans le silence du contrat, de prérogatives lui permettant d'exercer un pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution du contrat¹⁰²⁶, de modification unilatérale du contrat¹⁰²⁷, de sanction de son cocontractant en cas de manquement à ses obligations contractuelles (sanctions pécuniaires, coercitives ou résolutoires)¹⁰²⁸ et de résiliation unilatérale du contrat pour un motif d'intérêt général, même en l'absence de faute de son cocontractant¹⁰²⁹. Si l'exercice de ces prérogatives présente un intérêt indiscutable pour assurer la pérennité et/ou la continuité d'opérations de gestion de la biodiversité, ce régime se révèle très contraignant pour le cocontractant public ou privé, au

¹⁰²⁴ Art. L. 163-1 I du C. env.

¹⁰²⁵ UNTERMAIER J., « De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé », préc., p. 399.

¹⁰²⁶ CE, 27 juill. 1932, Léonard, Rec. p. 799.

¹⁰²⁷ CE, 2 févr. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, req. n° 34027, Rec. p. 33.

¹⁰²⁸ CE, 6 déc. 1907, Deplanque, req. n° 04244 et s., Rec. p. 513.

¹⁰²⁹ CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, req. n° 32401, Rec., p. 246.

risque de le décourager de s'engager dans des démarches contractuelles de protection de l'environnement. Les contrats administratifs ne sont toutefois qu'une des deux catégories de contrats pouvant être passés par les personnes publiques, qui peuvent également recourir à des contrats de droit privé. Diverses, les relations contractuelles nouées dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux ou de compensation écologique sont-elles soumises au droit commun, ou au contraire à un régime de droit public ?

228. Un contrat peut être qualifié d'administratif soit par détermination de la loi, soit par application de critères jurisprudentiels dégagés par le juge administratif. Dans le premier cas, un contrat est administratif dès lors que la loi impose, en cas de litige, la compétence des juridictions administratives. À titre d'exemple, l'article L. 414-3 I alinéa 3 du Code de l'environnement dispose que « les litiges relatifs à l'exécution [des contrats Natura 2000] sont portés devant la juridiction administrative ». De la même manière, les litiges relatifs aux contrats territoriaux d'exploitation (CTE), aujourd'hui disparus, devaient être portés devant les tribunaux administratifs¹⁰³⁰. Plus encore, le Code général de la propriété des personnes publiques dispose que les litiges relatifs aux contrats comportant occupation du domaine public sont portés devant la juridiction administrative¹⁰³¹. La conclusion de contrats en vue de la réalisation de prestations de services environnementaux ou de mesures compensatoires sur le domaine public fluvial ou maritime, ou sur des terrains appartenant aux au Conservatoire de l'espace du littoral et des rivages lacustres (communément appelé « Conservatoire du littoral ») seraient par conséquent qualifiés d'administratifs par détermination de la loi. Dans une décision « Doucedame » précédemment citée, le Tribunal des conflits avait refusé de considérer qu'un massif forestier appartenant à un département et constitutif d'un espace naturel sensible relevait du domaine public de cette personne publique, au motif que les aménagements réalisés sur cet espace étaient insuffisants pour les considérer comme des aménagements spécialement adaptés à l'exploitation du service public de protection de l'environnement. Dans la mesure où ces espaces appartiennent à une personne publique, sont affectés à un service public de protection de l'environnement et font le plus souvent l'objet d'aménagements dédiés à l'ouverture de ces espaces au public, il nous semble injustifié que l'intégration de ces espaces dans le domaine public ne soit pas la règle, et leur exclusion l'exception. Ce faisant, les contrats de prestation de services environnementaux et de compensation écologique conclus sur ces espaces seraient

¹⁰³⁰ Art. L. 341-1 III du Code rural (ancien), tel qu'issu de l'art. 7 de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999 d'orientation agricole, préc.

¹⁰³¹ Art. L. 2331-1 du CGPPP.

administratif par détermination de la loi. Il convient de relever, plus encore, que dans les cas où des contrats de prestations de services environnementaux ou de compensation écologique seraient conclus par des personnes morales de droit public en application du droit de la commande publique¹⁰³², ceux-ci seraient également administratifs par détermination de la loi¹⁰³³. Si certains contrats peuvent être qualifiés de droit public par détermination de la loi, il conviendra, en dehors de ces hypothèses, et à défaut de disposition légale, de faire application des critères jurisprudentiels qui ont été dégagés par le juge administratif.

229. La jurisprudence s'appuie sur une pluralité de critères pour déterminer la nature administrative ou privée d'un contrat : présence d'une ou plusieurs personnes publiques (critère organique) ; objet du contrat, qui consiste en l'exécution d'un service public (critère matériel) ; ou encore présence de prérogatives de puissance publique (critère fonctionnel). Lorsque le contrat est conclu par deux personnes publiques (critère organique), l'arrêt du Tribunal des conflits du 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris (UAP), a mis en place une véritable présomption du caractère administratif¹⁰³⁴. Cette présomption est toutefois réfragable dans le cas où, eu égard à son objet, le contrat ne ferait naître entre les personnes publiques que des rapports de droit privé¹⁰³⁵. Si nous avons déjà démontré que la réalisation d'une prestation de service environnemental peut s'assimiler à une activité d'intérêt général¹⁰³⁶, la compensation écologique semble en revanche tournée vers la satisfaction d'un intérêt particulier : celui du débiteur d'une obligation de compenser. Le bénéfice retiré de la réalisation de mesures compensatoires apparaît ainsi limité dès lors que l'on s'attache à raisonner en globalité, puisque l'additionnalité écologique générée à un endroit est contrebalancée par une destruction qui intervient ailleurs. Même lorsqu'ils sont conclus entre deux personnes publiques, les contrats de prestation de service environnemental ou de compensation écologique peuvent relever de rapports de droit privé et exclure, de fait, la qualification de contrat de droit public.

230. Dans le cas où le contrat serait conclu entre une personne publique et une personne privée, la jurisprudence administrative accepte de qualifier le contrat d'administratif à la

¹⁰³² V. supra. §. n° 228 et s.

¹⁰³³ « S'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code sont des contrats administratifs [...] » : Art. L. 6 du CCP.

¹⁰³⁴ TC, 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris, req. n° 02256.

¹⁰³⁵ CE, 11 mai 1990, Bureau d'aide social de Blénod-Lès-Ponts à Mousson c/ O.P.H.L.M. de Meurthe et Moselle, req. n° 60247.

¹⁰³⁶ V. supra. §. n° 177.

condition de réunir un critère organique (présence d'au moins une personne publique) et un critère alternatif¹⁰³⁷. Ce dernier critère s'attache soit à l'objet du service, tel que la participation à l'exécution d'un service public (critère matériel), soit à l'existence de clauses exorbitantes du droit commun (critère fonctionnel). Bien que la réalisation d'une prestation de service environnemental puisse présenter un caractère d'intérêt général¹⁰³⁸, le simple fait, pour une personne privée, d'agir en faveur de l'environnement, même à la demande d'une personne publique, nous semble insuffisant pour caractériser l'existence d'une mission service public.

Les contrats visant à permettre à une personne publique de satisfaire une obligation de compenser étant dépourvus de caractère d'intérêt général, ceux d'entre eux qui seraient conclus par une personne publique avec un prestataire privé, en dehors des marchés publics, seront par conséquent soumis au droit privé et relèveront de la compétence du juge judiciaire.

Hormis le cas où un contrat de prestation de service environnemental contiendrait des prérogatives de puissance publique, où seraient conclus dans le cadre d'une procédure de marché public, ceux-ci constituent *a priori* également des contrats de prestation de droit privé. Si les dispositifs de paiements pour services environnementaux ont prioritairement vocation à inciter des personnes privées à s'engager en faveur de la protection de l'environnement, il est tout à fait envisageable que ces services soient réalisés par des collectivités locales ou des établissements publics (départements, syndicats mixtes, établissements publics de coopération environnementale, etc.). Dans son arrêt Consorts Grimouard, précédemment évoqué¹⁰³⁹, le Conseil d'État avait ainsi pu reconnaître qu'un contrat conclu entre un propriétaire privé et l'administration des eaux et forêts en vue du reboisement, par cette dernière, de terrains privés, constituait l'une des modalités de l'exécution du service public de la conservation, du développement et de la mise en valeur de la forêt française¹⁰⁴⁰. Le juge administratif conclut que « lesdites opérations ont le caractère de travaux publics et que, quelle que puisse être la nature des stipulations incluses dans les contrats dont s'agit, ceux-ci tiennent

¹⁰³⁷ Selon l'arrêt « Thérond », la participation à l'exécution d'un service public permet la qualification de contrat administratif, qui relève de la compétence administrative (CE, 4 mars 1910, Thérond, req. n° 29373, Rec. p. 193). Suite à l'arrêt CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, req. n° 30701, Rec. p. 909, la jurisprudence a admis qu'un contrat passé par une personne publique est administratif s'il contient au moins une clause exorbitante du droit commun, quel que soit son objet.

Depuis l'arrêt CE, 20 avr. 1956, Époux Bertin et Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard, préc., l'objet du service et les clauses exorbitantes du droit commun ne sont plus que deux critères alternatifs, dont l'un seulement est nécessaire (en plus de la présence de la personne publique) pour pouvoir qualifier un contrat d'administratif.

¹⁰³⁸ V. supra. §. n° 177.

¹⁰³⁹ *Ibid.*

¹⁰⁴⁰ CE, 2 avr. 1958, Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard, préc.

de leur objet même le caractère de contrats administratifs »¹⁰⁴¹. La réalisation de prestations de service environnementaux constituant une activité d'intérêt général, le fait que celles-ci soient effectuées par une personne publique, à la demande d'une personne privée, pourrait suffire, avec une lecture extensive du faisceau d'indices, pour caractériser l'existence d'un service public, et donc identifier plus facilement la présence d'un contrat administratif.

231. Dans le cas où les contrats de prestation de services environnementaux et de compensation écologique seraient conclus entre deux personnes privées, la présomption d'un régime de droit privé s'établit au regard de l'arrêt du Conseil d'État du 13 décembre 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du nord et Merlin¹⁰⁴². Dans cette décision, le juge administratif écarte, en principe, la qualification de contrat administratif et ce, même si une personne privée détient des prérogatives de puissance publique¹⁰⁴³. Ainsi, ne faisant naître entre les parties que des relations de droit privé, les contrats de prestation de services environnementaux et de compensation écologique passés entre deux personnes privées constituent indiscutablement des contrats de droit privé.

Il est sur ce point intéressant de se demander si, dans le cas où des contrats de prestation de services environnementaux et de compensation écologique conclus entre une personne privée et une personne publique seraient qualifiés d'administratifs, les contrats « accessoires » à ces contrats (maîtrise foncière, prestation de service, etc.) conclus entre deux personnes privées pourraient également être qualifiés de contrats administratifs. Dans une décision Société entreprise Peyrot du 8 juillet 1963¹⁰⁴⁴, le Tribunal des conflits a en effet admis qu'un contrat conclu entre deux personnes privées puisse avoir un caractère administratif dès lors que la personne privée agit pour le compte d'une personne publique, ou s'il s'agit de l'exécution de travaux publics¹⁰⁴⁵. La tendance récente est toutefois en faveur à un élargissement de la compétence des autorités judiciaires. Dans une autre décision du 9 mars 2015, le Tribunal des conflits est en effet revenu sur sa jurisprudence « Peyrot », en considérant « qu'une société concessionnaire d'autoroute qui conclut avec une autre personne privée un contrat ayant pour objet la construction, l'exploitation ou l'entretien de l'autoroute ne peut, en l'absence de

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² CE, 13 déc. 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du nord et Merlin, req. n° 53973, Rec. p. 623.

¹⁰⁴³ CE, 15 mai 1991, Association des Girondins de Bordeaux Football Club, req. n° 124067, Rec. p. 179.

¹⁰⁴⁴ TC, 8 juill. 1963, Société entreprise Peyrot, req. n° 01804, Rec. p. 787.

¹⁰⁴⁵ Les « travaux publics » peuvent être définis comme les « travaux immobiliers exécutés pour une personne publique dans un but d'intérêt, ou pour une personne privée par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public » : LEBRETON G., *Droit administratif général*, Dalloz, 10^e éd., 2019, p. 339.

conditions particulières, être regardée comme ayant agi pour le compte de l'État ». Le Tribunal des conflits juge, par conséquent, que les litiges liés à l'exécution d'un contrat de travaux publics conclu entre une société concessionnaire d'autoroute et une autre personne privée ne relèvent plus de la compétence du juge administratif, mais du juge judiciaire¹⁰⁴⁶. À la lumière de cette décision, les prestataires de services environnementaux et opérateurs de compensation écologique privés qui contractent avec d'autres personnes privées ne peuvent être regardés comme mandataire d'une personne publique. Bien que théoriquement séduisant, il conviendra également d'écarter l'argument selon lequel, au regard de l'objet et/ou de la finalité environnementale des contrats de prestations de services environnementaux et de compensation écologique, leurs prestataires pourraient être réputés comme agissant – de manière implicite – pour le compte d'une personne publique.

232. On voit que les contrats mobilisés pour la mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique relèvent tantôt de la compétence du juge judiciaire, tantôt de celle du juge administratif. Cette situation conduit, d'une part, à une fragmentation assez importante du contentieux et, d'autre part, à une certaine insécurité juridique car, au regard de leur objet, certains d'entre eux s'exposent à une requalification en contrats administratifs. La qualification de ces contrats achevée, il convient de s'intéresser à la place qu'occupent dans ceux-ci les services rendus par les écosystèmes.

§2.- LA BIODIVERSITÉ ET LES ÉCOSYSTÈMES, UN « OBJET » SINGULIER EN DROIT DES CONTRATS

233. Les services rendus par les écosystèmes constituent un objet central et commun aux dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux¹⁰⁴⁷. Si la préservation de la capacité des écosystèmes à fournir ces services s'impose comme l'une des finalités – ou la finalité – des contrats mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre de ces deux dispositifs, l'analyse révèle que ces services n'en constituent pas pour autant nécessairement l'objet (A). Au regard des nombreuses incertitudes relatives à l'obtention et à la mesure des résultats écologiques attendus de la réalisation de prestations de services environnementaux et

¹⁰⁴⁶ TC, 9 mars 2015, Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France, req. n° C3984, Rec. p. 2015.

¹⁰⁴⁷ V. supra. §. n° 130.

des mesures compensatoires, il conviendra alors de nous interroger sur l'opportunité pour les parties de recourir, ou pour le législateur d'imposer, des obligations de résultat (**B**).

A.- LES SERVICES RENDUS PAR LES ÉCOSYSTÈMES ENVISAGÉS COMME OBJET DU CONTRAT

234. Les services rendus par les écosystèmes soulèvent deux interrogations : peuvent-ils faire l'objet d'une prestation contractuelle ? (**1**) ; est-il possible pour celui qui contribue à la préservation de ces services de revendiquer des droits d'usage et/ou de propriété sur eux ? (**2**)

1.- Les services rendus par les écosystèmes envisagés comme objet d'une prestation contractuelle

235. La question de la place des services rendus par les écosystèmes dans le contrat retient assez régulièrement l'intérêt de la doctrine juridique, en particulier dans le cadre des réflexions sur les paiements pour services environnementaux. À propos des contrats de pollinisation, Philippe Billet relève ainsi que « la pollinisation constitue donc le but de la mise à disposition des ruches, mais elle n'en est ni nécessairement ni formellement l'objet »¹⁰⁴⁸. Dans le même sens, Isabelle Doussan et Gilles Martin énoncent que « l'objet du contrat n'est pas juridiquement corrélé, dans la quasi-totalité des hypothèses, avec un service environnemental, voire un service écosystémique »¹⁰⁴⁹. L'analyse de contrats types de pollinisation, disponibles en accès libre, vérifie le constat dressé par ces auteurs. En effet, si la « pollinisation » est bien la finalité recherchée par les parties et figure dans l'intitulé même du contrat, seule la mise à disposition – ou « location » – de ruches et le suivi de ces dernières constitue l'objet de l'engagement du prestataire de service environnemental¹⁰⁵⁰. Les services rendus par les écosystèmes ne faisant pas l'objet d'un échange marchand, le contrat dressé par Carole

¹⁰⁴⁸ BILLET Ph., « De la pollinisation considérée comme un service. Approche juridique d'une fonction naturelle », préc., p. 383.

¹⁰⁴⁹ DOUSSAN I., MARTIN G. J., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière de la théorie générale des contrats », préc., p. 288.

¹⁰⁵⁰ V. sur ce point, en annexe : « CONTRAT DE LOCATION DE COLONIES D'ABEILLES POUR LA POLLINISATION EN ARBORICULTURE », proposé par la Fédération Nationale du Réseau de Développement Apicole (ADA France) sur le site de l'ADA France : <https://adafrance.org/dvpt-apicole/pollinisation.php> ; « CONTRAT DE POLLINISATION DES CULTURES PORTE-GRAINE - LOCATION DE RUCHES REGION CENTRE », proposé par la Fédération nationale des agriculteurs multiplicateurs de semences (FNAMS) et l'Association de développement de l'Apiculture du Centre (ADAPIC) sur le site de l'ADAPIC : https://adapic.adafrance.org/downloads/infos%20techniques/contrat_pollinisation.pdf

Hernandez-Zakine, selon lequel les paiements pour services environnementaux reposeraient sur une logique de gestion et non d'appropriation, sembler ainsi se confirmer¹⁰⁵¹.

236. Un constat quelque peu différent semble pouvoir être dressé à propos des contrats de compensation écologique. L'étude de quelques un de ces contrats, que nous avons pu nous procurer, révèle en effet que si leur objet concerne la restauration, la réhabilitation, la préservation et la gestion de la « biodiversité », celui-ci peut également concerner les services rendus par les écosystèmes¹⁰⁵². Cela n'est pas surprenant dans la mesure où le régime relatif à la réparation de certains dommages causés à l'environnement, sur le fondement des articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement, exige de rétablir les services écologiques dans l'état qui aurait existé si le dommage environnemental n'était pas survenu¹⁰⁵³. Dans le cas où il ne serait pas procédé à la réparation des atteintes aux services écologiques, l'auteur du dommage s'exposerait en effet à des sanctions administratives et pénales¹⁰⁵⁴. Dans l'hypothèse où l'auteur d'un dommage déciderait de confier à un tiers spécialisé, par contrat, la réalisation de mesures de réparation complémentaire ou compensatoire, l'objet de ce contrat ne porterait en aucun cas sur les « services écologiques » en tant que tels, mais sur la restauration, la réhabilitation, la préservation et la gestion de ces services. L'introduction des services écosystémique dans le champ de la compensation écologique, par le truchement du principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, nous permet de supposer leur présence dans les contrats de compensation écologique. De manière analogue aux contrats de prestations de services environnementaux, ou aux contrat mobilisés pour la réparation complémentaire ou compensatoire de certains dommages causés à l'environnement, les services rendus par les écosystèmes pourraient ainsi être matériellement présents dans un contrat de compensation écologique, sans en constituer pour autant l'objet. Ce dernier ne porterait pas sur un service rendu par les écosystèmes, mais sur la restauration, la réhabilitation, la préservation ou encore la gestion d'un service écologique, ce qui n'est pas la même chose. L'objet de ces contrats est donc bien un service rendu par l'Homme à l'Homme, ou de l'Homme à la nature, et non un service de la nature qui serait rendu à l'Homme.

¹⁰⁵¹ HERNANDEZ-ZAKINE C., « Paiements pour services environnementaux : des contrats pour formaliser l'engagement environnemental des agriculteurs », préc., p. 321.

¹⁰⁵² Informations recueillies suite à la communication d'un contrat de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra être révélée.

¹⁰⁵³ Art. L. 162-9 du C. env.

¹⁰⁵⁴ Art. L. 171-8 du C. env.

237. Dans le cadre des contrats de prestation de services environnementaux, comme dans les contrats de compensation écologique, l'absence des services rendus par les écosystèmes comme objet peut s'expliquer par le fait, qu'en l'absence de maîtrise du fonctionnement des écosystèmes, un tel objet constituerait une obligation impossible¹⁰⁵⁵. Les aléas économiques et écologiques inhérents à la conclusion de ces contrats conduisent ainsi les prestataires de services environnementaux et opérateurs de compensation écologique à s'engager en faveur de prestations dont ils ont la maîtrise des conditions de mise en œuvre et de résultat. Pour autant, serait-il possible d'envisager qu'un service rendu par les écosystèmes puisse, en lui-même, faire l'objet d'une transaction ? Le fait pour un propriétaire foncier de posséder un bien qui contribue directement ou indirectement à la production de services rendus par les écosystèmes peut-il lui permettre de revendiquer un droit d'usage ou de propriété sur les services concernés ? En est-il de même pour le prestataire de service environnemental ou l'opérateur de compensation écologique dans la mesure où ceux-ci participent, dans le cadre de l'exercice de leur activité à augmenter ou maintenir la production de ces services ?

2.- La revendication de droits de propriété ou d'usage sur les services rendus par les écosystèmes du fait de la contribution à leur préservation

238. Antérieurement à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations¹⁰⁵⁶, l'article 1128 du Code civil disposait qu'« il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions ». Selon Florence Bellivier et Christine Noiville, l'objet de cet article consistait ainsi à « mettre un frein à la liberté contractuelle de principe en énonçant que, de même que tout ne s'approprie pas, tout ne s'échange pas non plus. Ainsi ne peut-on juridiquement pas passer de convention, qu'elle soit à titre gratuit ou onéreux, sur une chose qui ne serait pas dans le commerce, au sens juridique du terme »¹⁰⁵⁷. Selon ces auteures, cette catégorie se caractérise dès lors par la non-circulation de certaines choses d'un patrimoine à un autre¹⁰⁵⁸. En raison du caractère imprécis de cette catégorie, une classification a notamment été proposée par Grégoire

¹⁰⁵⁵ Selon l'art. 1163 du C. civ., « L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle-ci doit être possible et déterminée ou déterminable [...] », *souligné par nous*.

¹⁰⁵⁶ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

¹⁰⁵⁷ BELLIVIER F., NOIVILLE C., « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », *RDC*, 2016, n° 3, p. 505 ; V. également sur ce point : MOINE I., *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997, 438 p.

¹⁰⁵⁸ *Ibid.*

Loiseau, qui distingue selon que les choses soient hors du commerce par nature (choses communes, clientèles civiles, choses dangereuses) ou par destination (biens du domaine public, souvenirs de famille, etc.)¹⁰⁵⁹. Modifié en 2016 à l'occasion de la réforme du droit des contrats¹⁰⁶⁰, l'article 1128 du Code civil exige, dans sa nouvelle rédaction, trois conditions pour la validité d'un contrat : « 1° Le consentement des parties ; 2° Leur capacité de contracter ; 3° Un contenu licite et certain »¹⁰⁶¹. Si la question du consentement et de la capacité présente peu d'intérêt au regard de notre sujet, le contenu mérite en revanche une attention plus marquée, notamment dans le cas où celui-ci serait un service rendu par les écosystèmes.

239. Pour de nombreux économistes, les processus, fonctions ou services écologiques constituent, par opposition aux biens privatifs, des « biens publics »¹⁰⁶² ou « biens communs »¹⁰⁶³. Par conséquent, ces derniers ne pourraient pas être appropriés, accaparés ou encore échangés. Les classifications juridiques, notamment du droit des biens, diffèrent toutefois assez largement de celles des économistes. Selon Gilles Martin, le droit des biens se caractérise « par le fait que toutes les choses sont classées par référence au droit de propriété. Le Code civil distingue, en effet, les choses appropriées (qui sont au cœur du système économique et social mis en place) et celles qui ne le sont pas »¹⁰⁶⁴. La classification opérée par le droit des biens repose ainsi, dans un premier temps, sur une *summa divisio* entre les personnes et les choses, selon laquelle « tout ce qui n'appartient pas à la première catégorie relève nécessairement de la seconde »¹⁰⁶⁵. Sujets de droit, les personnes échappent par principe au commerce juridique. Objets de droit, les choses sont en principe susceptibles d'être intégrées

¹⁰⁵⁹ LOISEAU G., « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 47.

¹⁰⁶⁰ Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, préc.

¹⁰⁶¹ Dans son ancienne rédaction issue de l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016, l'article 1108 du Code civil retenait quatre conditions essentielles pour la validité d'une convention : « Le consentement de la partie qui s'oblige ; Sa capacité de contracter ; Un objet certain qui forme la matière de l'engagement ; Une cause licite dans l'obligation ». L'ordonnance précitée contribue ainsi à faire disparaître la cause, et privilégie la référence au « contenu » plutôt qu'à l'« objet » ; V. notamment sur ce point : MOUIAL BASSILANA E., RACINE J.-B., « Art. 1162 à 1171 - Fasc. 30 : CONTRAT. – Contenu du contrat : objet du contrat », *J.-Cl. C. civ.*, 31 août 2019.

¹⁰⁶² BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », préc., §. n° 1 ; KARSENTY A., *La forêt tropicale, le mécanisme REDD et les paiements pour services environnementaux, Regards et débats sur la biodiversité*, SFE, Regard n° 12, 21 fév. 2011, en ligne [<https://www.sfecologie.org/regard/regards-r12-karsenty/>] ; BONTEMS Ph., ROTILLON G., *L'économie de l'environnement*, préc., p. 16.

¹⁰⁶³ SALLES J.-M., « Évaluer la biodiversité et les services écosystémiques : pourquoi, comment et avec quels résultats ? », préc., p. 416.

¹⁰⁶⁴ MARTIN G. J. *Le droit et l'environnement. Rapport introductif*, préc., p. 2 à 3.

¹⁰⁶⁵ MARAIN G., « Choses hors commerce et notions voisines », *Droits*, vol. 62, n° 2, 2015, p. 205.

dans le commerce juridique. Le droit civil opère toutefois, dans un second temps, une distinction entre les choses et les biens. La catégorie des choses regrouperait les *res communes*, insusceptibles d'appropriation, les *res nullius*, non appropriées mais susceptibles de l'être, et enfin les *res derelictae*, qui désignent les choses abandonnées par leur ancien propriétaire¹⁰⁶⁶. Du fait de leur assimilation aux *res communes*, les « biens de l'environnement » se retrouveraient, selon Gilles Martin, « totalement marginalisés dans un système juridique qui n'accorde de véritable place qu'aux choses appropriées »¹⁰⁶⁷. Confrontés à ce qui est dénoncé comme une inadéquation des catégories du droit civil aux réalités environnementales, certains auteurs privilégient une approche patrimoniale de l'environnement, selon laquelle les fonctions et services assurés par les écosystèmes constitueraient des biens juridiques susceptibles d'être appropriés et échangés et donc, de faire l'objet, en tant que tel, de conventions.

240. Deux réflexions intéressantes ont été développées par Gilles Martin et Sarah Vanuxem à l'appui des catégories du droit des biens issues du Code civil. Si le critère de la propriété est le plus couramment utilisé pour qualifier une « chose » de « bien », Gilles Martin s'appuie sur l'existence de critères doctrinaux alternatifs à la propriété. L'auteur relève que ces critères sont essentiellement au nombre de trois : l'utilité : « devient un bien juridique la chose qui est utile à l'homme » ; la propriété : « est un bien juridique la chose qui peut faire l'objet d'un droit de propriété » ; et le conflit : « serait un bien juridique celui qui fait l'objet ou est susceptible de faire l'objet d'un tel conflit ou au moins d'une compétition entre les sujets de droit »¹⁰⁶⁸. Privilégiant ces deux derniers critères, l'auteur considère que « tous les éléments de l'environnement, comme les processus qui les animent et les services qu'ils fournissent, doivent être considérés comme des biens dès lors que leur utilité est établie et qu'ils sont l'objet de conflits entre les sujets de droit »¹⁰⁶⁹. Suivant un raisonnement distinct, Sarah Vanuxem propose de qualifier les services rendus par les écosystèmes comme des « fruits » au sens du Code civil, « c'est-à-dire des choses régulièrement produites par d'autres choses sans altération de la substance de celles-ci »¹⁰⁷⁰. Parmi les trois catégories de fruits, les « services écosystémiques »

¹⁰⁶⁶ MARTIN G. J., *Le droit et l'environnement. Rapport introductif*, préc., p. 3.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ MARTIN G. J., « Les "biens-environnements". Une approche par les catégories juridiques », *RIDE*, 2015/2, p. 141

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*, p. 145.

¹⁰⁷⁰ VANUXEM S., « Les services écologiques ou le renouveau de la catégorie civiliste de fruits ? », *McGill Law Journal – Revue de droit de McGill*, Vol. 62, n° 3, march 2017, p. 743.

seraient constitutifs de « fruits naturels ». Consacrés à l'article 583 du Code civil, ceux-ci « comprennent les produits spontanés de la terre et le croît des animaux »¹⁰⁷¹.

À la différence des fruits, les services rendus par les écosystèmes sont toutefois des entités abstraites, difficilement individualisables et détachables des choses ou des biens qui participent de leurs conditions d'existence. Les services rendus par les écosystèmes étant le résultat de nombreux processus écologiques, le bien support de ces services et les actions écologiques réalisées jouent un rôle écologique difficilement mesurable, complexe à individualiser et nécessairement subsidiaire. Le propriétaire d'un bien, ou le prestataire dont l'action porte sur la restauration, la réhabilitation, la préservation et la gestion d'un service rendu par les écosystèmes, ne sont donc pas légitimes à obtenir, malgré leur qualité ou leur action, un droit de propriété exclusif sur ces biens et services. Tout au mieux, ils peuvent détenir sur ces derniers un droit d'usage, qui sera nécessairement partagé¹⁰⁷².

De surcroît, l'usufruit ne pouvant être établi que sur des biens meubles ou immeubles¹⁰⁷³, envisager de retenir cette qualification supposerait d'intégrer les services rendus dans l'une, ou l'autre, de ces catégories. Qualifier les services rendus par les écosystèmes de biens meubles ou immeubles serait, selon nous, quelque peu artificiel et inadapté. Aussi, affecter un droit de propriété sur ces éléments supposerait d'accorder au propriétaire « le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements »¹⁰⁷⁴. Implicitement, ces approches participent d'une certaine manière à la résurgence des thèses de l'économiste Garrett J. Hardin¹⁰⁷⁵. À la différence de Gilles Martin et de Sarah Vanuxem, qui défendent l'idée du caractère appropriable – et donc d'une patrimonialité – des services rendus par les écosystèmes, nous estimons que les services rendus par les écosystèmes ne sauraient être des « biens ». Notre raisonnement conduit, alors, à les soustraire de la sphère marchande et par conséquence, entraîne à la nullité des contrats ayant pour objet d'en faire commerce.

241. Selon l'approche que nous souhaitons défendre, les services rendus par les écosystèmes, de même que les fonctions écologiques, constitueraient, par analogie avec la biodiversité, des

¹⁰⁷¹ GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, préc., p. 505.

¹⁰⁷² Dans le même sens : « On ne voit pas alors comment une personne pourrait s'approprier ces processus biologiques, et en exclure autrui, au motif qu'ils prennent leur source dans des biens privatifs » : GRIMONPREZ B., « Les accessoires "naturels" des fonds ruraux », *RDR*, n° 467, 2018, Étude 19.

¹⁰⁷³ Art. 581 du C. civ.

¹⁰⁷⁴ Art. 544 du C. civ.

¹⁰⁷⁵ V. supra. §. n° 9 et s.

choses communes – *res communes* – au sens de l'article 714 du Code civil, c'est-à-dire des choses qui « n'appartiennent à personne et dont l'usage est commun à tous »¹⁰⁷⁶. Il est intéressant de souligner sur ce point que, dans un arrêt du 26 mai 1987, la Cour de cassation a pu relever que « la nature même de ces signaux radio électriques [émissions de télévision par voie hertzienne] en interdit toute appropriation dès lors qu'ils se diffusent dans l'atmosphère et que, n'appartenant à personne, leur usage est commun à tous en vertu des dispositions de l'article 714 du Code civil »¹⁰⁷⁷. Les fonctions écologiques et les services rendus par les écosystèmes étant le plus souvent dépourvus d'existence matérielle et difficilement individualisables, leur usage serait donc commun à tous.

Le fait que la réparation des atteintes aux services rendus par les écosystèmes soit imposée par le législateur au titre de dispositions issues du Code civil et du Code de l'environnement témoigne, d'ailleurs, de ce que la dégradation de ces services porte atteinte à tous et, *in fine*, à l'intérêt général. Il apparaît donc à la fois matériellement difficile et peu souhaitable intellectuellement d'envisager qu'ils puissent, appréhendés dans leur globalité, être considérés comme susceptibles d'appropriation. La nullité des contrats portant sur les choses hors du commerce étant d'ordre public¹⁰⁷⁸, les services écosystémiques ne pourraient par conséquent pas faire l'objet, en tant que tels, d'échanges marchands. Si les fonctions écologiques et les services rendus par les écosystèmes excluent en principe la propriété, en tant que choses communes, il est néanmoins possible de s'approprier l'usage d'une fraction des biens et services qu'ils fournissent à condition de ne pas nuire à la capacité de ces fonctions ou de ces services à se perpétuer dans le temps. À titre d'exemple, si le service écosystémique de pollinisation n'est pas appropriable et ne peut faire l'objet, en tant que tel, d'un contrat, il est en revanche possible pour un apiculteur de mettre à disposition ses ruches contre rémunération afin que les abeilles que celle-ci contiennent participent de ce service, ou encore de récolter et de commercialiser le miel qui serait le produit dérivé dudit service de pollinisation.

¹⁰⁷⁶ V. notamment ce sens, à propos de la biodiversité : CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « La création d'un marché d'unités de biodiversité est-elle possible ? », *RJE*, 1/2009, p. 70 et s. ; CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « Le marché d'unités de biodiversité, questions de principe », *RJE*, NSP/2008, p. 90 ; à propos de l'eau : BILLET Ph., « La solidarité contrariée des usages de l'eau dans le cadre de la directive 2000/60 sur l'eau et de la loi du l'eau et les milieux aquatiques », in BELAÏDI N. (dir.), *Eau et société. Enjeux de valeurs*, Bruylant, 2012, p. 45.

¹⁰⁷⁷ Cass, com., 26 mai 1987, req. n° 84-17.777, Publié au bulletin.

¹⁰⁷⁸ Cass, civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, req. n° 93-15.150, Publié au bulletin.

242. De la même manière que la monétarisation et/ou la détermination de valeurs tutélaires ne conduisent pas nécessairement à une « marchandisation de la nature »¹⁰⁷⁹, l'affirmation selon laquelle la reconnaissance du statut de chose commune fragiliserait la protection des éléments de l'environnement nous semble constituer un leurre. Le renforcement de l'intégration des préoccupations d'environnement, l'évitement et la répression des atteintes dont elles pourraient faire l'objet, ainsi que le développement de nouveaux instruments opérationnels (à l'image des paiements pour services environnementaux), apparaissent de bien meilleures garanties pour protéger la biodiversité et les écosystèmes que le fait de leur reconnaître le statut de « bien ». Il nous apparaît dès lors souhaitable que la loi vienne exclure explicitement du commerce juridique les services rendus par les écosystèmes et les fonctions écologiques. Il pourrait ainsi sembler pertinent d'inscrire, dans la charte de l'environnement, un nouveau considérant selon lequel « Que les fonctions des écosystèmes et les services rendus par les écosystèmes sont insusceptibles d'appropriation et hors du commerce juridique ; ». Nous pourrions également envisager d'intégrer, dans le Code de l'environnement, un article L. 110-1-3 consacrant la nullité des « conventions ayant pour effet de conférer une valeur patrimoniale aux fonctions écologiques ou aux services rendus par les écosystèmes ».

243. Si le statut des services rendus par les écosystèmes fait obstacle à la reconnaissance de droits de propriété sur ces derniers, il est en revanche possible de conclure des contrats dont l'objet porterait sur la restauration, la réhabilitation, la préservation et la gestion de ces services. Dans un contexte marqué par de fortes incertitudes sur notre capacité à obtenir et mesurer les effets attendus des prestations de services environnementaux et des mesures compensatoires sur les écosystèmes, le recours à des obligations de résultat peut surprendre.

B.- LA MOBILISATION DE L'OBLIGATION DE RÉSULTAT APPLIQUÉE À LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ET DES ÉCOSYSTÈMES

244. Si rien ne s'oppose à ce qu'une – ou plusieurs – obligation(s) de résultat soit utilisée dans les contrats de prestation de services environnementaux et de compensation écologique, l'obligation de moyens demeure le plus souvent privilégiée pour des raisons essentiellement

¹⁰⁷⁹ « Le droit est à même de saisir la nuance importante entre évaluation monétaire et marchandisation, en émettant des réserves sur la possibilité pour ces biens actuellement non-marchands de faire l'objet d'échanges marchands » : WALTER C., BISPO A., CHENU C., LANGLAIS A., SCHWARTZ C., « Les services écosystémiques des sols : du concept à sa valorisation », préc., p. 66.

pratiques et juridiques (1). De manière contre-productive, l'utilisation d'obligations de résultat peut contribuer à générer un risque de remise en cause de l'attractivité de ces dispositifs (2).

1.- Le recours limité à l'obligation de résultat en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux

245. Sous l'impulsion de René Demogue, la jurisprudence a adopté une distinction entre, d'une part, l'obligation de moyens, et d'autre part, l'obligation de résultat. Fondée sur l'article 1197 du Code civil (anciennement art. 1137 du C. civ.), l'obligation de moyens exige seulement du débiteur qu'il mette en œuvre tous les moyens mis à sa disposition. L'obligation de résultat, fondée sur l'article 1231-1 du Code civil (anciennement art. 1147 du C. civ.), permet d'engager la responsabilité du débiteur en démontrant seulement que le résultat promis n'a pas été obtenu. Plus contraignante que l'obligation de moyens, l'obligation de résultat admet ainsi que le créancier d'une obligation puisse engager la responsabilité même sans faute de son débiteur par la simple constatation que le résultat contractualisé entre les parties n'a pas été atteint. Le débiteur ne pourra s'exonérer de sa responsabilité qu'à la condition de prouver que le dommage résulte d'une cause étrangère. Étant donné qu'il paraît difficile de prétendre pouvoir garantir et mesurer le succès écologique des prestations de services environnementaux et des mesures compensatoires, il peut sembler surprenant que le Code de l'environnement impose une telle obligation de résultat en matière de compensation écologique.

246. Avant la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, le droit ne régissait pas la nature de l'obligation du pétitionnaire ou du maître d'ouvrage en matière de compensation écologique. Plébiscitée par la doctrine¹⁰⁸⁰, l'obligation de résultat a été consacrée explicitement par le législateur à l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement. Celui-ci énonce que « les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité visent un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité. Elles doivent se traduire par une obligation de résultats et être effectives pendant toute la durée des atteintes [...] »¹⁰⁸¹. Si l'exigence d'une obligation de résultat paraît cohérente au regard de la consécration de l'objectif d'absence de perte de biodiversité, dont elle constitue d'une certaine manière le corollaire, Valérie Dupont et Marthe Lucas n'ont pas manqué de souligner qu'« une telle obligation peut sembler ambitieuse dans un domaine

¹⁰⁸⁰ *Ibid.*, V. spéc. p. 426, note n° 123.

¹⁰⁸¹ *Souligné par nous.*

fortement impacté par l'incertitude scientifique »¹⁰⁸². Les doutes sont d'autant renforcés que le législateur reste silencieux sur la question des indicateurs permettant d'apprécier si le « résultat » a été atteint. Tributaires d'une grande diversité de paramètres biologiques et temporels, la détermination de l'état biologique de référence sur un espace donné, de même que la réalisation des mesures compensatoires, constituent des démarches complexes d'un point de vue à la fois technique et scientifique. Dans un rapport rendu en 2009, la Direction régionale de l'Environnement (DIREN) Provence-Alpes-Côte d'Azur relevait que les mesures de compensation écologique « font appel à de l'ingénierie écologique, dont le résultat ne peut être garanti. Souvent, elles s'appuient sur des méthodes expérimentales non éprouvées. La complexité des processus naturels est difficilement reproductible à l'équivalent »¹⁰⁸³. Cet avis est également partagé par l'écologue Baptiste Regnery, qui constate qu'« il demeure toujours une incertitude sur le résultat écologique des mesures compensatoires »¹⁰⁸⁴, d'autant que « la durée des gains écologiques est toujours incertaine »¹⁰⁸⁵. Ce faisant, Benoît Grimonprez a pu relever que l'obligation pour le débiteur d'une obligation de compensation écologique d'atteindre le « résultat » escompté ne serait en réalité que « symbolique »¹⁰⁸⁶. Valérie Dupont et Marthe Lucas ont souligné, sur ce point, que le recours à une obligation qualifiée de « résultat » en matière de compensation écologique serait « inapproprié au regard de sa signification juridique »¹⁰⁸⁷. Gilles Martin, de même qu'Isabelle Doussan, reconnaissent, dans le même sens, qu'il ne serait pas opportun d'avoir de l'obligation de résultat en matière de compensation écologique une lecture strictement contractuelle¹⁰⁸⁸.

Bien qu'elle s'en inspire, l'obligation de « résultat » consacrée à l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement ne peut en effet être confondue avec l'obligation de résultat en matière contractuelle fondée sur l'article 1231-1 du Code civil. L'ambiguïté entretenue par le législateur sur la portée de cette obligation est d'ailleurs renforcée à la lecture de l'article L.

¹⁰⁸² DUPONT V., LUCAS M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ?, préc., p. 150.

¹⁰⁸³ DIRECTION RÉGIONALE DE L'ENVIRONNEMENT PROVENCE-ALPES-CÔTE D'AZUR, *Rapport. Les mesures compensatoires pour la biodiversité. Principes et projet de mise en œuvre en Région PACA*, févr. 2009, p. 15.

¹⁰⁸⁴ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 125 et s.

¹⁰⁸⁵ *Ibid.*, p. 126.

¹⁰⁸⁶ GRIMONPREZ B., « Réparer le vivant : éthique de la compensation », *RJE*, 4/2017, p. 687.

¹⁰⁸⁷ DUPONT V., LUCAS M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc., p. 150.

¹⁰⁸⁸ MARTIN G. J., « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assumé », *RJE*, 4/2016, p. 610 ; DOUSSAN I., MARTIN G. J., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière de la théorie générale des contrats », préc., p. 288.

163-4 du Code de l'environnement, dont les deux premiers alinéas, relatifs aux mesures de sanctions administratives, ne visent que l'hypothèse dans laquelle le débiteur d'une obligation de compenser n'exécuterait pas les mesures qui lui ont été prescrites par voie réglementaire, et non celle dans laquelle ces mesures auraient bien été réalisées, mais n'auraient pas abouti au « résultat » attendu¹⁰⁸⁹. En revanche, le troisième alinéa permet à l'autorité administrative compétente d'ordonner des prescriptions complémentaires « 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 ». Seules ces dispositions semblent ainsi implicitement offrir des perspectives d'application dans le cas où le « résultat » attendu ne serait pas atteint. En l'absence de moyens explicitement dédiés au respect de l'« obligation de résultat » consacrée à l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement, cette obligation s'assimilerait ainsi, non pas à une « obligation de résultat » au sens du Code civil, mais plutôt à un « objectif de résultat » tel qu'envisagé par la doctrine relative à la séquence « ERC »¹⁰⁹⁰.

À l'occasion des débats sur le projet de loi « Biodiversité », deux amendements avaient proposé, sans succès, de supprimer l'exigence d'une obligation de résultat en matière de compensation écologique, au motif que celle-ci serait « contradictoire avec la réalité des retours sur le terrain, car il est très difficile - voire impossible - de pouvoir garantir un résultat, que ce soit d'un point de vue technique ou bien juridique »¹⁰⁹¹. Il nous semble également nécessaire de souligner que, par la formulation adoptée à l'article L. 163-1 I. du Code de l'environnement, le législateur n'a vraisemblablement pas entendu imposer le recours à des obligations de résultat dans les contrats utilisés pour la mise en œuvre des mesures compensatoires. De telles obligations de résultat, si elles peuvent figurer dans les contrats de compensation, ne portent

¹⁰⁸⁹ « Lorsqu'une personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité n'y a pas satisfait dans les conditions qui lui ont été imposées, l'autorité administrative compétente la met en demeure d'y satisfaire dans un délai qu'elle détermine, dans les conditions prévues à l'article L. 171-8. Lorsque, à l'expiration du délai imparti, la personne n'a pas déféré à cette mise en demeure et que les mesures prises en application du II de l'article L. 171-8 n'ont pas permis de régulariser la 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, en confiant la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation ou en procédant à l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation dont les caractéristiques, définies dans son agrément, correspondent aux caractéristiques des mesures prescrites » : art. L. 163-4 al. 1 et 2 du C. env., *souligné par nous*.

¹⁰⁹⁰ Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL), *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, préc., p. 6.

¹⁰⁹¹ Amendements n° 276 et n° 900 déposés le 11 mars 2016 sur le projet de loi n° 3564 rectifié pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages ; cités par DOUSSAN I., « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », préc., p. 164.

pas sur la réussite écologique des mesures compensatoires elles-mêmes, mais sur des prestations pour lesquelles un résultat précis peut être attendu et mesuré : travaux d'aménagement, autorisation d'accès au site en vue d'assurer le suivi des mesures compensatoires, non cumul d'activités ou de conventions portant sur l'occupation ou la jouissance des terrains utilisés pour la compensation, travaux d'aménagement, certaines mesures de gestion écologique, etc.¹⁰⁹². Si rien ne s'oppose à ce que les parties décident que la réalisation des mesures de compensation écologique fasse l'objet d'une obligation de résultat, le recours aux obligations de moyens sera, en pratique, le plus souvent privilégié¹⁰⁹³.

247. Contrairement aux mesures agro-environnementales issues de la politique agricole commune, « majoritairement basées sur une obligation de moyens »¹⁰⁹⁴, les dispositifs de paiements pour services environnementaux se caractériseraient, selon la doctrine, par l'existence d'une obligation de résultat. Selon les économistes Michel Pech et Kristell Jegou, l'exigence d'une telle obligation serait l'émanation du critère de la conditionnalité, « qui établit que le paiement est versé si et seulement si le fournisseur assure effectivement la prestation de service »¹⁰⁹⁵. De la même manière qu'en matière de compensation écologique, il est communément admis que « la relation de cause à effet entre le service environnemental rendu par des usagers (par exemple, maintenir un couvert forestier en haut d'un bassin) et le service écosystémique (un flux hydrique régulé et une qualité de l'eau maintenue en aval) est, en effet, incertaine et idiosyncratique [...]. L'efficacité environnementale (sur l'état des écosystèmes) des PSE est donc difficile à apprécier à court terme »¹⁰⁹⁶. Dans le même sens, Jacques Braudry, écologue, souligne que « les connaissances actuelles en écologie ne permettent pas et ne

¹⁰⁹² Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

¹⁰⁹³ *Ibid.* ; V. également, dans le même sens : Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc. ; Entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, préc.

¹⁰⁹⁴ DELGOULET E., DUVAL L., LEPAY S., *Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux : regards croisés sur deux instruments*, préc., p. 3 ; DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 59.

¹⁰⁹⁵ PECH M., JEGOU K., *Mise en œuvre des Paiements pour Services Environnementaux: Utilités d'un questionnement juridico-économique ?*, Working Paper SMART – LERECO n° 19-02, 2019, p. 7.

¹⁰⁹⁶ KARSENTY A., « Les paiements pour services environnementaux dans les pays en développement : compenser ou récompenser ? », préc., p. 83 ; V. également en ce sens : MICHELOT A., « Les paiements pour services environnementaux à l'épreuve du droit et de l'équité : réflexion critique », préc., p. 111 ; BILLET Ph., « Considérations juridiques sur le service de pollinisation et services associés », préc., p. 68 ; BILLET Ph., « De la pollinisation considérée comme un service. Approche juridique d'une fonction naturelle », préc., p. 389.

permettront sûrement pas avant longtemps d'identifier des contributions individuelles, sauf dans des cas de processus [écologiques] particuliers »¹⁰⁹⁷. Plus encore, Valérie Boisvert constate qu'« il est souvent difficile de déterminer si le contrat passé a été honoré, et si le paiement effectué a bien donné lieu aux contreparties prévues »¹⁰⁹⁸.

L'absence d'instruments de mesures fiables conduit à ce que les contrats mobilisés en matière de paiements pour services environnementaux grèvent, en pratique, les prestataires d'une obligation de moyens¹⁰⁹⁹. À propos des contrats de pollinisation, Philippe Billet relève ainsi que « contrat de louage des choses au sens de l'article 1709 du Code civil, cette convention impose une obligation réciproque de moyens mais non de résultat »¹¹⁰⁰. L'étude de contrats types de pollinisation révèle néanmoins que des obligations de résultat peuvent exister dans la mesure où, si le prestataire de service environnemental ne peut promettre que la pollinisation soit un succès – celui-ci n'ayant pas la maîtrise du comportement de ses abeilles –, il s'engage le plus souvent à mettre disposition du bénéficiaire une quantité de ruches bien déterminée, caractérisant ainsi une obligation de résultat et non de moyens.

248. Confronté à des incertitudes scientifiques, le choix de mobiliser – ou d'imposer – une obligation de résultat en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux génère un risque de réduire l'attractivité de ces dispositifs.

2.- Le risque de remise en cause de la volonté de contracter

249. À première vue, l'influence de la nature de l'obligation sur la volonté d'éventuels cocontractants de s'engager semble concerner dans une plus large mesure les dispositifs de paiements pour services environnementaux que de compensation écologique. Étant donné qu'il peut être difficile pour le débiteur d'une obligation de compenser de démontrer que le résultat a été atteint d'un point de vue écologique, la doctrine a pu voir dans la consécration de cette

¹⁰⁹⁷ BAUDRY J., « Paiement pour services environnementaux : un point de vue d'écologue », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 351.

¹⁰⁹⁸ BOISVERT V., « Conclusion. Quel capitalisme pour la biodiversité ? », préc., p. 251 ; DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 59.

¹⁰⁹⁹ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

¹¹⁰⁰ BILLET Ph., « De la pollinisation considérée comme un service. Approche juridique d'une fonction naturelle », préc., p. 382.

« obligation de résultat » un risque important de contentieux¹¹⁰¹. Aux sanctions administratives et pénales susceptibles d'être prononcées en cas de non-respect de l'obligation de compenser¹¹⁰², il est également possible de se demander si l'existence de « pertes nettes de biodiversité », consécutives à la non satisfaction par le débiteur de l'« obligation de résultat » exigée à l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement pourrait caractériser un « préjudice écologique » réparable sur le fondement des articles 1246 et suivants du Code civil. Dans le même sens, Marie-Pierre Camproux-Duffrène relève que « si le constat peut être fait d'atteintes irréversibles à la diversité biologique, après la réalisation du projet, ces atteintes correspondant à l'altération de la substance même de la chose, une action en responsabilité pourrait être alors engagée contre l'aménageur malgré l'autorisation donnée, celle-ci n'étant pas une cause d'exonération en droit français de la responsabilité civile »¹¹⁰³.

250. Si l'« obligation de résultat » imposée par l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement ne peut s'assimiler à une obligation de résultat au sens de l'article 1231-1 du Code Civil¹¹⁰⁴, il est cependant possible de supposer que la consécration de celle-ci puisse contribuer à orienter quelque peu les choix du débiteur d'une obligation de compenser quant aux moyens qu'il va utiliser pour satisfaire les obligations qui lui ont été prescrites.

Au regard des garanties supplémentaires que semblent offrir les unités de compensation écologique par rapport aux deux autres modalités prévues par l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement, leur acquisition pourrait s'imposer, lorsque cela est possible, comme une solution privilégiée. La reconnaissance d'un site comme site naturel de compensation étant conditionnée à la délivrance d'un agrément, celui-ci permet en effet d'attester que l'opérateur de site naturel de compensation dispose de la capacité technique et financière, ainsi que de droits suffisants, pour la réalisation des opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité ayant fait l'objet de l'agrément¹¹⁰⁵. De surcroît, les sites naturels de compensation agréés ayant l'obligation de permettre une mise en œuvre des mesures compensatoires pour lesquelles l'agrément a été sollicité « avant la mise en vente des unités de compensation correspondantes »¹¹⁰⁶, les unités présenteraient également l'avantage de

¹¹⁰¹ DUPONT V., LUCAS M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique », préc., p. 150.

¹¹⁰² LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 278 et s.

¹¹⁰³ CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « Le marché d'unités de biodiversité, questions de principe », *RJE*, NSP/2008, p. 90.

¹¹⁰⁴ V. supra. §. n° 246.

¹¹⁰⁵ Art. D. 163-1 du C. env.

¹¹⁰⁶ Art. D163-8 du C. env.

fonctionner en principe sur un acquis, là où les mesures de compensation réalisées par un opérateur de compensation, ou directement par le débiteur de l'obligation de compenser, reposeraient seulement sur une potentialité¹¹⁰⁷. Si la trajectoire écologique des mesures compensatoires mises en œuvre dans le cadre d'un site naturel de compensation ne peut être garantie de manière absolue, le débiteur d'une obligation de compenser est, en revanche, assuré que les mesures compensatoires sont déjà effectives au jour de leur acquisition.

251. L'ambiguïté de la portée juridique de l'« obligation de résultat » consacrée par le législateur à l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement pourrait toutefois être interprétée, par certains débiteurs d'une obligation de compenser ou opérateurs de compensation écologique, comme une incitation – voire une obligation – à introduire dans les contrats qu'ils concluent des obligations de résultat, dont l'objet serait de garantir le succès écologique des mesures compensatoires elles-mêmes. Si le débiteur d'une obligation de compensation écologique reste, dans tous les cas, seul responsable à l'égard de l'administration de bonne exécution des mesures compensatoires qui lui ont été prescrites¹¹⁰⁸, la généralisation du recours aux obligations de résultat pourrait contribuer à décourager certains opérateurs de compensation écologique, issus notamment du secteur agricole, de s'engager à réaliser des mesures compensatoires, de crainte que leur cocontractant ne se retourne contre eux dans le cas où l'autorité administrative – ou éventuellement le juge – considéreraient que l'« obligation de résultat » n'aurait pas été satisfaite. Au juge administratif de se saisir de cette obligation afin d'en déterminer les contours en matière de compensation écologique¹¹⁰⁹.

À propos des mécanismes de paiements pour services environnementaux, Gilles Martin et Isabelle Doussan ont pu relever que « le risque de ne pas atteindre le résultat, à savoir le service environnemental déterminé, est grand en raison des facteurs extérieurs [...] qui entrent en jeu. La part d'aléa qui affecte la fourniture du service peut alors constituer un frein considérable à la contractualisation »¹¹¹⁰. Pour d'autres auteurs, à l'inverse, « l'intérêt des approches à obligation de résultats (sic) est qu'elles sont plus flexibles pour les agriculteurs et qu'elles ont l'avantage central de favoriser le développement d'innovations par les bénéficiaires

¹¹⁰⁷ Nous verrons toutefois, en deuxième partie, que le succès écologique des sites naturels de compensation est loin d'être aussi évident en pratique : V. infra. §. n° 290.

¹¹⁰⁸ Art. L. 163-1 II du C. env.

¹¹⁰⁹ Aucune jurisprudence n'a encore, à notre connaissance, permis de préciser les contours juridiques de l'obligation de résultat en matière de compensation écologique ou de paiements pour services environnementaux.

¹¹¹⁰ DOUSSAN I., MARTIN G. J., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière de la théorie générale des contrats », préc., p. 288.

en les laissant libres du choix des moyens à mettre en place »¹¹¹¹. Si nous convenons que le recours à des obligations de résultat dans le cadre d'une prestation de service environnemental peut, dans certains cas, influencer négativement sur l'attractivité des paiements pour services environnementaux, « le risque de ne pas atteindre le résultat » ne constitue pas, dans la grande majorité des cas, « un frein considérable à la contractualisation », dans la mesure où nous avons précédemment démontré que l'obligation de résultat est en pratique peu utilisée¹¹¹².

252. Après nous être attachés à démontrer que le contrat occupe une place prépondérante dans la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, il convient à présent d'envisager si le « marché » peut s'envisager comme un mode complémentaire de rencontre des volontés.

SECTION 2.- LE RECOURS AU « MARCHÉ » DANS LE CADRE DE LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

253. Le développement de nouveaux marchés occupe une place centrale dans les politiques de conservation de la biodiversité depuis l'adoption de la Convention sur la diversité biologique¹¹¹³. Nés dans le prolongement des réflexions de l'économiste Ronald Coase¹¹¹⁴, les marchés de droits « d'émission » – appelés également marchés de droits « à polluer » par leurs détracteurs – ont été développés dès la fin des années 1960 sous l'influence des travaux de l'économiste John Dales¹¹¹⁵. À la différence d'autres instruments tels que les taxes et les redevances, ces mécanismes ont pour caractéristique commune de reposer sur « une régulation par les quantités plutôt que par les prix »¹¹¹⁶. Dans le cadre de ces dispositifs, l'État ou une

¹¹¹¹ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 59.

¹¹¹² V. supra. §. n° 245 et s.

¹¹¹³ AUBERTIN C., PINTON F., BOISVERT V., *Les marchés de la biodiversité*, IRD, 2007, 269 p.

¹¹¹⁴ Selon l'auteur il existerait, en dehors de toute intervention étatique, un intérêt économique à ce qu'une négociation s'instaure directement entre l'émetteur d'une externalité (le pollueur) et le récepteur de cette externalité (la victime de la pollution). Cette négociation vise en principe à aboutir à une entente spontanée sur le niveau de la pollution acceptable, sensée déboucher sur le versement par le pollueur d'un paiement qui lui permettra de procéder à l'internalisation de l'externalité : COASE R., « The Problem of Social Cost », préc.

¹¹¹⁵ DALES J. H., *Pollution, Property and Prices*, University of Toronto Press, 1968, 111 p. ; cité par : KARSENTY A., WEBER J., « Les marchés de droits pour la gestion de l'environnement. Introduction générale », *Revue Tiers Monde*, vol. 177, n° 1, 2004, p. 8.

¹¹¹⁶ BOISVERT V., CARON A., RODARY E., « Privatiser pour conserver ? Petits arrangements de la nouvelle économie des ressources avec la réalité », *Revue Tiers Monde*, vol. 177, n° 1, 2004, p. 67.

institution attribuée de façon gratuite ou onéreuse, aux enchères ou de gré à gré, un nombre limité de droits – par exemple d’émission ou de prélèvement de ressources naturelles – pouvant prendre la forme de « quotas » ou d’« unités ». Ces « quotas » ou « unités » pourront, par la suite, être échangés de façon plus ou moins encadrée. Ces échanges étant le plus souvent réalisés à titre onéreux, les acteurs économiques – voire dans certains cas des institutions publiques – seraient ainsi incités à réduire les incidences de leurs activités sur l’environnement. Si le prix de ces « quotas » ou « unités » peut éventuellement être déterminé par la puissance publique au moment de leur cession initiale, celui-ci sera en principe par la suite fixé par le marché, c’est-à-dire par le libre jeu de l’offre et de la demande¹¹¹⁷. La création de tels systèmes d’échanges a été qualifiée juridiquement, par Jean-Charles Rotoullié, de « technique de marché », et définie comme « une forme d’"action publique relayée par le marché" : elle est l’instrument de police consistant en la poursuite d’un objectif de politique publique, préalablement défini par les pouvoirs publics, au moyen de la création volontaire d’un marché, c’est-à-dire l’organisation d’échanges d’"unités" entre opérateurs économiques »¹¹¹⁸. Dans la mesure où la contractualisation de prestations de services environnementaux et de compensation écologique repose sur un accord volontés, il convient de se demander si cet accord intervient dans le cadre de véritables « marchés » (§1). En délivrant un agrément de site naturel de compensation à la CDC Biodiversité, l’arrêté du 24 avril 2020 ouvre également officiellement la voie à la création d’un marché d’« unités de compensation »¹¹¹⁹. Au regard de ces spécificités, nous aborderons les conditions d’émergence de ce nouveau marché ainsi que la nature juridique des « unités de compensation » qui constituent l’objet de l’échange (§2).

§1.- L’EXISTENCE DE MARCHÉS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE ET DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

254. Déterminer s’il existe des « marchés » de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux suppose, au préalable, de nous accorder sur une définition et sur l’objet des marchés que nous souhaitons identifier (A). Confronté à la coexistence d’une pluralité de définitions du marché, nous verrons que ceux-ci se caractérisent en matière de

¹¹¹⁷ BACACHE-BEAUVALLET M., « Marché et droit : la logique économique du droit de l’environnement », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, p. 39 et s.

¹¹¹⁸ ROTOULLIÉ J.-Ch., *L’utilisation de la technique de marché en droit de l’environnement, L’exemple du système européen d’échange des quotas d’émission de gaz à effet de serre*, préc., p. 16.

¹¹¹⁹ Arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d’un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

compensation écologique et de paiements pour services environnementaux principalement par la rencontre d'une offre et d'une demande de prestations de services (**B**).

A.- L'OBJET DES MARCHÉS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE ET DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

255. Selon Marie-Anne Frison-Roche, le marché peut être défini comme un lieu où « s'échangent librement les biens et les services et grâce à la pression concurrentielle duquel s'ajustent l'offre et la demande pour l'établissement du prix de marché »¹¹²⁰. De manière analogue au « contrat de compensation » visé à l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement, dont l'objet porte sur la réalisation de mesures compensatoires¹¹²¹, le « marché » de la compensation écologique reposerait ainsi sur la rencontre d'une offre et d'une demande de prestations de compensation écologique, qui seraient proposées par des prestataires économiques légalement désignés sous le terme d'« opérateurs de compensation écologique »¹¹²². Si les prestations fournies par ces opérateurs ont nécessairement comme support un ou plusieurs biens (le(s) terrain(s) sur lesquelles elles sont mises en œuvre), l'objet de ce marché ne porte pas, pour autant, sur ce bien, mais sur une prestation de service.

256. À l'image de la confusion entre paiements pour services environnementaux et paiements pour services écosystémiques, les marchés de services environnementaux et de services écosystémiques sont également fréquemment confondus. Dans le prolongement de la distinction opérée précédemment entre « service environnemental » et « services écosystémiques », l'objet échangé dans le cadre d'un « marché » de paiements pour services environnementaux n'est en aucun cas un service écosystémique (ou écologique, ou rendu par les écosystèmes), mais une prestation de service environnemental.

¹¹²⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 40 1995, p. 286 ; cité par ROTOULLIÉ J.-Ch., *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement, L'exemple du système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, préc., p. 16.

¹¹²¹ V. supra. §. n° 220.

¹¹²² Pour une autre définition du « marché de compensation », V. : LUCAS M., « Droit international, compensation écologique et marché économique, entre espoir et désarroi », in SOHNLE J., CAMPROUX DUFFRÈNE M.-P. (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 302-322.

B.- L'IDENTIFICATION DES MARCHÉS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE ET DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

257. Compte tenu de leur objet, les marchés de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique constituent des marchés distincts. Si nous observons qu'il existe, de longue date, un marché de la compensation écologique (1), le déploiement du marché des paiements pour services environnementaux se révèle bien plus récent (2).

1.- La reconnaissance de l'existence d'un marché de la compensation écologique

258. Selon Valérie Boisvert, la reconnaissance de l'existence d'un marché est conditionnée par la réunion de critères cumulatifs : un marché exige, tout d'abord, que l'on soit en présence d'une « marchandise » à la fois « réductible, appropriable et substituable »¹¹²³. Si les services rendus par les écosystèmes constituent des choses communes en principe insusceptibles d'être, dans leur globalité, appropriés et de faire l'objet de transactions commerciales¹¹²⁴, un marché qui porterait sur une prestation de service, qu'il s'agisse d'un service environnemental ou d'une compensation écologique, est en principe envisageable, au même titre que tout autre prestation de service. L'existence d'un marché requiert, ensuite, la détermination d'un prix d'échange¹¹²⁵ et, enfin, « des moyens, pour les parties concernées, de négocier leurs actions »¹¹²⁶. Si le législateur encadre limitativement les moyens dont dispose le débiteur d'une obligation de compenser pour satisfaire celle-ci¹¹²⁷, il crée, de manière incidente, un véritable droit pour cette personne de choisir, alternativement ou cumulativement, selon une de ces trois modalités. Dès lors que le débiteur d'une obligation de compenser décide de recourir à un opérateur de compensation écologique, le prix et la nature de la prestation de service environnemental contractualisée sont en principe librement négociés par les parties. Si nous ne sommes pas en présence d'un « système » d'échange institutionnalisé dédié à la compensation écologique, il n'en existe pas moins un marché de la compensation caractérisé par la rencontre d'une offre et d'une demande de prestations de compensation écologique.

¹¹²³ MARIS V., *Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques*, préc., p. 59 ; BOISVERT V., « Conclusion. Quel capitalisme pour la biodiversité ? », préc., p. 250.

¹¹²⁴ V. supra. §. n° 241.

¹¹²⁵ BOISVERT V., « Conclusion. Quel capitalisme pour la biodiversité ? », préc., pp. 251-252.

¹¹²⁶ BONTEMS Ph., ROTILLON G., « L'économie de l'environnement », préc., p. 18.

¹¹²⁷ Art. L. 163-1 II du C. env.

2.- Le déploiement des marchés de paiements pour services environnementaux

259. Corrélativement aux questionnements relatifs à la présence d'un marché de la compensation écologique, on peut se demander s'il n'existerait pas également un marché – ou la potentialité d'un marché – de paiements pour services environnementaux. Les réflexions consacrées à ces dispositifs font fréquemment état d'une volonté de créer de nouveaux « marchés » dédiés à aux services environnementaux (voire écosystémiques).

Dans une étude consacrée à la gestion durable des terres en Afrique subsaharienne, la FAO identifie d'ailleurs parmi « les marchés de PSE les plus prometteurs » : la séquestration du carbone et la réduction des gaz à effet de serre, les paiements pour la biodiversité et la protection des ressources naturelles et les paiements par les utilisateurs en aval pour la gestion de bassins versants¹¹²⁸. Si la FAO admet donc qu'il puisse y avoir un marché de prestations de services environnementaux, celui-ci constitue-t-il, pour autant, un « marché » ? Marie-Pierre Camproux-Duffrène a ainsi pu relever que, si les paiements pour services environnementaux sont susceptibles de faire « l'objet d'une certaine commercialité »¹¹²⁹, il n'existe en revanche pas formellement de marché de ces services en droit français¹¹³⁰. L'économiste Alain Karsenty ajoute que les hypothèses de recours au marché, notamment via l'organisation de procédures concurrentielles pour sélectionner les prestataires de services environnementaux, demeurent « minoritaires et il y a de fortes chances qu'elles le restent à l'avenir : les problèmes écologiques sont d'une telle ampleur, que l'enjeu est bien plus de susciter la coopération du plus grand nombre pour qu'ils rendent des services environnementaux, que de sélectionner un nombre limité de fournisseurs à travers une procédure d'appel d'offres »¹¹³¹.

260. L'éventualité du développement d'un marché de services environnementaux n'est toutefois pas impossible, à l'image du dispositif REDD+ (*Reducing Emissions from Deforestation and forest Degradation, plus the sustainable management of forests, and the conservation and enhancement of forest carbon stocks*), dont la création a été proposée en 2005

¹¹²⁸ LINIGER H. P. et al., *La pratique de la gestion durable des terres. Directives et bonnes pratiques en Afrique subsaharienne*, TerrAfrica, Panorama mondial des approches et technologies de conservation (WOCAT) et Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), 2011, pp. 49-50.

¹¹²⁹ *Ibid.*, p. 117.

¹¹³⁰ CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « Les paiements pour services environnementaux : une participation au processus de marchandisation des services écosystémiques ? Quelle réalité pour un marché des paiements pour services environnementaux ? », préc., p. 115.

¹¹³¹ KARSENTY A., « Les paiements pour services environnementaux dans les pays en développement : compenser ou récompenser ? », préc., p. 90.

lors de la COP11 par un groupe de pays du sud, disposant d'importantes ressources forestières tropicales, afin de contribuer à lutter contre le changement climatique. Fondé sur un vaste système d'échange de « crédits REDD+ », ce dispositif devait permettre notamment à des entreprises qui le souhaitent de faire acquisition de ces crédits pour compenser leurs émissions au titre de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)¹¹³². Faute de soutien suffisant de la communauté internationale, la mise en œuvre du mécanisme REDD+ a été un échec. Il convient toutefois de souligner, qu'en application de l'action 24 du Plan Biodiversité présenté le 4 juillet 2018 par Nicolas Hulot, une vaste démarche d'expérimentation des paiements pour services environnementaux en droit français a récemment été confiée aux Agences de l'eau¹¹³³. S'il ne s'agit pas formellement de « marchés » institutionnalisés, le recours par les agences de l'eau à des procédures « d'appels à projets » organise néanmoins la rencontre d'une demande et d'une offre de prestations de services environnementaux et instaure, également, une procédure de mise en concurrence dont la finalité est de sélectionner des prestataires de services environnementaux en vue de contractualiser avec eux. Il y aurait donc, de ce fait, bien l'existence d'un marché de prestations de services environnementaux.

261. Si les marchés de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sont effectivement des « marchés », ils peinent cependant à émerger compte tenu de la relativité de l'offre ou de la demande. Seul le temps permettra d'asseoir leur réalité. En revanche, la création, par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 des « unités de compensation » nous invite à nous demander s'il existe un « marché » de ces unités et, dans l'affirmative, quelles sont les spécificités de ce dispositif.

§2.- LES SPÉCIFICITÉS JURIDIQUES DU MARCHÉ DES UNITÉS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

262. Auparavant désignées sous le terme d'« unités de biodiversité » par la doctrine, les « unités de compensation » ont été créées par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 et rattachés aux dispositifs de « compensation des atteintes à la biodiversité ». La consécration juridique de ce nouvel instrument nous invite, tout d'abord, à revenir sur les conditions de son introduction

¹¹³² MOLINER-DUBOST M., « Quel rôle pour les mécanismes d'incitation économique pour le carbone forestier dans la mise en œuvre de l'Accord de Paris ? », *EEL*, n° 5, Mai 2018, dossier 7, p. 38.

¹¹³³ V. infra. §. n° 174, 204 et 335.

en droit français (A). Dans la mesure où ces unités diffèrent en de nombreux points des quotas de GES, il conviendra, ensuite, de s'interroger sur leur nature juridique (B).

A.- L'INTRODUCTION RÉCENTE D'UNE OFFRE D'« UNITÉS DE COMPENSATION » EN DROIT FRANÇAIS

263. Si le législateur a entendu créer les unités de compensation exclusivement comme une nouvelle modalité permettant de satisfaire une obligation de compensation des atteintes à la biodiversité (1), l'acquisition « volontaire » de ces unités en dehors d'une obligation de compenser offre des perspectives intéressantes qu'il convient d'envisager (2).

1.- L'unité de compensation, nouvelle modalité de satisfaction d'une obligation de compensation des atteintes à la biodiversité

264. Dès 2008, la doctrine s'interrogeait sur les enjeux liés à la création et à la mise en œuvre, en France, d'un « marché d'unités de biodiversité »¹¹³⁴. Sans revenir sur la genèse de ce mécanisme – largement inspiré du système américain des *mitigations banking*¹¹³⁵ –, celui-ci est devenu une réalité en droit français. Privilégiant le terme « unité de compensation » plutôt que celui d'« unité de biodiversité », la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 donne à ce dispositif un véritable cadre légal¹¹³⁶. Elle organise la possibilité pour « toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité [d'y satisfaire] soit directement, soit en confiant, par contrat, la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation [...], soit par l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation »¹¹³⁷. À la différence du système américain de *mitigation banking*, l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement précise que « dans tous les cas, le maître d'ouvrage reste seul responsable à l'égard de l'autorité administrative qui a prescrit ces mesures de compensation. Aux États-Unis, l'acquisition de crédits de compensation – *mitigation credits* – auprès d'une banque de compensation « n'est au fond rien d'autre qu'une

¹¹³⁴ BILLET Ph., « "La nature n'a pas de prix. Vendons-là !" ». À propos des unités de biodiversité », *Environnement et développement durable*, n° 4, juin 2008, focus n° 36 ; CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « Le marché d'unités de biodiversité, questions de principe », préc., pp. 87-93 ; MARTIN G. J., « Le marché d'unités de biodiversité : questions de mise en œuvre », *RJE*, NSP/2008, pp. 95-98 ; CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P., « La création d'un marché d'unité de biodiversité est-elle possible ? », préc., pp. 69-79.

¹¹³⁵ V. supra. §. n° 70 et s.

¹¹³⁶ Loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc.

¹¹³⁷ Art. L. 163-1 II du C. env.

décharge de responsabilité. En achetant un crédit, un développeur transfère à une banque de compensation la responsabilité de compenser un impact autorisé »¹¹³⁸.

265. Participant d'un mécanisme d'offre de compensation, les sites naturels de compensation reposent sur la mise en œuvre d'« opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité [...] de manière à la fois anticipée et mutualisée »¹¹³⁹. Sous réserve de l'obtention préalable d'un agrément, ces sites vont permettre à un opérateur de constituer un portefeuille d'unités de compensation qu'il pourra céder en échange du paiement d'un prix. En autorisant formellement des échanges marchands entre acheteurs (personnes soumises à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité) et vendeurs d'unités de compensation (opérateurs de sites naturels de compensation), le législateur réunit ainsi les conditions pour le développement d'un marché d'un genre nouveau. Selon Hélène Hoepffner, il y aurait bien, au « sens commun [...] un marché des unités de compensation dès lors qu'il y a une offre et une demande de ce bien particulier qu'est l'unité de compensation »¹¹⁴⁰. Cette évolution est en effet « susceptible de susciter la création de nouveaux secteurs d'activités économiques spécialisés dans la mise en œuvre d'actions de restauration et de gestion des milieux afin de répondre à la "demande" des débiteurs d'une obligation de compensation, autrement dit des marchés d'unités de compensation »¹¹⁴¹. Outre le positionnement de longue date de la CDC Biodiversité, de cabinets en ingénierie écologique, d'agriculteurs, de forestiers, ou bien encore d'associations gestionnaires d'espaces naturels¹¹⁴², ce secteur d'activité est investi plus récemment par de nouveaux acteurs, parmi lesquels des collectivités territoriales¹¹⁴³ ou encore des sociétés fiduciaires¹¹⁴⁴.

¹¹³⁸ HASSAN F., « L'encadrement juridique des banques de compensation de zones humides aux États-Unis », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 94.

¹¹³⁹ Art. L. 163-3 du C. env.

¹¹⁴⁰ HOEPFFNER H., « La commande publique de compensation environnementale : un impensé de la loi Biodiversité », *Droit et ville*, n° 84, 2017, pp. 248-249.

¹¹⁴¹ DOUAI A., DOUSSAN I., « Construire des marchés pour la compensation et les services écologiques : enjeux et controverses. Introduction au numéro spécial », préc., p. 134.

¹¹⁴² *Ibid.*

¹¹⁴³ Particulièrement dynamique, le Département des Yvelines a initié la création en 2018 d'un opérateur de compensation des atteintes à la biodiversité, sous la forme d'un groupement d'intérêt public (GIP) : <https://www.yvelines-infos.fr/signature-gip-compensations-environnementales/>

¹¹⁴⁴ La société Hélios Fiducie intervient, au moyen de l'outil fiduciaire, en qualité de fiduciaire-opérateur de compensation pour le compte d'une personne soumise à une obligation de compenser. V. notamment sur ce point : SOLEILHAC T., « La fiducie environnementale », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 13, pp. 35-38 ; SOLEILHAC T.,

266. Participant de la création d'un nouveau marché, la consécration des « unités de compensation » est dénoncée dans certains discours comme l'incarnation d'une logique de « marchandisation » et de « financiarisation de la nature ». Selon Jean Gadrey et Aurore Lalucq, économistes, le « monde de la finance » aurait besoin, pour fonctionner, à la fois que l'on instaure des droits de propriété et que l'on définisse des unités de services mesurables¹¹⁴⁵. Au-delà du fait d'attribuer une valeur monétaire à la biodiversité, nous assisterions ainsi, selon Christophe Bonneuil, à une « titrisation [qui] ne "valorise" pas simplement des entités (récoltes futures, hectares de terres, ressources biologiques brevetées), mais également des fonctions et processus écologiques »¹¹⁴⁶. Nous contribuerions, de ce fait, à faire entrer la biosphère dans la sphère marchande non « pas simplement en tant que marchandise, mais aussi et surtout en tant qu'actif »¹¹⁴⁷. Élément central des approches économiques de l'environnement, les services écosystémiques sont ainsi fréquemment dénoncés, compte tenu de leur caractère immatériel, comme « l'archétype de la marchandise fictive, dont la seule finalité est d'être échangée, comme si le concept n'avait été forgé que pour cela »¹¹⁴⁸.

Très présente dans les réflexions sur les « instruments économiques » et les services écosystémiques, la question de la financiarisation de la biodiversité a également bénéficié d'une résonance particulière à l'occasion des débats sur le projet de loi relatif à la biodiversité portant sur les mécanismes de compensation écologique. Partageant leurs « grandes inquiétudes au sujet des compensations », les députées Delphine Batho et Laurence Abeille ont notamment dénoncé la mise en place d'un système d'actifs naturels comme une « financiarisation de la biodiversité » et une « marchandisation des espaces naturels »¹¹⁴⁹. Si le statut juridique de la biodiversité fait obstacle à la création d'un marché ayant comme objet à proprement parler des « unités de biodiversité », il est en revanche possible d'envisager que ce marché porte sur la réalisation de mesures de compensation écologique. Par analogie avec la réflexion précédemment développée sur la biodiversité et des écosystèmes comme objet des contrats de prestation de services environnementaux ou de compensation écologique¹¹⁵⁰, le fait de

« Les perspectives environnementales d'une baleine blanche : la fiduciaire », in BILLET Ph. (coord.), *Des petits oiseaux aux grands principes. Mélanges en l'honneur de Jean Untermaier*, Mare et Martin, 2018, pp. 603-621.

¹¹⁴⁵ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 107.

¹¹⁴⁶ BONNEUIL C., « Une nature liquide ? Les discours de la biodiversité dans le nouvel esprit du capitalisme », préc., p. 193 à 194.

¹¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 193.

¹¹⁴⁸ BOISVERT V., « Les services écosystémiques : un nouveau concept ? », préc., p. 227.

¹¹⁴⁹ Doc. AN, CR de la deuxième séance publique du mercredi 18 mars 2015.

¹¹⁵⁰ V. supra. §. n° 233 et s.

considérer que les « unités de compensation » participent d'une dynamique de financiarisation résulte d'une confusion entre la finalité et l'objet du dispositif. L'objet de ces unités n'est en aucun cas la « biodiversité » elle-même, mais l'engagement d'un opérateur de site naturel de compensation de réaliser des « opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité » pour une certaine durée¹¹⁵¹. Puisque l'acquisition d'un titre n'accorde pas à son possesseur un titre sur un processus ou une fonction écologique, ce dispositif n'aboutit donc pas à faire entrer la biodiversité et/ou les écosystèmes dans le commerce juridique¹¹⁵².

2.- Les potentialités offertes par l'acquisition « volontaire » d'unités de compensation

267. Le marché des unités de compensation peine encore à émerger dans la mesure où, sur les deux demandes d'agrément formulées à ce jour¹¹⁵³, seul un agrément a été délivré par le Ministère de la transition écologique¹¹⁵⁴. Les modalités d'encadrement de ce nouveau dispositif étant relativement strictes¹¹⁵⁵, les perspectives du recours aux unités de compensation pour satisfaire une obligation de compensation écologique sur le fondement des articles L. 163-1 et suivants du Code de l'environnement nous semblent limitées. On pourrait dès lors se demander si le recours à ces unités pourrait être envisagé à d'autres fins, notamment en vue de mettre en œuvre des mesures de réparation complémentaires ou compensatoires dans le cadre du régime relatif à la responsabilité environnementale. L'article L. 162-9 du Code de l'environnement autorise en effet que ces mesures soient réalisées sur un autre site que celui sur lequel le dommage est intervenu. En l'absence de disposition imposant des moyens particuliers pour réaliser les mesures complémentaires et compensatoires, rien ne semble s'opposer à ce que les unités de compensation puissent être utilisées à cette fin.

Nous pourrions également envisager l'acquisition de ces unités sur une base « volontaire », c'est-à-dire en dehors de toute obligation de compensation écologique.

¹¹⁵¹ Art. D. 163-1 et s. du C. env.

¹¹⁵² MARTIN G. J., « Les "biens-environnements". Une approche par les catégories juridiques », préc. p. 147.

¹¹⁵³ Dossier de demande d'agrément n° 400288, en tant que site naturel de compensation, du site de Mare à Palfour, situé sur la commune de Montesson (Yvelines), présentée par le GIP BIODIF, soumis à consultation du public du 23 octobre 2019 au 11 novembre 2019 : <http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/demande-d-agrement-en-tant-que-site-naturel-de-a2074.html> ; Dossier de demande d'agrément n° 509962, en tant que site naturel de compensation, du domaine de Cossure, situé sur la commune de Saint Martin de Crau (Bouches-du-Rhône), présentée par la CDC Biodiversité : <http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/demande-d-agrement-en-tant-que-site-naturel-de-a2073.html>

¹¹⁵⁴ Arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

¹¹⁵⁵ V. infra. §. n° 250.

François-Guy Trébulle a pu en effet souligner que, « si la compensation est souvent, en matière de biodiversité, un impératif légal, il ne faut pas sous-estimer l'importance des approches volontaires dans lesquelles des opérations vont se soumettre à des mécanismes compensatoires sans y être tenus par la loi »¹¹⁵⁶. Dans le même sens, l'OCDE énonce que, si « l'action réglementaire a plus de chances de réaliser pleinement le potentiel des compensations des atteintes à la biodiversité que les approches volontaires », il est néanmoins « possible de donner plus d'ampleur aux approches volontaires [...]. La compensation volontaire peut avoir plusieurs moteurs, dont l'éthique, la philanthropie, la gestion des risques, la recherche de l'efficacité, la volonté de réduire les coûts, la recherche d'un avantage compétitif ou d'un avantage d'antériorité, et l'accès aux ressources des investisseurs »¹¹⁵⁷. Cette hypothèse pourrait notamment se présenter dans le cas où une personne souhaiterait financer des opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité, soit de manière désintéressée, soit dans le cadre, notamment, d'une stratégie de communication environnementale et/ou de la responsabilité sociétale des entreprises (RSE)¹¹⁵⁸. La possibilité d'acquérir volontairement des unités de compensation est d'ailleurs explicitement envisagée dans la rubrique du site internet de la CDC Biodiversité consacrée aux sites naturels de compensation¹¹⁵⁹. Des personnes publiques, notamment des collectivités territoriales, pourraient également choisir d'encourager la constitution de sites naturels de compensation sur leur territoire et d'acquérir auprès d'eux des unités de compensation afin de bénéficier de solutions « clefs en main » pour mettre en œuvre leurs politiques environnementales.

268. La possibilité d'acquérir des unités de compensation en dehors d'une obligation de compensation écologique semble toutefois quelque peu contrariée par l'article D. 163-8 du Code de l'environnement, selon lequel les sites naturels de compensation agréés doivent « Permettre une mise en œuvre des mesures compensatoires des atteintes à la biodiversité pour lesquelles l'agrément a été sollicité avant la mise en vente des unités de compensation correspondantes ». La formulation adoptée par le législateur pourrait laisser penser que les unités de compensation ne pourraient être acquises que pour compenser les atteintes à la

¹¹⁵⁶ TRÉBULLE F.-G., « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », in SOHNLE J., CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P. (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 266.

¹¹⁵⁷ OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 85.

¹¹⁵⁸ Art. 1833 du C. civ.

¹¹⁵⁹ « Acteurs économiques publics ou privés, vous souhaitez vous engager de façon volontaire dans une action en faveur de la biodiversité ? Vous avez aussi accès à l'opération Cossure » : <https://www.cdc-biodiversite.fr/la-compensation-ecologique/recourir-a-un-site-naturel-de-compensation/>

biodiversité occasionnées par un projet de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification, et ainsi exclure la possibilité d'acquérir ces unités sur une base « volontaire ». Une telle solution peut se justifier dans la mesure où, d'une part, il conviendrait de ne pas « confisquer » ces unités à des fins autres que celles qui ont justifié leur création par le législateur : la satisfaction d'une obligation de compensation écologique. D'autre part, dans le cas où ces unités seraient acquises volontairement, le terme d'unité « de compensation » paraît inapproprié, dans la mesure où leur finalité n'est pas de satisfaire une obligation de compensation écologique, mais de participer à la restauration et/ou à la préservation de la biodiversité, des écosystèmes ou plus généralement d'éléments de l'environnement. Dans cette dernière hypothèse, nous nous rapprocherions ainsi fortement de l'idée de services environnementaux, qui seraient convertis sous la forme d'unités. Il conviendrait ainsi non pas de parler d'« unité de compensation », mais plutôt, selon leur objet, d'« unité de biodiversité », d'« unité écologique » ou bien encore d'« unité environnementale ».

B.- LA NATURE JURIDIQUE DES « UNITÉS DE COMPENSATION »

269. Comme le souligne Isabelle Doussan, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 se montre globalement peu précise sur la nature et le régime juridique des unités de compensation¹¹⁶⁰. En l'absence de définition légale, ces nouveaux dispositifs, assimilés par certains auteurs à des « titres »¹¹⁶¹, suscitent de nombreuses interrogations juridiques. Après avoir distingué ces unités des quotas d'émission de GES (1), nous envisagerons la question de leur cessibilité (2).

1.- La distinction entre unités de compensation et quotas de gaz à effets de serre

270. Très explicite sur la définition des quotas d'émission de GES, l'article L. 229-15 I du Code de l'environnement dispose que « les quotas d'émission de gaz à effet de serre délivrés aux exploitants d'installations autorisées à émettre ces gaz ou aux exploitants d'aéronef sont des biens meubles exclusivement matérialisés par une inscription au compte de leur détenteur dans

¹¹⁶⁰ DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 111.

¹¹⁶¹ MARTIN G. J., « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », *Droit et ville*, n° 83, 2017, p. 47 ; TRÉBULLE F.-G., « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », préc., p. 279.

le registre national mentionné à l'article L. 229-16. Ils sont négociables, transmissibles par virement de compte à compte et confèrent des droits identiques à leurs détenteurs ». Certains auteurs ont pu reconnaître dans les quotas d'émission de GES une forme particulière d'autorisation administrative¹¹⁶². Susceptibles d'être échangés, ces quotas constitueraient ainsi une illustration supplémentaire de la patrimonialisation des autorisations administratives¹¹⁶³. Rejetant cette qualification, d'autres auteurs soulignent que si l'autorisation d'émettre constitue « une autorisation administrative préalable et particulière », le quota ne peut se voir appliquer cette qualification¹¹⁶⁴. En effet, celui-ci ne constitue pas *lui-même* une autorisation administrative (en l'occurrence d'émettre des gaz à effet de serre), mais le support juridique de cette autorisation. Ce constat est d'ailleurs confirmé par l'arrêté du 22 février 2011 portant homologation de modifications du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, qui distingue les quotas d'émission de gaz à effet de serre, tels qu'issus du Code de l'environnement, du « contrat financier ayant pour sous-jacent un quota d'émission¹¹⁶⁵. Comme l'énonce l'article L. 229-11 du Code de l'environnement, ce sont bien les quotas d'émission de GES qui constituent des « biens meubles », et non l'autorisation administrative dont ils sont le support. Selon l'article D. 211-1 A I du Code monétaire et financier, les quotas de GES sont également qualifiés de « contrats financiers »¹¹⁶⁶ et rattachés de ce fait, avec les « titres financiers », à la catégorie des « instruments financiers »¹¹⁶⁷. À la différence des quotas de CO₂, les unités de compensation n'ont pas été rattachées par le Code monétaire et financier à la catégorie des contrats financiers. Ce silence législatif sur la qualification juridique des unités de compensation nous invite, par conséquent, à distinguer ces unités des quotas de CO₂ et à formuler une proposition de qualification juridique.

¹¹⁶² JÉGOUZO Y., « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA*, 2004, p. 945 ; DE GAUDEMAR H., « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », *RFDA*, 2009, p. 25.

¹¹⁶³ « Le concept de patrimonialisation traduit l'idée que certaines autorisations administratives peuvent faire l'objet d'une appropriation par leurs bénéficiaires et qu'elles peuvent ensuite être cédées à des tiers contre paiement d'une somme d'argent » : BRENET F., « La patrimonialisation des autorisations administratives - Réalités et implications », *Droit Administratif*, n° 8-9, Août 2007, étude 14 ; cité par DE GAUDEMAR H., « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre » préc., p. 25.

¹¹⁶⁴ PÂQUES M., CHARNEUX S., « Du quota d'émission de gaz à effet de serre », *REDE*, n° 3, 2004, p. 268 ; TRÉBULLE F.-G., « Les titres environnementaux », *RJE*, 2/2011, p. 209.

¹¹⁶⁵ Arrêté du 22 février 2011 portant homologation de modifications du règlement général de l'Autorité des marchés financiers, JO du 2 mars 2011, p. 3827, texte n° 10.

¹¹⁶⁶ Selon l'article L. 211-1 du Code monétaire et financier, les contrats financiers sont les contrats à terme qui sont limitativement énumérés aux articles D. 211-1-A du Code monétaire et financier.

¹¹⁶⁷ Art. L. 211-1 du Code monétaire et financier.

271. Tout d'abord, à la différence de la tonne de CO₂ pour les quotas d'émission de GES, les unités de compensation ne reposent pas sur une unité de référence unique. Selon le rapport du Centre d'analyse stratégique relatif à l'approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes, ces unités résulteraient d'un processus de conversion à la fois d'espaces et de gestion écologique en « unités de comptes spatio-temporelles »¹¹⁶⁸. Pour Gilles Martin, les unités de compensation seraient « des "titres" qui représentent la "valeur écologique" créée sur une certaine surface et pendant une certaine durée, au sein d'un site naturel de compensation »¹¹⁶⁹. La doctrine n'a dès lors pas manqué de s'interroger, à propos des mécanismes de compensation écologique, sur la fongibilité entre les éléments de biodiversité qui sont le support de l'unité de biodiversité – aujourd'hui dénommée « unité de compensation » – et les éléments de biodiversité auxquels il est porté atteinte du fait de la réalisation d'un projet, d'une activité ou de l'exécution d'un plan, schéma, programme ou tout autre document de planification¹¹⁷⁰. Puisqu'une interchangeabilité est difficilement envisageable du fait de la complexité du vivant et des dynamiques écologiques, la question s'est donc posée de déterminer sur quelle unité de référence seraient fondées les unités de compensation pour établir un rapport d'équivalence¹¹⁷¹. Le Code de l'environnement étant peu disert sur cette question, l'analyse du dossier de demande d'agrément déposé par la CDC Biodiversité révèle que celle-ci a fait le choix, dans la continuité de la solution qui avait été retenue dans le cadre de l'expérimentation de « Cossure », de maintenir l'hectare comme unité de base utilisée lors des transactions¹¹⁷². Ce dossier confirme, en outre, qu'en l'absence de « méthode standard », la détermination de l'équivalence écologique entre la valeur écologique représentée par les unités de compensation et celle des sites dont les atteintes doivent être compensées est à la charge de la personne soumise à une obligation de compenser, et sera déterminée en fonction des caractéristiques propres à chaque projet¹¹⁷³.

¹¹⁶⁸ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 80.

¹¹⁶⁹ MARTIN G. J., « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », préc., p. 47.

¹¹⁷⁰ BILLET Ph., « "La nature n'a pas de prix. Vendons-là !" ». À propos des unités de biodiversité », préc. ; V. également, sur ce point : CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 80 ; LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 481.

¹¹⁷¹ TRÉBULLE F.-G., « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », préc., p. 280.

¹¹⁷² Dossier de demande d'agrément n° 509962, préc., p. 16. ; Demande de compléments adressée par le MTES à CDC-Biodiversité en date du 24 juillet 2019, p. 5.

¹¹⁷³ *Ibid.*, p. 3.

272. Ensuite, les marchés d'unités de compensation ne constituent pas des marchés de « droits à », contrairement au marché des quotas de GES. Les unités de compensation ne reposent en effet pas sur répartition initiale de droits qui serait effectuée par une institution publique. Le nombre total d'unités de compensation disponible sur le marché est fonction des capacités d'accueil du site naturel de compensation et du nombre d'unités qui seront accordées par l'arrêté portant agrément du site naturel de compensation. Par ailleurs, si l'on poursuit ici la comparaison, il n'y a pas de droits excédentaires, dès lors qu'il y a une équivalence entre l'unité achetée et l'atteinte à compenser. Plus encore, les unités de biodiversité ne constituent pas, à la différence des quotas d'émission GES, le support – ou la condition de mise en œuvre – d'une autorisation administrative (autorisation d'émission), mais une condition de la délivrance, parmi d'autres, d'une autorisation administrative (autorisation de réaliser un projet, une activité ou de mettre en œuvre un plan, schéma, programme ou tout autre document de planification). De la même manière que les quotas d'émission GES, le prix d'acquisition des unités de compensation n'est pas déterminé par la puissance publique. Si la proposition de prix de l'opérateur de site naturel de compensation intègre nécessairement les charges liées à la production de l'unité, c'est-à-dire notamment les coûts d'acquisition des terrains nécessaires à réalisation des opérations, les coûts de renaturation, de gestion ainsi que de suivi de ces mesures sur le long terme¹¹⁷⁴, le prix final dépendra des capacités de négociation de l'une et de l'autre des parties en présence et donc, finalement, du marché.

273. Enfin, si les quotas de GES sont explicitement qualifiés de « biens meubles » par l'article L. 229-11 du Code de l'environnement¹¹⁷⁵, aucune information n'est donnée par le Code de l'environnement sur la nature des unités de compensation. Ces dernières étant susceptibles d'être appropriées¹¹⁷⁶, elles constituent, comme le relève Gilles Martin, des

¹¹⁷⁴ « Chaque UC [unité de compensation] est une offre de service globale comprenant la maîtrise foncière, les travaux de restauration, la gestion et le suivi sur 30 ans d'1 ha de terrain » : <https://www.cdc-biodiversite.fr/la-compensation-ecologique/recourir-a-un-site-naturel-de-compensation/> ; « En France, le prix de l'unité des calculé sur la base des coûts réels engagés par l'opérateur, soit les coûts d'acquisition, des travaux et réhabilitation écologique, d'aménagement du site (construction des bergeries) et de suivi et de gestion du site sur trente ans. Le prix de l'unité de compensation tient également compte de la dépréciation du foncier [...] À la différence du système de banques de compensation aux États-Unis, le prix de l'unité ne résulte pas d'un jeu de concurrence entre les différents systèmes de compensation » : CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 150.

¹¹⁷⁵ V. également sur ce point : MOLINER-DUBOST M., « Pollution atmosphérique : analyse du droit d'émission négociable sous l'angle du droit privé », *Gazette du Palais*, septembre - octobre 2003, p. 2790.

¹¹⁷⁶ Ces unités peuvent en effet être acquises par « toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité [...] dans le cadre d'un site naturel de compensation » : art. L. 163-1 II du C. env.

« biens »¹¹⁷⁷. Ce faisant, Marthe Lucas a ainsi pu relever que l'acquisition de ces unités repose sur un « contrat de vente »¹¹⁷⁸. Cette affirmation est cependant infirmée par l'article 10-4 de l'arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation de « Cossure », selon lequel « La vente des unités de compensation fait l'objet d'un contrat de prestation de service entre la société CDC-Biodiversité et le maître d'ouvrage du projet ayant recours au site naturel de compensation »¹¹⁷⁹. À la lumière des dispositions de cet arrêté, il convient de relever que ce n'est pas l'unité de compensation elle-même qui est achetée, mais une prestation de service. Cela confirme ainsi le constat dressé par Marthe Lucas, selon lequel « le marché d'unité de biodiversité s'avère donc un marché de service »¹¹⁸⁰. Le contrat de vente ayant pour objet une chose et non un service¹¹⁸¹, parler de « vente » d'unités de biodiversité¹¹⁸², ou encore de « contrat de vente »¹¹⁸³, semble par conséquent inadapté. À la différence du « contrat de compensation » envisagé à l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement, l'objet du service contractualisé ne se limiterait pas à la mise en œuvre, à la gestion et au suivi des mesures compensatoires et travaux associés¹¹⁸⁴, mais intègre dans une prestation globale l'ensemble des opérations, y compris foncières, nécessaires pour satisfaire une obligation de compensation écologique. La réalisation de ces prestations s'échelonnant sur plusieurs années, la rémunération de l'opérateur de site naturel de compensation sera vraisemblablement versée, comme en matière de « contrats de compensation écologique », selon un échéancier convenu entre les parties¹¹⁸⁵. Ce faisant, le contrat de prestation de service conclu entre l'opérateur de site naturel de compensation et le débiteur d'une obligation de compenser s'apparente à un contrat à exécution successive¹¹⁸⁶.

Si l'« achat » de ces « unités » a pour conséquence de les retirer virtuellement du portefeuille qu'a constitué l'opérateur de site naturel de compensation, ce retrait est-il

¹¹⁷⁷ MARTIN G. J., « Les "biens-environnements". Une approche par les catégories juridiques », préc., p. 147 ; MARTIN G. J., « Le marché d'unités de biodiversité : questions de mise en œuvre », préc., p. 96.

¹¹⁷⁸ LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., p. 25.

¹¹⁷⁹ Arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

¹¹⁸⁰ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 479.

¹¹⁸¹ COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, préc., p. 130.

¹¹⁸² Art. 10-4 de l'arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

¹¹⁸³ LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., p. 25.

¹¹⁸⁴ V. supra. §. n° 220.

¹¹⁸⁵ Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

¹¹⁸⁶ « Le contrat à exécution successive est celui dont les obligations d'au moins une partie s'exécutent en plusieurs prestations échelonnées dans le temps » : art. 1111-1 al. 2 du C. civ.

temporaire ou définitif ? Ces unités étant nécessairement assises sur un terrain qui sert de support à leur production, leur vente va aboutir à ce qu'une fraction de surface de ces terrains soit affectée, dans la durée, et de manière exclusive, en faveur d'opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité qui sont le support de l'unité de compensation vendue. Au terme du délai convenu par les parties, ou en cas de rupture anticipée de celui-ci moyennant un dédommagement, aucune disposition ne précise toutefois si l'opérateur de site naturel de compensation pourra mettre de nouveau ces unités sur le marché. Par ailleurs, l'unité de compensation ne constituerait pas un bien, ou un titre au sens juridique, mais seulement une unité de mesure de « la "valeur écologique" créée sur une certaine surface et pendant une certaine durée, au sein d'un site naturel de compensation »¹¹⁸⁷. À la différence des quotas d'émission de GES¹¹⁸⁸, l'acquisition d'une unité de compensation n'a pas pour effet d'accorder à son titulaire un pouvoir direct sur une chose¹¹⁸⁹. L'acquisition de ces unités faisant l'objet d'un contrat de prestation de service, l'acquéreur de ces unités est donc titulaire d'un droit personnel, celui-ci étant entendu comme « le droit qu'a une personne, appelée créancier, d'exiger une prestation d'une autre personne »¹¹⁹⁰. Si un droit personnel créé par contrat peut en principe être cédé à la condition d'obtenir le consentement de son cocontractant¹¹⁹¹, il convient de déterminer dans quelles hypothèses une telle cession est envisageable.

2.- La cessibilité limitée des unités de compensation

274. Selon Gilles Martin, l'unité de compensation « n'est assurément pas un titre négociable, comme le serait une action ou comme l'est un quota de gaz à effet de serre »¹¹⁹². Derrière la question de la cessibilité de l'unité de compensation, se cache en réalité celle de la cessibilité du contrat de prestation de service dont l'objet est la vente d'une unité de compensation. Afin de se prémunir contre d'éventuelles pratiques spéculatives, consistant à acheter ces unités en vue de les revendre et de faire un bénéfice par rapport au prix d'achat, une libre cession des

¹¹⁸⁷ V. supra. §. n° 271

¹¹⁸⁸ MOLINER-DUBOST M., « Pollution atmosphérique : analyse du droit d'émission négociable sous l'angle du droit privé », préc., p. 2790.

¹¹⁸⁹ « Le droit réel est celui qui donne à une personne un pouvoir direct sur une chose (*jus in re*) » : LEQUETTE Y., TERRÉ F., SIMLER P., CHÉNEDÉ F., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, p. 2.

¹¹⁹⁰ LEQUETTE Y., TERRÉ F., SIMLER P., CHÉNEDÉ F., *Droit civil. Les obligations*, préc., p. 2.

¹¹⁹¹ Art. 1216 et s. du C. civ.

¹¹⁹² MARTIN G. J., « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », préc., p. 51.

unités de compensation n'apparaît pas souhaitable¹¹⁹³. On pourra ainsi regretter que le législateur n'ait pas été plus explicite sur les conditions de leur acquisition et de leur cessibilité. Celui-ci ne semble en effet envisager que l'hypothèse dans laquelle ces unités seraient acquises par une « personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité [...] dans le cadre d'un site naturel de compensation »¹¹⁹⁴.

Se pose dès lors la question de savoir si ces unités doivent être cédées uniquement par le bénéficiaire d'un agrément de site naturel de compensation, ou si elles peuvent être cédées, à titre secondaire, par une personne qui aurait préalablement acquis ces unités dans le cadre d'un site naturel de compensation. Serait ainsi concerné le débiteur d'une obligation de compenser qui aurait acquis ces unités afin de satisfaire une obligation de compensation écologique, mais qui n'en aurait plus l'utilité ou qui en aurait acheté une quantité trop importante par rapport à ses besoins.

Si nous avons précédemment démontré que le Code de l'environnement semble réserver l'acquisition d'unités de compensation à la satisfaction d'une obligation de compenser¹¹⁹⁵, rien ne s'oppose cependant à ce qu'un acquéreur puisse revendre ces unités à un tiers. Cette possibilité semble toutefois limitée en pratique, dans la mesure où la cession de ces unités nécessitera que le débiteur d'une obligation de compenser propose au service instructeur une solution de substitution pour compenser, faute de quoi il s'exposera aux sanctions administratives prévues à l'article L. 163-4 du Code de l'environnement. De surcroît, il ne serait pas possible pour l'acquéreur de ces unités de les vendre à un débiteur d'une obligation de compenser, dans la mesure où l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement paraît imposer que toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité acquière des unités « dans le cadre d'un site naturel de compensation » et donc, sous-entendu seulement dans ce cadre. Rien ne semble interdire, cependant, que l'acquéreur de ces unités puisse les céder au repreneur du projet ou de l'activité dont la réalisation a justifié l'acquisition de ces unités de compensation. Comme le souligne Marthe Lucas, « à l'image de l'obligation de remise en état, l'obligation de compenser se trouve en théorie transmise d'un exploitant d'une ICPE au suivant »¹¹⁹⁶. Dans le cas toutefois où l'acquéreur refuserait la cession de ces unités à son profit, il lui incombera la charge de proposer à l'autorité administrative compétente une solution de substitution. Enfin, le contrat dont l'objet

¹¹⁹³ MARTIN G. J., « Les "biens-environnements". Une approche par les catégories juridiques », préc., p. 147.

¹¹⁹⁴ Art. L. 163-1 II du C. env.

¹¹⁹⁵ V. supra. §. n° 268.

¹¹⁹⁶ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 449.

porte sur une unité de compensation étant constitutif de droit personnel¹¹⁹⁷, celui-ci ne pourra être cédé à la condition d'obtenir l'accord de l'opérateur de site naturel de compensation. Le contrat de prestation de service étant à exécution successive¹¹⁹⁸, il est possible que ce dernier souhaite s'opposer à la cession de ce contrat, notamment en cas de risque d'insolvabilité du nouvel acquéreur de ces unités. Rien n'empêche toutefois les parties de prévoir des clauses autorisant la cession du contrat ainsi que des droits qui en découlent¹¹⁹⁹.

275. Dans l'hypothèse où l'acquéreur de ces unités de compensation n'en aurait plus l'utilité ou en aurait acheté une quantité trop importante par rapport à ses besoins, lui serait-il possible d'obtenir de l'opérateur de site naturel de compensation, auprès duquel il a acquis ces unités, l'annulation de la vente et le remboursement des sommes versées. Ce cas n'étant pas explicitement envisagé par le Code de l'environnement, tout laisse à penser que la rétrocession sera le fruit d'une négociation entre l'acquéreur et le vendeur de ces unités. Dans l'hypothèse où cette possibilité ne serait pas prévue par le contrat qui lie l'acquéreur et le vendeur de ces unités, ce dernier pourrait se réserver le droit de refuser de rembourser les sommes versées par l'acquéreur de ces unités. Il pourrait, plus encore, se retourner contre l'acquéreur pour engager sa responsabilité dans le cas où ce dernier refuserait d'exécuter ses engagements. Dans le cas où l'opérateur de site naturel de compensation accepterait de rembourser son cocontractant, il est possible d'envisager, qu'afin de compenser son manque à gagner, le vendeur de ces unités applique des pénalités financières. Ce faisant, les sommes remboursées par le vendeur à l'acquéreur pourraient être inférieures au prix d'achat de ces unités.

276. Enfin, quel serait le sort de ces contrats dans l'hypothèse où l'opérateur de site naturel de compensation souhaiterait céder son activité ? *A priori*, rien ne s'oppose contractuellement à ce qu'il y ait changement de prestataire de production d'unité de compensation dès lors que les conditions de la compensation écologique restent inchangées. En revanche, la question du changement d'opérateur de site naturel de compensation est plus délicate dans les rapports à l'administration. En disposant que « Les sites naturels de compensation font l'objet d'un agrément préalable par l'Etat, selon des modalités définies par décret », l'article L. 163-3 du Code de l'environnement pourrait laisser penser que l'agrément est délivré à *un site*. Toutefois,

¹¹⁹⁷ V. supra. §. n° 273.

¹¹⁹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹⁹ Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

comme le révèle l'article D. 163-1 du Code de l'environnement, l'agrément est en réalité délivré à *une personne* justifiant notamment de capacités techniques et financières et de droits nécessaires à la mise en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité. Dans le cas où l'identité de cette personne viendrait à changer, l'article D. 163-6 du Code de l'environnement dispose, que la personne qui met en place le site naturel de compensation peut demander une modification de cet agrément. Il reviendra alors au ministre chargé de l'environnement de s'assurer que ce nouvel opérateur satisfait aux conditions prévues par le Code de l'environnement en termes de capacités et de droits nécessaires à la mise en œuvre des mesures de compensatoire. Cet acte n'étant pas déclaratoire, il sera possible à l'autorité administrative compétente de s'opposer à ce changement si elle l'estime nécessaire.

277. Si tout n'oppose donc pas les unités de compensation aux quotas d'émission de GES, celles-ci se distinguent toutefois assez largement les unes des autres, notamment du point de vue de leurs modalités de cession. En conclusion de cette analyse, nous observons ainsi une combinaison à la fois du contrat et du marché dans la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

278. La mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux s'appuie essentiellement sur deux catégories d'instruments. Parmi eux, le contrat s'impose comme un outil incontournable permettant de satisfaire les intérêts d'une grande diversité de personnes physiques comme morales, publiques comme privées. La pluralité de formes, d'objets et de temporalités qui caractérisent ces contrats complexifient leur identification juridique et leur contrôle. Si le contrat de prestation de service occupe une place privilégiée, celui-ci n'est pas pour autant exclusif, dans la mesure où la maîtrise foncière constitue un enjeu central dans le cadre de la réalisation des prestations de services environnementaux et de compensation écologique. Bien que le droit des contrats publics offre des garanties intéressantes en permettant à l'administration de s'assurer de la bonne réalisation des prestations contractualisées, l'exercice de classification des contrats susceptibles d'être conclus révèle que la plupart d'entre eux sont soumis au droit commun des contrats. Si celui-ci présente l'avantage de la souplesse, il offre des garanties moins avantageuses que le droit public des contrats pour s'assurer de la bonne exécution des engagements pris.

279. Par ailleurs, les dispositifs de compensations écologiques et de paiements pour services environnementaux ont également en commun de reposer sur l'existence d'une offre et d'une demande de prestations de service et donc, d'un marché. Distincts de par leur objet, ces marchés suivent également des trajectoires qui leur sont propres. Au marché de la compensation écologique, s'est ajoutée la création, par le législateur, d'un marché des unités de biodiversité, qui peine encore cependant à émerger. Si rien ne s'oppose au développement de marchés de prestations de services environnementaux, l'offre et la demande de ces services restent limitées en dehors de quelques initiatives publiques. La perspective du développement de marchés de services rendus par les écosystèmes, ou de fonctions écologiques, n'apparaît en revanche pas souhaitable et incompatible avec leur statut de choses communes. Au regard de la finalité écologique des dispositifs de compensations écologiques et de paiements pour services environnementaux, le recours croissant au marché exige une régulation juridique adaptée.

CONCLUSION DU TITRE 2

280. Le succès rencontré par les « instruments économiques » dans les approches – y compris juridiques – de protection de la biodiversité nous a conduit à mener une réflexion sur les enjeux de qualification soulevés, en particulier, par les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Si l’objet de ces instruments, leur nature, ainsi que leur finalité peuvent sensiblement diverger, il est néanmoins possible d’identifier de nombreuses interactions entre eux, à la fois conceptuelles et juridiques. La biodiversité et les services rendus par les écosystèmes s’imposent ainsi comme des objets communs aux deux dispositifs. Envisagé comme une catégorie de prestation de service à finalité écologique, le service environnemental constitue, en revanche, un objet propre aux mécanismes de paiements pour services environnementaux. L’étude du concept de service environnemental a ainsi permis de mettre en évidence le fait que le droit laisse encore de nombreuses interrogations concernant la qualification des mécanismes de paiements pour services environnementaux, et leurs potentialités d’articulation avec les dispositifs de compensation écologique.

281. Le fait que la mise en œuvre des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux repose presque exclusivement sur le contrat et le marché confirme que ces deux dispositifs s’inscrivent dans une démarche de flexibilité. Incitées à ne pas détruire ou à s’engager dans des actions de restauration, de réhabilitation, de préservation ou de gestion écologiques, les personnes physiques ou morales privilégient, dans le cadre des relations juridiques qui se nouent entre elles, la libre rencontre des volontés. Si la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux n’est pas dénuée d’encadrement juridique, la liberté dont bénéficient les acteurs impliqués – publics comme privés – peut nous laisser songeurs sur la capacité de ces instruments à satisfaire les finalités qui leur sont assignées avec la sécurité juridique nécessaire. Loin d’être strictement théoriques, les réflexions menées sur les enjeux de qualification juridique relatifs aux compensations écologiques et aux paiements pour services environnementaux révèlent les lacunes juridiques et théoriques de ces dispositifs. Ce faisant, celles-ci invitent à réfléchir sur l’opportunité d’un renforcement de leur encadrement juridique.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

282. Les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique constituent des instruments incontournables dans les approches économiques de protection de la biodiversité et des écosystèmes. Si l'appréhension de ces instruments par les sciences économiques est le fruit d'une longue évolution, ce n'est que très récemment que cette conception plus économique de la protection de l'environnement rejaillit en droit. Une étude historique de ces instruments a permis de révéler ces derniers sont loin d'être novateurs, mais au contraire plutôt anciens dans leur principe. De surcroît, ces derniers relèvent à l'origine de cadres théoriques et juridiques distincts. Ils sont fondés à la fois sur des principes différents (pollueur-payeur ; protecteur-payé et bénéficiaire-payeur) et s'incarnent dans des instruments juridiques qui n'ont a priori pas de relation directe entre eux. Si la réalisation de mesures compensatoires peut constituer l'objet d'une prestation de service environnemental, les paiements pour services environnementaux ne se limitent toutefois pas à ce seul objet. Là où une première approche tendrait à dissocier en tout point ces dispositifs, l'analyse révèle que de nombreuses synergies juridiques peuvent être établies et/ou restent à construire entre compensations écologiques et paiements pour services environnementaux.

283. Leur déploiement dans les approches juridiques de protection de la biodiversité et des écosystèmes s'accompagne plus largement de l'introduction de nouveaux concepts et modalités de mise en œuvre également inspirés des doctrines économiques. Les services rendus par les écosystèmes – ou services écosystémiques – s'imposent ainsi comme un déterminant commun aux mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique. Leur consécration illustre ainsi un glissement du droit de l'environnement dans un sens plus explicitement économique qu'il ne l'était auparavant. Cette orientation inédite peut faire craindre que la biodiversité et les écosystèmes ne soient plus protégés qu'au regard des bénéfices que les êtres humains peuvent en retirer. La nature deviendrait ainsi non plus un patrimoine à transmettre aux générations futures mais un capital – ou un stock – à gérer, et dont la quantité serait préservée – souvent au détriment de la qualité – par le recours à des instruments très largement négociés et encore trop faiblement régulés. La consécration juridique des instruments économiques et du cadre théorique dans lequel ils s'insèrent se heurte néanmoins à certains obstacles liés aux spécificités du modèle juridique français. Le degré de réception juridique de ces différents instruments et objets demeure dès lors très variable.

Deuxième partie

LE NÉCESSAIRE RENFORCEMENT DU CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

284. Classiquement, le cadre juridique – nous parlerons également de régime juridique – désigne « l'ensemble des règles applicables à une notion »¹²⁰⁰. L'exercice de qualification juridique préalablement effectué a permis de démontrer que les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique relèvent de catégories juridiques bien distinctes. Pour autant, ces deux instruments semblent partager une communauté de liens conceptuels et matériels qui nous invite à identifier et à analyser, non seulement leurs régimes juridiques, mais également les difficultés susceptibles de découler de leur mise en œuvre. Dans ses travaux de recherche doctorale consacrés aux compensations écologiques, Marthe Lucas identifiait, de manière exhaustive, une pluralité de limites à la fois scientifiques, temporelles, spatiales et structurelles¹²⁰¹. En dépit de l'indiscutable actualité de ces limites¹²⁰², des progrès notables ont néanmoins été accomplis dans la mise en œuvre des compensations écologiques. Tout d'abord, les sciences écologiques (écologie et biologie de la conservation) ont renforcé leurs connaissances à la fois sur la biodiversité et sur la mise en œuvre des compensations¹²⁰³. L'écologue Baptiste Regnery relève ainsi que « certains projets d'aménagement peuvent aussi recréer des conditions écologiques favorables pour la biodiversité »¹²⁰⁴. Ensuite, le juge administratif a sensiblement amélioré le contrôle qu'il exerce sur la qualité des mesures

¹²⁰⁰ GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, préc., p. 892.

¹²⁰¹ L'auteure démontre que les compensations écologiques se heurtent, notamment, à l'impossibilité technique de compenser les atteintes à certains milieux, à l'inadaptation des outils juridiques existants pour assurer la maîtrise foncière des sites de compensation ou bien encore la dispersion et l'absence de mutualisation des sites de compensation : LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 403 et s.

¹²⁰² Un récent rapport de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation relève que l'absence d'application de la séquence ERC « peut s'expliquer par les imperfections d'un cadre juridique imprécis et manquant d'uniformité ainsi que par l'insuffisance des connaissances, outils et méthodologies partagés, à la fois chez les maîtres d'ouvrage, mais également dans les bureaux d'études et administrations chargés de les accompagner » : DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 30.

¹²⁰³ V. notamment en ce sens : DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 99 ; REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 86.

¹²⁰⁴ L'auteur cite comme exemple des espaces entretenus sous des lignes électriques ou bien encore des bandes de servitudes au-dessus de canalisations enterrées : REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 51 et s. ; V. également en ce sens : DUTOIT T. et al., « Regards d'écologue sur le premier site naturel de compensation français », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 215-222.

compensatoires¹²⁰⁵. Enfin, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a doté les compensations écologiques d'un grand nombre de nouvelles dispositions relatives à la conception, à la réalisation et au suivi des mesures compensatoires¹²⁰⁶. Dans la mesure où les conséquences des atteintes environnementales de certains projets, plans et programmes demeurent « irréversibles »¹²⁰⁷, ces récentes avancées, à première vue encourageantes, sont-elles pour autant suffisantes ? À l'évidence non, étant donné que rares sont les voix qui contestent, encore aujourd'hui, la nécessité de renforcer les compensations écologiques¹²⁰⁸. À la différence de ces dernières, les paiements pour services environnementaux font l'objet d'un encadrement juridique indiscutablement moins développé. En dépit de leur succès politique et académique, les réflexions économiques comme juridiques dont ils font l'objet demeurent encore (très) théoriques. L'intérêt croissant dont bénéficient les paiements pour services environnementaux, corrélé aux récentes mutations des dispositifs de compensation écologique, nous invite dès lors à identifier et structurer les obstacles rencontrés par ces deux instruments. Un rapprochement avec les difficultés conceptuelles et matérielles rencontrées par les mesures de compensation écologique, ou encore les mesures agroenvironnementales de la PAC, apparaît notamment susceptible d'apporter un éclairage intéressant sur la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux. Nous verrons ainsi que l'efficacité des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux se révèle discutable (**Titre 1**) et leur encadrement juridique insuffisant pour garantir la protection de la biodiversité (**Titre 2**).

¹²⁰⁵ STEICHEN P., « La compensation préalable des atteintes à la biodiversité dans le cadre des projets d'aménagement », préc., p. 718 et s. ; V. également en ce sens : DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 32. ; LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espairs portés par la jurisprudence », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 193-202.

¹²⁰⁶ V. infra. §. n° 433 et s.

¹²⁰⁷ DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 101.

¹²⁰⁸ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., 226 p. ; le présent rapport « formule trente-cinq propositions visant à améliorer le dispositif que ce soit par l'amélioration des méthodologies et des connaissances en matière de biodiversité, une revalorisation de la place des collectivités territoriales, du monde agricole et des experts ainsi qu'une plus grande anticipation du triptyque ERC et un meilleur suivi » : LUCAS M., « Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ? Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale », *RJE*, 4/2017, p. 640 ; V. également en ce sens : BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, Doc. AN n° 1096, 251 p.

TITRE 1.- L'EFFICACITÉ DISCUTABLE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES POUR LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

285. L'efficacité est classiquement définie, du point de vue des sciences économiques, comme la capacité à réaliser un objectif¹²⁰⁹. L'efficacité constitue l'une des notions centrales de l'analyse économique des dispositifs des politiques publiques¹²¹⁰. Comme le souligne le politiste Henri Lamotte, « les économistes sont assez généralement convaincus de l'intérêt du recours aux instruments économiques plutôt qu'à l'action réglementaire traditionnelle ("command and control") qui permettent en donnant un prix à l'environnement d'agir de façon décentralisée sur les comportements individuels et d'agir de façon efficace d'un point de vue économique »¹²¹¹. Conjointement aux réflexions sur l'évaluation économique de l'environnement, l'efficacité économique des politiques environnementales est une réflexion qui intéresse tout particulièrement l'économie de l'environnement depuis les années 1990¹²¹². Sous l'influence de la sociologie du droit, les notions d'effectivité et d'efficacité vont progressivement être utilisées à partir des années 1980 pour mesurer l'impact du droit sur les pratiques sociales¹²¹³. Souvent confondus dans les approches juridiques¹²¹⁴, ces deux concepts doivent cependant être dissociés. Nous pouvons ainsi retenir que « le concept d'effectivité renvoie à la mise en action de l'énoncé par les autorités d'application, l'efficacité désigne la relation entre l'intention ou l'objectif supposé recherché par les auteurs de l'énoncé initial et le

¹²⁰⁹ SILEM A., *Lexique d'économie*, préc., p. 338.

¹²¹⁰ V. notamment ce sens : SALLES J.-M., « Analyse économique du dispositif juridique », in MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, La documentation française, 2002, p. 202 ; PETITIMBERT R., « La compensation comme instrument de management du vivant. Un point de vue depuis la science politique », *RJE*, 4/2017, p. 662 ; PETITIMBERT R., « La professionnalisation des consultants de la compensation : traductions instrumentales et enjeux de légitimation », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, p. 203.

¹²¹¹ LAMOTTE H., « Rapport général », préc., p. 35 ; V. également dans le même sens : DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, préc., p. 339.

¹²¹² BODARD A., « Des paiements pour services écosystémiques "non monétaires", un instrument adapté à la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 354 ; pour une évaluation de l'efficacité de la compensation écologique du point de vue des sciences économiques, V. notamment : SCEMAMA P., KERMAGORET C., LEVREL H., VAISSIÈRE A.-C., « L'économie néo-institutionnelle comme cadre de recherche pour questionner l'efficacité de la compensation écologique », préc., pp. 150-158.

¹²¹³ LASCOUMES P., SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, p. 101 et s. ; V. également, dans le même sens : CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2014, p. 136 et s.

¹²¹⁴ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Penser l'efficacité de la norme », *Keio law journal*, n° 29, 2014, p. 367 ; V. également, dans le même sens : LASCOUMES P., SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », préc., p. 118 ; LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n° 3, 2011, pp. 715-732.

résultat obtenu. Dès lors, "un texte peut-être apparemment appliqué" (effectif) "sans qu'il produise des effets qui apparaissent comme recherchés" (efficace) »¹²¹⁵. Largement utilisé comme critère d'évaluation de la performance de l'action publique¹²¹⁶, le concept d'efficacité s'est décliné en droit de l'environnement¹²¹⁷. Déjà en 1992, le principe 11 de la Déclaration de Rio incitait les États à « promulguer des mesures législatives efficaces en matière d'environnement ». Plus récemment, l'amélioration de « l'efficacité des politiques de biodiversité » constitue l'axe 6 du Plan Biodiversité présenté le 4 juillet 2018 par Nicolas Hulot, alors Ministre de la Transition écologique et solidaire. Plus encore, l'article R. 414-23 IV du Code de l'environnement énonce que « les mesures compensatoires permettent une compensation efficace et proportionnée au regard de l'atteinte portée aux objectifs de conservation du ou des sites Natura 2000 concernés et du maintien de la cohérence globale du réseau Natura 2000 ». Dès lors, les paiements pour services environnementaux et la compensation écologique constituent-ils des instruments juridiques efficaces de protection de la biodiversité ? Autrement dit, permettent-ils de satisfaire les objectifs juridiques qui leur sont assignés (équivalence, gain net, additionnalité, etc.) ? Nous verrons que l'efficacité écologique de ces deux mécanismes apparaît assez largement entravée du fait de l'insuffisante prise en compte par le droit de la complexité des dynamiques écologiques (**Chapitre 1**) et de la difficulté à assurer juridiquement une gestion pérenne de la biodiversité (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1.- LE CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES À L'ÉPREUVE DE LA COMPLEXITÉ DU VIVANT

286. La biodiversité s'oppose, par nature, à l'uniformité et à la simplicité. Cette notion tend, au contraire, à désigner « un ensemble d'entités biologiques d'importance et de complexité variable et croissante », organisée « en une série de niveaux de complexité croissante depuis le plus simple, celui de la variabilité génétique [...] jusqu'à l'infinie complexité constituée par

¹²¹⁵ CHAMPEIL-DESPLATS V., « Penser l'efficacité de la norme », préc., p. 368 ; V. également en ce sens : MORAND-DEVILLER J., « Avant-propos », in BOSKOVIC O. (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement. Mise en œuvre et sanction*, Dalloz, 2010, p. 1.

¹²¹⁶ FLIZOT S., « Performance, efficacité, contrôle et évaluation de l'action publique », in HOLCMAN R. (dir.), *Management public*, Dunod, 2014, p. 167 et s. ; MALJEAN-DUBOIS S., « Le recours à l'outil économique : un habit neuf pour les politiques environnementales ? », préc., p. 9.

¹²¹⁷ V. sur ce point : BOSKOVIC O. (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement. Mise en œuvre et sanction*, Dalloz, 2010, 136 p. ; LEPAGE C., « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, pp. 123-133 ; TANGUY Y., « L'environnement malade de son droit ? Introduction générale », *Revue Juridique de l'Ouest*, NS/1992, pp. 5-20.

l'assemblage des innombrables communautés qui peuplent la biosphère prise dans sa globalité »¹²¹⁸. La mise en œuvre de la compensation écologique suppose ainsi à la fois d'être en capacité d'évaluer et d'agir sur les dynamiques naturelles (compétition inter et intra-spécifique, relations aire-espèces, interactions trophiques, stabilité des écosystèmes, fonctions écologiques, échelle des spatiales et temporelles des processus écologiques)¹²¹⁹. Le risque écologique que ce mécanisme fait peser consiste notamment à sous-évaluer ce qui est irrémédiablement ou temporairement détruit, tout en surestimant la capacité de l'Homme à en contrebalancer les effets. De la même manière, si les paiements pour services environnementaux ne sont en principe consécutifs à aucune atteinte prévue ou prévisible à la biodiversité, leur mise en œuvre n'est pas pour autant systématiquement sans effet sur l'environnement. En dépit de la fin de l'« expérimentation » réalisée par la CDC Biodiversité sur le site de « Cossure », la compensation écologique s'inscrit encore, d'un point de vue des sciences écologiques, dans une démarche expérimentale¹²²⁰. Confronté à de « nombreuses incertitudes sur la mesure de la biodiversité »¹²²¹, le cadre juridique des mécanismes de paiements pour service environnementaux et de compensation écologique ne semble pas offrir de garanties suffisantes pour appréhender la complexité du vivant (**Section 1**). Ces dispositifs étant assez largement influencés par des approches très économiques, ceux-ci s'imposent comme une solution préoccupante pour la protection de la biodiversité (**Section 2**).

SECTION 1.- L'INADÉQUATION DU CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES AVEC LA COMPLEXITÉ DE LA BIODIVERSITÉ

287. Les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux impliquent d'agir sur des dynamiques écologiques complexes. La mise en œuvre opérationnelle des compensations écologiques est, par conséquent, fortement tributaire des connaissances dont disposent les sciences du vivant pour évaluer les pertes écologiques, déterminer les mesures compensatoires les plus adaptées, réaliser les mesures prescrites ou encore mesurer les résultats obtenus¹²²². Bien que distinct dans leur principe, les paiements pour

¹²¹⁸ RAMADE F., *Dictionnaire encyclopédique des sciences de la nature et de la biodiversité*, Dunod, 2008, p. 61.

¹²¹⁹ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., pp. 17-41.

¹²²⁰ *Ibid.*, p. 128 et s.

¹²²¹ *Ibid.*, p. 124 et s.

¹²²² V. notamment en ce sens : REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 88.

services environnementaux exigent également de disposer de connaissances écologiques, d'une part, sur le terrain support de la prestation de service environnemental (état initial du site, identification des objectifs poursuivis) ainsi que, d'autre part, pour évaluer les gains écologiques obtenus à l'issue des prestations réalisées. L'obtention d'un résultat d'un point de vue écologique apparaît dès lors déterminant, puisqu'il fonde et légitime le droit à rémunération du prestataire de service environnemental. Bien que le caractère encore très lacunaire des connaissances dont nous disposons en matière d'évaluation et de gestion de la biodiversité soit largement admis, notamment par le législateur, le cadre juridique des mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique n'apporte pas une réponse satisfaisante à ces incertitudes (§1). De surcroît, ces instruments ont en commun de reposer sur des critères aux contours écologiques et juridiques encore trop largement imprécis (§2).

§1.- LA PRISE EN COMPTE JURIDIQUE INSUFFISANTE DES INCERTITUDES EN TERMES DE MESURES DE LA BIODIVERSITÉ

288. La compensation écologique repose sur un principe, en apparence simple, selon lequel les atteintes causées à l'environnement par un projet, plan ou programme qui n'ont pas pu être suffisamment évitées ou réduites doivent être compensées de manière au moins équivalente d'un point de vue écologique. À défaut de connaissances suffisantes, les doutes exprimés par de nombreux auteurs sur la capacité de l'Homme à comprendre et à agir sur le vivant devraient néanmoins nous inciter à la prudence dans la mise en œuvre de ce dispositif. Dans ce contexte de fortes incertitudes scientifiques, les prestations de services environnementaux et les mesures compensatoires réalisées échappent pourtant, en elles-mêmes, assez largement à une évaluation de leurs incidences sur l'environnement (A) et se heurtent, de surcroît, à l'absence de référentiels communs d'évaluation et de suivi de la biodiversité (B).

A.- L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE INSUFFISANTE DES OPÉRATIONS FAVORABLES À LA BIODIVERSITÉ

289. À l'évidence, la réalisation d'opérations de réhabilitation ou de gestion écologiques peut aboutir à déséquilibrer temporairement ou définitivement les milieux naturels (1). Pourtant, en amont de la mise en œuvre de mesures de compensation écologique, ou de la réalisation d'une prestation de service environnemental, aucune évaluation des incidences possiblement négatives de ces actions sur l'environnement n'est imposée par le droit (2).

1.- Les incidences écologiques des opérations favorables à la biodiversité

290. Rares sont les auteurs qui reconnaissent que les mesures compensatoires peuvent engendrer, en elles-mêmes, des impacts écologiques sur les sites où elles sont réalisées¹²²³. Ces bouleversements peuvent avoir des conséquences négatives sur les fonctionnalités, la densité et la diversité de la faune (mammifères, oiseaux, insectes, amphibiens, reptiles, etc.) et de la flore, ou bien encore les paysages. Qualifiées d'« opérations favorables à la biodiversité » dans le projet de loi relatif à la biodiversité adopté en première lecture par l'Assemblée nationale¹²²⁴, les réserves d'actifs naturels – aujourd'hui dénommées sites naturels de compensation – sont pourtant susceptibles de causer en eux-mêmes des impacts négatifs notables sur la biodiversité. À titre d'exemple, le bilan écologique de l'expérimentation de compensation par l'offre réalisée par la CDC Biodiversité sur le site de « Cossure » révèle que la destruction d'anciens vergers, au profit de la réhabilitation d'un paysage de type steppique en plaine de Crau, a notamment favorisé la prolifération de certaines espèces végétales invasives transportées par le vent¹²²⁵. De surcroît, la création de ce site a également nécessité la destruction de morceaux de steppe en dehors de celui-ci (sur des sites « donneurs »), et engendré des pollutions et des perturbations liées à la circulation de nombreux véhicules motorisés¹²²⁶. Ces incidences négatives, qui n'avaient pas été anticipées en amont du projet, ont généré non seulement des atteintes à l'environnement, mais également aux biens et aux personnes.

Compte tenu de l'urgence de préserver la biodiversité, il apparaît impensable de ne pas s'interroger sur de tels effets. Une telle réflexion apparaît d'autant plus nécessaire que les conséquences liées à la mise en œuvre des compensations écologiques ne demeurent pas que strictement écologiques. Dans ses travaux de recherche doctorale, l'économiste Adeline Bas énonce en effet qu'« une dégradation de la biodiversité par un aménagement entraîne des pertes

¹²²³ V. notamment en ce sens : REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 106 ; LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 197.

¹²²⁴ Dans sa rédaction issue de son adoption en première lecture par l'Assemblée nationale, l'article 33A du projet pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages disposait notamment que « Art. L. 163-3. – Des opérations favorables à la biodiversité, dénommées "réserves d'actifs naturels", peuvent être mises en place par des opérateurs de réserves d'actifs naturels [...] ».

¹²²⁵ Propos tenus par MM. DUTOIT Thierry et HAY Julien dans le cadre de leur intervention intitulée « Regards croisés sur la compensation écologique : regards de l'écologue et de l'économiste ». Cette intervention s'est inscrite dans le cadre du colloque pluridisciplinaire « la compensation écologique en questions », organisé à la Cité des Congrès de Nantes dans le cadre des Journées Scientifiques de l'Université de Nantes, 2 juin 2017.

¹²²⁶ DUTOIT T. et al., « Regards d'écologue sur le premier site naturel de compensation français », préc., p. 221 ; V. également sur ce point : BILLET Ph., « Quelques nuances de gris en matière de biodiversité », *EEI*, n° 5, mai 2017, p. 3.

écologiques, mais pas seulement. Des pertes de bien-être sont également générées en raison d'une modification ou d'une suppression des interactions entre les populations humaines et la biodiversité (pertes d'usage et de non-usage). Les pertes de bien-être côtoient ainsi les pertes écologiques : il est alors possible d'envisager une compensation visant les pertes de bien-être et/ou une compensation visant les pertes écologiques »¹²²⁷. L'introduction en 2014 par la loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du mécanisme de « compensation agricole » témoigne bien des incidences négatives que peuvent causer des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements publics et privés sur l'économie agricole¹²²⁸.

Ces questionnements, que l'on pourrait penser réservés à la compensation écologique, sont également susceptibles de concerner les paiements pour services environnementaux. Il est intéressant de relever sur ce point que, dans sa décision du 18 février 2020 autorisant la France à mettre en place un régime d'aide relatif à la « Valorisation des services environnementaux en incitation à la performance environnementale des exploitations », la Commission européenne relève que les autorités françaises ont signalé que le régime « n'est pas susceptible d'avoir une incidence négative sur l'environnement »¹²²⁹. Bien que la réalisation de prestations de services environnementaux ait pour finalité d'améliorer l'état de la biodiversité et des écosystèmes, il n'est pas pour autant impossible que surviennent des effets potentiellement négatifs. Cette réalité justifie d'identifier les moyens juridiques permettant de soumettre tant les prestations de services environnementaux, que de compensation écologique, à une évaluation – ou tout du moins une prise en compte – de leurs possibles incidences négatives sur l'environnement.

2.- L'identification des fondements juridiques mobilisables pour l'évaluation des incidences des opérations favorables à la biodiversité

291. L'affaiblissement constant et significatif du régime juridique de l'évaluation environnementale apparaît regrettable¹²³⁰, dans la mesure où ce processus permet d'éclairer pétitionnaires, décideurs publics et citoyens sur les conséquences environnementales de la réalisation de projets, plans ou programmes. Si le droit applicable peut faire l'objet de nombreuses améliorations, ce processus permet également de s'intéresser à l'état initial du site

¹²²⁷ BAS A., *Analyse de la compensation écologique comme instrument d'internalisation et de lutte contre l'érosion de la biodiversité marine : illustration par l'éolien en mer*, préc., p. 26.

¹²²⁸ Art. 28 de la loi n° 2014-1170 du 13 octobre 2014, préc. ; codifié à l'art. L. 112-1-3 du C. rur.

¹²²⁹ Considérant 43 de la Décision de la Commission européenne, Aide d'État/France SA.55052 (2019/N), préc.

¹²³⁰ V. infra. §. n° 438 et s.

impacté, d'évaluer la pertinence écologique des mesures compensatoires proposées ou encore, dans certains cas, d'exiger des mesures correctrices en cas d'insuffisance des mesures compensatoires prescrites. L'étude d'impact qui serait insuffisante pourra également être sanctionnée par le juge administratif qui sera en mesure, s'il l'estime justifié, d'annuler l'autorisation administrative accordée au maître d'ouvrage. Ce dernier devra alors déposer une nouvelle demande d'autorisation et renouveler l'ensemble des formalités exigées (étude d'impact, avis de l'autorité environnementale, consultation du public, etc.).

De manière assez étonnante, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose toutefois d'obligation d'évaluer les effets sur l'environnement engendrés par la réalisation des mesures de compensation écologiques elles-mêmes. Le législateur impose en effet seulement que les incidences environnementales dans le cadre du processus d'évaluation environnementale soient appréciées globalement. Les études d'impact doivent ainsi contenir, non seulement une analyse des effets directs du projet, mais également une analyse des « effets indirects secondaires, cumulatifs, transfrontaliers, à court, moyen et long termes, permanents et temporaires, positifs et négatifs »¹²³¹. À cet effet, seront seulement pris en compte les impacts du projet soumis à étude d'impact cumulés avec ceux « d'autres projets existants ou approuvés »¹²³². Si ces dispositions permettent d'analyser les effets cumulés avec, notamment, d'autres projets ayant fait l'objet d'une étude d'impact ou d'une étude d'incidence des IOTA, la réalisation de mesures compensatoires sur un terrain n'entre pas dans le champ des « projets existants ou approuvés » visés par l'article R.122-5 II du Code de l'environnement¹²³³. Des requérants ont ainsi pu dénoncer devant le juge administratif l'incomplétude d'un dossier de demande d'autorisation déposé par un pétitionnaire au motif que celui-ci ne contenait pas d'étude de l'état initial et des impacts des mesures compensatoires sur les parcelles concernées par la réalisation de ces mesures¹²³⁴. Ce moyen a toutefois été rejeté par le juge administratif au motif « qu'il ne résulte pas de l'instruction et n'est d'ailleurs pas établi par les requérants que les projets autorisés seraient susceptibles d'affecter les parcelles concernées par les mesures compensatoires et y porteraient atteinte »¹²³⁵. Dans cette décision, le juge refuse ainsi de considérer que la réalisation de mesures compensatoires sur des terrains constitue, par nature,

¹²³¹ Art. R.122-5 II du C. env.

¹²³² *Ibid.*

¹²³³ Entretien réalisé le 6 mai 2020 auprès de M. Gabriel Ullmann, docteur-ingénieur, docteur en droit, ancien commissaire enquêteur, expert judiciaire pour les questions d'environnement

¹²³⁴ CAA de Nantes, 14 novembre 2016, req. n° 15NT02883 ; cité par LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 197.

¹²³⁵ *Ibid.*

une activité susceptible de générer un risque tel qu'il conviendrait de soumettre cette dernière à évaluation environnementale. En effet, les risques d'atteinte à l'environnement liés à la réalisation de mesures compensatoires ne peuvent pas être présumés, mais doivent être démontrés. La réalisation de mesures compensatoires ne sera ainsi susceptible de faire l'objet d'une évaluation de ses incidences sur l'environnement que dans le cas où elle ferait intervenir des travaux, ouvrages ou aménagements eux-mêmes soumis à évaluation environnementale. Les incidences sur l'environnement de ces mesures pourront toutefois faire l'objet d'une évaluation à l'occasion d'une procédure de demande d'autorisation environnementale, soit par l'autorité administrative compétente, soit par l'instance consultative sollicitée (ministre chargé de l'environnement, formation d'autorité environnementale du CGDD, Conseil national de la protection de la nature, conseil scientifique régional du patrimoine naturel, etc.). Le risque est toutefois que l'attention de l'autorité administrative compétente et/ou de ces instances soit centrée sur le respect, par les mesures compensatoires éventuellement proposées par le pétitionnaire, des conditions imposées par les articles L. 163-1 du Code de l'environnement, et qu'une moindre importance soit accordée à l'étude de l'état initial et des impacts des mesures compensatoires sur les parcelles concernées par la réalisation de ces mesures.

292. L'absence de prise en compte des effets environnementaux liés à la réalisation de mesures compensatoires apparaît tout particulièrement regrettable en prévision de la création des sites naturels de compensation. Si la reconnaissance d'un espace comme site naturel de compensation est conditionnée à l'obtention d'un agrément délivré par le ministre chargé de l'environnement¹²³⁶, aucune disposition n'impose explicitement la réalisation d'une évaluation environnementale préalablement à l'implantation de ce site. L'article D. 163-8 du Code de l'environnement n'envisage en effet que l'évaluation de la bonne mise en œuvre des mesures de compensation écologique et leur efficacité. Les sites naturels de compensation ne font l'objet d'aucune rubrique énumérant les projets soumis à étude d'impact, ni aucune rubrique de la nomenclature des ICPE. La création de ces sites destinés à obtenir un agrément sera donc soumise au droit commun. Ceux-ci pourront ainsi faire l'objet d'une évaluation environnementale au titre de plusieurs législations sectorielles. Sur ce point, la rubrique 39 du tableau annexé à l'article R. 122-2 du Code de l'environnement soumet à évaluation environnementale certains « Travaux, constructions et opérations d'aménagement ». Les sites

¹²³⁶ Décret n° 2017-264 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation, JO du 2 mars 2017, texte n° 7 ; décret n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation, JO du 2 mars 2017, texte n° 8.

naturels de compensation peuvent ainsi *a priori* s'intégrer dans la catégorie des « opérations d'aménagement », définies par l'article L. 300-1 du Code de l'urbanisme comme « les actions ou opérations d'aménagement ont pour objets [...] de mettre en valeur le patrimoine bâti ou non bâti et les espaces naturels ». Seront soumis à étude d'impact systématique les opérations d'aménagement dont le terrain d'assiette est supérieur ou égal à 10 ha et à examen au cas par cas les opérations dont le terrain d'assiette est compris entre 5 et 10 ha. On peut dès lors envisager que les gros projets de SNC seront soumis à évaluation environnementale systématique. Le projet de restauration du site de « Cossure » mené par la CDC Biodiversité portait ainsi sur 357 hectares d'anciens vergers¹²³⁷. En revanche, les projets de moindre importance sont susceptibles d'échapper à étude d'impact systématique. Toutefois, les « opérations d'aménagements fonciers agricoles et forestiers » sont soumises à évaluation environnementale systématique¹²³⁸. Dans le même sens, les « premiers boisements » d'une superficie totale de plus de 0,5 hectare sont soumis à évaluation environnementale au cas par cas¹²³⁹. Au regard de l'existence d'effets de seuils potentiellement préjudiciables, il nous semble nécessaire de conditionner la délivrance d'un agrément de site naturel de compensation à la réalisation préalable, par le demandeur de cette autorisation, d'une évaluation des incidences de la création et de la gestion du site sur l'environnement, peu importe sa superficie.

293. De la même manière, la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux étant présumée bénéfique pour l'environnement, peu de travaux s'interrogent sur les éventuelles incidences environnementales que ceux-ci peuvent avoir sur l'environnement. À l'image des mesures agro-environnementales et climatiques de la PAC, l'« évaluation » des dispositifs de paiements pour services environnementaux ne s'intéresse qu'aux résultats écologiques obtenus, et ne prend pas suffisamment en compte les effets potentiels ou avérés de la réalisation des prestations de services environnementaux sur l'environnement. Les mesures agro-environnementales de la PAC ne font en effet l'objet d'une évaluation environnementale que par l'intermédiaire de l'évaluation environnementale des programmes de développements ruraux¹²⁴⁰. Or, comme le relève Alexandra Langlais, si le règlement 1974/2006 du 15 décembre

¹²³⁷ Dossier de demande d'agrément n° 400288, en tant que site naturel de compensation, du site de Mare à Palfour, préc.

¹²³⁸ Rubrique n° 45 du tableau annexe à l'art. R. 122-2 du C. env.

¹²³⁹ Rubrique n° 47 du tableau annexe à l'art. R. 122-2 du C. env.

¹²⁴⁰ « I. – Les plans et programmes devant faire l'objet d'une évaluation environnementale sont énumérés ci-dessous : 1° Programmes opérationnels élaborés par les autorités de gestion établies pour le Fonds européen de développement régional, le Fonds européen agricole et de développement rural et le Fonds de l'Union européenne pour les affaires maritimes et la pêche ; [...] » : art. R. 122-17 I du C. env ; V. notamment sur ce point : LANGLAIS

2006 d'application du règlement 1698/2005 exige que les programmes nationaux de développement rural contiennent une description et une justification des mesures agroenvironnementales « sur la base de l'impact environnemental prévu » de ces mesures, le programme national et les programmes régionaux de développement rural français décrivent, en revanche, « plus les exigences de la mesure à prendre et moins ses effets »¹²⁴¹. L'auteure ajoute ainsi que l'« impact supposé positif [du programme national et des programmes régionaux de développement rural] ne doit pas conduire à minimiser leur évaluation »¹²⁴². L'analyse d'un échantillon de programmes de développement ruraux issus de la programmation 2014-2020 confirme que ces documents ne détaillent peu ou pas les incidences environnementales possibles des mesures agroenvironnementales¹²⁴³. La soumission des paiements pour services environnementaux à un processus d'évaluation environnementale constitue, semble-t-il, un impensé du droit.

De même que les mesures compensatoires, les prestations de service environnemental ne feront l'objet d'une évaluation de leurs incidences sur l'environnement qu'au cas par cas, selon leur nature, dans le cadre de régimes juridiques sectoriels. Dans la mesure où les paiements pour services environnementaux correspondent le plus souvent à des opérations de faible envergure, qui consistent le plus souvent en des changements de modes de gestion des terres, nous pouvons présumer qu'un grand nombre d'opérations seront susceptibles d'échapper à l'évaluation environnementale, car situés en dessous des seuils fixés par le Code de l'environnement. Justifiée écologiquement, la généralisation du recours aux évaluations environnementales risquerait toutefois de nuire à la flexibilité de l'instrument, en décourageant les parties de s'engager du fait des coûts et des contraintes administratives que représenterait la réalisation d'une telle démarche par rapport aux avantages retirés.

294. Outre l'absence d'évaluation suffisante des incidences sur l'environnement des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, les incertitudes en termes de mesure de la biodiversité se trouvent renforcées en raison de la coexistence d'une grande diversité de méthodes d'évaluation et de suivi de la biodiversité.

A., « L'obligation d'évaluation environnementale interpellée par un dispositif de suppression de mesures agroenvironnementales », *RJE*, NSP/2015, pp. 125-138.

¹²⁴¹ *Ibid.*, p. 130.

¹²⁴² *Ibid.*, p. 133.

¹²⁴³ Programme de développement rural 2014-2020 de Guyane, Évaluation stratégique environnementale, oct. 2014, 111 p. ; Évaluation *ex ante* du programme de développement rural de la Région Poitou-Charentes 2014-2020, Rapport d'évaluation *ex-ante* final, avril 2014, 66 p. ; Évaluation *ex ante* du programme de développement rural de la région Basse-Normandie pour la période 2014-2020, Rapport final, juin 2014, 87 p.

B-. L'ABSENCE DE RÉFÉRENTIEL COMMUN D'ÉVALUATION ET DE SUIVI DE LA BIODIVERSITÉ

295. Les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux ont en commun de mobiliser des outils d'évaluation et de suivi de la biodiversité (1). Confronté à une pluralité de méthodes d'évaluations, il convient par conséquent de s'interroger sur l'opportunité d'un encadrement de ces dernières (2).

1.- La diversité des méthodes d'évaluation de la biodiversité

296. La détermination de l'efficacité des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux pour la protection de la biodiversité est tributaire du recours à des méthodes d'évaluation de la biodiversité. Quel que soit le type de compensation écologique envisagé, l'équivalence écologique exige de parvenir à un équilibre entre les impacts causés par la réalisation d'un projet et les gains générés par les mesures compensatoires. L'appréciation de cette équivalence écologique par les acteurs de la compensation repose sur une pluralité de méthodes mobilisant une grande variété d'indicateurs écologiques. La doctrine recense, à travers le monde, plusieurs dizaines de méthodes d'analyses d'équivalence entre les pertes environnementales causées par un projet et les gains obtenus via la réalisation des mesures compensatoires¹²⁴⁴. Si la plupart de ces méthodes d'évaluation restent confidentielles¹²⁴⁵, les plus connues sont les méthodes *Habitat Equivalency Analysis* (HEA) et *Resource Equivalency Analysis* (REA), développées aux États-Unis¹²⁴⁶. Privilégiée pour les

¹²⁴⁴ V. notamment en ce sens : HAY J., « La réparation de la nature et quelques-uns de ses enjeux du point de vue de l'évaluation des atteintes écologiques », *RJE*, 4/2017, p. 633 ; BEZOMBES L., *Développement d'un cadre méthodologique pour l'évaluation de l'équivalence écologique : Application dans le contexte de la séquence "Éviter, Réduire, Compenser" en France*, Université Grenoble Alpes, 2017, dactyl., p. 34 et s ; BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, préc., p. 167 ; DREAL Midi-Pyrénées, *Bilan bibliographique sur les méthodes de définition de l'équivalence écologique et des ratios des mesures compensatoires*, avril 2014, p. 9 et s. ; PIOCH S., BARNAUD G., COÏC B., « Méthodes de dimensionnement des mesures, in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 220-223.

¹²⁴⁵ HAY J., « La réparation de la nature et quelques-uns de ses enjeux du point de vue de l'évaluation des atteintes écologiques », préc., p. 633.

¹²⁴⁶ V. notamment sur ce point : BAS A. et al., « Habitat Equivalency Analysis. Estimation de l'équivalence écologique sur la base des services et ressources rendus par l'habitat », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 224-235 ;

« écosystèmes complexes » en termes de nombre d'espèces et de variété d'habitats¹²⁴⁷, la méthode HEA permet « de comparer la valeur et la qualité des pertes et gains de services et de ressources naturels rendus par un habitat. La "valeur" a un sens bien particulier dans le cadre théorique de HEA, puisqu'elle fait référence à la valeur à la fois écologique et économique d'un habitat »¹²⁴⁸. Dans la mesure où elle permet de compenser à la fois les ressources et services naturels, la méthode HEA serait ainsi la seule à être « suffisamment généraliste et souple pour pouvoir être mobilisée en dehors du champ des dommages couverts par la LRE de 2008 ou dans le cadre d'une étude d'impact environnementale en vue de mettre en œuvre des mesures compensatoires »¹²⁴⁹. La méthode REA « est plus appropriée dans le cas d'un écosystème comprenant une espèce endémique, une espèce patrimoniale (rare ou protégée ou menacée), c'est-à-dire une espèce fortement représentative du milieu, car elle y est étroitement inféodée ou à un écosystème peu complexe, constitué de peu d'espèces ou de groupes d'espèces [...]». Cette approche établit une équivalence ressource-ressource »¹²⁵⁰.

297. Nonobstant la grande diversité de ces méthodes d'évaluation, Julien Hay constate que « la plupart d'entre elles obéissent à un schéma commun, décliné en trois étapes. Ce dernier consiste d'une part à évaluer, au moyen d'indicateurs bio-physiques appropriés (densité, richesse spécifique, fonctionnalités écologiques...), la totalité des pertes causées aux éléments naturels dégradés en comparant leur état avant et après impact. Il s'agit d'autre part d'évaluer, toujours en termes bio-physiques, les gains écologiques escomptés par unité d'éléments naturels visés par les mesures de réparation/compensation. La dernière étape consiste à comparer ces pertes totales aux gains unitaires, afin de dimensionner l'échelle requise (surface s'il s'agit d'habitats, nombre d'individus s'il s'agit d'espèces) de mise en œuvre des mesures compensatoires, celle-ci assurant que les effets de ces mesures sont d'une ampleur équivalente à celle des pertes »¹²⁵¹. En pratique, « les méthodes d'évaluation de l'équivalence utilisées sont

¹²⁴⁷ GAUBERT H., HUBERT S., *La loi responsabilité environnementale et ses méthodes d'équivalence – Guide méthodologique*, CGDD, Coll. Références, juill. 2012, p. 5. ; V. également dans le même sens : BAS A., GAUBERT H., *La directive responsabilité environnementale et l'application des méthodes d'équivalence*, Études & documents du CGDD, n° 19, avril 2010, p. 11 ; V. également en ce sens BAS A. et al., « Méthodes d'équivalence et compensation du dommage environnemental », *Revue d'économie politique*, vol. 123, 1/2013, p. 134.

¹²⁴⁸ BAS A. et al., « Habitat Equivalency Analysis. Estimation de l'équivalence écologique sur la base des services et ressources rendus par l'habitat », préc., p. 226.

¹²⁴⁹ HAY J., « La réparation de la nature et quelques-uns de ses enjeux du point de vue de l'évaluation des atteintes écologiques », préc., p. 634.

¹²⁵⁰ *Ibid.*

¹²⁵¹ HAY J., « La réparation de la nature et quelques-uns de ses enjeux du point de vue de l'évaluation des atteintes écologiques », préc., p. 633.

développées au cas par cas et diffèrent selon la biodiversité concernée »¹²⁵². En cas d'impossibilité de réaliser à une évaluation de l'équivalence en termes écologiques, il est également possible de déterminer cette dernière en ayant recours à une évaluation économique¹²⁵³. Les approches privilégiées seront ainsi le plus souvent une approche valeur-valeur, ou une approche valeur-coût, exprimée en termes monétaires¹²⁵⁴.

298. Une fois l'équivalence déterminée entre les pertes générées par un dommage ou un projet et les gains apportés par les mesures compensatoires, il convient de déterminer une quantité de surface à restaurer. Pour cela, « un ratio de compensation (multiplicateur) peut être défini pour déterminer combien de crédits ou d'unités doivent être créés sur un site de compensation pour chaque unité détruite sur le site dégradé. Les ratios peuvent varier en fonction des actions compensatoires envisagées (préservation ou restauration, par exemple) ; des différences entre les pertes et les gains prévus, sous l'angle des fonctions des écosystèmes ; de l'éloignement du site de compensation ; des pertes temporaires ; et du risque et de l'incertitude »¹²⁵⁵. Dès lors, ces ratios s'imposent comme un moyen « d'ajuster l'équivalence »¹²⁵⁶. Bien ce que le recours aux ratios soit très utilisé en France, « aucune méthode claire n'est actuellement établie » concernant leur définition¹²⁵⁷. De même qu'aux États-Unis, le manque de certitudes sur l'efficacité des mesures compensatoires est ainsi fréquemment contrebalancé par une augmentation très significative des surfaces compensatoires¹²⁵⁸. Or, comme le relève un rapport de la Commission du développement durablement et de l'aménagement du territoire consacré à la mise en application de la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, « les ratios surfaciques ont leurs limites et ne doivent pas être

¹²⁵² BEZOMBES L., *Développement d'un cadre méthodologique pour l'évaluation de l'équivalence écologique : Application dans le contexte de la séquence "Éviter, Réduire, Compenser" en France*, préc., p. 35.

¹²⁵³ HAY J., « Compensation en nature des dommages accidentels. Rapprochements et divergences entre les régimes français et américain », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 72 ; V. également en ce sens : supra. §. n° 11 et s.

¹²⁵⁴ BAS A., GAUBERT H., *La directive responsabilité environnementale et l'application des méthodes d'équivalence*, préc., p. 12 et s.

¹²⁵⁵ OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 87 ; V. également dans le même sens : « la définition du coefficient de compensation dépend de nombreux paramètres propres à chaque projet d'aménagement, aux espèces et aux habitats impactés ainsi que des spécificités locales » : UICN France, *La compensation écologique : État des lieux et recommandations*, Paris, France, 2011, p. 31.

¹²⁵⁶ DREAL Midi-Pyrénées, *Bilan bibliographique sur les méthodes de définition de l'équivalence écologique et des ratios des mesures compensatoires*, préc., p. 7.

¹²⁵⁷ *Ibid.*, spéc. p. 7 et p. 22.

¹²⁵⁸ BAS A. et al., « Habitat Equivalency Analysis. Estimation de l'équivalence écologique sur la base des services et ressources rendus par l'habitat », préc., p. 233.

seuls déterminants de la compensation »¹²⁵⁹. Cette pratique est notamment contestée par les maîtres d'ouvrages et les agriculteurs, dans la mesure où elle entraîne des coûts parfois déraisonnables et mobilise une quantité importante de foncier, notamment agricole.

D'un point de vue écologique, « l'utilisation de coefficients multiplicateurs présente plusieurs limites »¹²⁶⁰. L'augmentation des surfaces compensées ne préjugant pas de la qualité des mesures compensatoires, il importe dès lors que la compensation écologique soit intensive plutôt qu'extensive. Dans la mesure où la biodiversité pose des problèmes de définition et d'évaluation, il convient de se demander s'il serait pour autant pertinent d'accorder une reconnaissance juridique à des méthodes d'évaluation de la biodiversité.

2.- L'intérêt d'un encadrement juridique des méthodes d'évaluation de la biodiversité

299. Comme le souligne Gilles Martin, « notre droit ne dit toujours rien ou presque, ni sur les méthodes à mettre en œuvre pour parvenir à la détermination des impacts résiduels à compenser, ni sur les méthodes ou les procédures présidant au choix des mesures finalement retenues »¹²⁶¹. Faute de consensus au sein des groupes de travail, la doctrine et les lignes directrices relatives à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel n'ont en effet jamais été en mesure de proposer « d'outils d'évaluation permettant de calculer les équivalences écologiques entre les destructions générées par les impacts et les gains créés par les actions de compensation. C'est une des raisons pour lesquelles il existe une grande confusion autour des méthodes d'établissement des mesures compensatoires et de leur évaluation »¹²⁶². Dans le même sens, les auditions menées par la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité ont révélé qu'« il n'existe pas, aujourd'hui, de référentiel normalisé et opposable en ce qui concerne les méthodologies d'inventaire ce qui peut, le cas échéant, engendrer des disparités entre les projets

¹²⁵⁹ BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, préc., p. 167 ; V. également dans le même sens : QUÉTIER F. et al., « Les contours flous de la doctrine éviter-réduire-compenser de 2012 », préc., p. 30.

¹²⁶⁰ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 163.

¹²⁶¹ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 21.

¹²⁶² LEVREL H. et al., « Application de la séquence éviter-réduire-compenser en France : le principe d'additionnalité mis à mal par 5 dérives », *Vertigo*, vol. 18, n° 2, sept. 2018, §. n° 40, en ligne : [<http://journals.openedition.org/vertigo/20619>] ; V. également en ce sens : QUÉTIER F. et al., « Les contours flous de la doctrine éviter-réduire-compenser de 2012 », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 29.

ou des querelles d'experts »¹²⁶³. Le constat le plus sévère est dressé par l'UICN, selon laquelle il n'existerait pas en France « de méthode d'équivalence écologique permettant d'estimer de façon rigoureuse le niveau de compensation réclamé par un impact »¹²⁶⁴. Le récent rapport annuel 2019 de l'Autorité environnementale constate, à propos des plans et programmes régionaux, au premier rang desquels le SRADDET, que « leur évaluation environnementale reste trop souvent un exercice vain, faute d'une méthode pertinente »¹²⁶⁵. De manière analogue aux mécanismes de compensation écologique, la doctrine constate que « pratiquement aucun des mécanismes de paiement pour des services environnementaux en vigueur ne repose sur de solides bases scientifiques (mesure scientifique appropriée des incidences des projets et politiques) ou économiques (évaluation fiable des avantages découlant de ces incidences) »¹²⁶⁶. Dès lors, « on ne dispose pas de valeurs de référence assez robustes pour servir de base à une calibration satisfaisante des paiements éventuels » pour les services rendus par l'agriculture¹²⁶⁷.

300. En matière de compensation écologique, la méthodologie et les indicateurs permettant d'évaluer les pertes et les gains de biodiversité sont déterminés pour chaque projet au cas par cas. Ce faisant, l'évaluation de l'équivalence écologique est souvent partielle, car limitée à une ou plusieurs composantes identifiées de la biodiversité. Les évaluations environnementales se concentrent ainsi le plus souvent « sur les éléments de biodiversité remarquable »¹²⁶⁸, au détriment d'une prise en compte suffisante des impacts sur la « biodiversité ordinaire »¹²⁶⁹. Grand oublié du droit de l'environnement¹²⁷⁰, le sol est également encore « rarement pris en compte dans la conception des mesures compensatoires »¹²⁷¹. Marthe Lucas a ainsi pu relever l'existence d'un contentieux portant sur les méthodes d'évaluation de l'état initial et de

¹²⁶³ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 80.

¹²⁶⁴ UICN France, *La compensation écologique : État des lieux et recommandations*, préc., p. 25.

¹²⁶⁵ Autorité environnementale, *Rapport annuel 2019*, p. 4.

¹²⁶⁶ HAMILTON L. S., *Les forêts et l'eau : Étude thématique préparée dans le cadre de l'Évaluation des ressources forestières mondiales 2005*, Étude FAO Forêts, n° 155, 2008, p. 75.

¹²⁶⁷ DUPRAZ P., MAHÉ L.-P., THOMAS A., « Paiements pour services environnementaux, biens publics et fédéralisme fiscal : enjeux pour la politique agricole commune », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 217.

¹²⁶⁸ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 114.

¹²⁶⁹ V. notamment en ce sens : *Ibid.*, p. 113 et s. ; REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 144 et s. ; STEICHEN P., « La compensation préalable des atteintes à la biodiversité dans le cadre des projets d'aménagement », préc., p. 716 et s.

¹²⁷⁰ DESROUSSEAU M., *La protection juridique de la qualité des sols*, LGDJ, 2015, 502 p.

¹²⁷¹ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 138 et pp. 140-141.

l'équivalence écologique en matière de compensation¹²⁷². Dans un arrêt du 21 mai 2019, relatif au contentieux sur le projet de Center Parc à Roybon, la Cour administrative d'appel de Lyon a ainsi relevé qu'« il résulte de l'instruction que la superficie de zones humides impactée par le projet, définie dans le dossier de demande d'autorisation et dans un mémoire complémentaire postérieur à l'enquête publique, a été calculée selon une méthodologie non conforme aux dispositions précitées du code de l'environnement. En particulier, les critères pédologiques et floristiques n'ont pas systématiquement été employés de façon cumulative lorsque la végétation existait »¹²⁷³. Elle ajoute que « les mesures compensatoires proposées par la SNC Roybon Cottages [...] ayant été définies, elles aussi, selon une méthodologie erronée, l'application d'une méthodologie correcte est également de nature, le cas échéant, à avoir une incidence sur la superficie de zones humides restaurées pouvant être prise en compte au titre des mesures compensatoires »¹²⁷⁴. Si le Code de l'environnement ne reconnaît pas explicitement de méthodologie en matière de compensation écologique, le juge administratif peut en revanche apprécier sa compatibilité avec les exigences du Code de l'environnement.

Les travaux également menés aux États-Unis sur les banques de compensation révèlent que certaines banques ont tendance à simplifier les niveaux d'équivalence écologique entre crédits de compensation afin de faciliter la vente de leurs unités¹²⁷⁵. Les études menées sur l'expérience de « réserve d'actif naturel » – appelé depuis site naturel de compensation – de « Cossure » montrent, dans le même sens, que « les négociations survenues au cours de l'élaboration des compensations et les tentatives d'élargissement des critères d'équivalence tendent à réduire la prise en compte de la richesse et de la diversité du vivant »¹²⁷⁶. La doctrine a pu mettre en garde sur le fait qu'une telle « simplification pourrait conduire à une dynamique de substitution générant une uniformisation des écosystèmes »¹²⁷⁷. Enfin, le succès rencontré par les évaluations économiques de la biodiversité pourrait laisser craindre un risque de régression dans la prise en compte de la biodiversité. En effet, les méthodes d'évaluation

¹²⁷² LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 200.

¹²⁷³ CAA de Lyon, 21 mai 2019, req. n° 18LY04149, *souligné par nous*.

¹²⁷⁴ *Ibid.*

¹²⁷⁵ LEVREL H., SCEMAMA P., VAISSIÈRE A.-C., « Risques associés aux banques de compensation et adaptations des régulateurs aux États-Unis », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 130.

¹²⁷⁶ CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 154.

¹²⁷⁷ LEVREL H., SCEMAMA P., VAISSIÈRE A.-C., « Risques associés aux banques de compensation et adaptations des régulateurs aux États-Unis », préc., p. 130.

économique cherchent le plus souvent « à s'appuyer sur le cadre d'analyse du *Millenium Ecosystem Assessment*, devenu central aussi bien dans la sphère scientifique que politique »¹²⁷⁸. Si les vertus pédagogiques de ces méthodes d'évaluation sont indiscutables, il nous semble néanmoins essentiel de continuer à mobiliser, dans les évaluations environnementales, des méthodes d'évaluations strictement écologiques et non pas économiques. En matière de paiements pour services environnementaux, l'évaluation écologique apparaît doublement essentielle. Elle assure d'une part sur les terrains destinés à accueillir les prestations de services environnementaux une fonction de diagnostic des enjeux à protéger. D'autre part, elles permettent de mesurer efficacement les résultats obtenus, afin notamment de vérifier l'obtention d'une véritable additionnalité écologique.

301. Confrontées à la mobilisation d'une pluralité de méthodes d'évaluation de la biodiversité, dont la qualité scientifique est variable, les solutions envisagées pour répondre à ces difficultés se répartissent en deux catégories. Le rapport de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité se contente, notamment, de solliciter un renforcement des « éléments de méthodologie » afin de « disposer d'une approche plus fine du fonctionnement des écosystèmes »¹²⁷⁹. Dans le même sens, l'UICN reconnaît « nécessaire de mettre au point des méthodes partagées et fiables d'évaluation et de suivi de la biodiversité qui serviront pour la définition des équivalences écologiques concernant les atteintes à la biodiversité et leur compensation »¹²⁸⁰. Certains auteurs défendent une position plus ambitieuse, qui consisterait à « harmoniser » et à « renforcer le contrôle de la qualité des méthodes d'évaluation utilisées »¹²⁸¹. D'autres encore préconisent, en matière de réserves d'actifs naturels, « l'établissement d'une méthode standardisée de calcul des équivalences écologiques qui permette de limiter l'hétérogénéité des calculs de compensation »¹²⁸². Cette seconde position est de nature à interroger la place du droit dans le choix et le contrôle des méthodes d'évaluation de la biodiversité. En d'autres termes, serait-il pertinent et/ou envisageable d'encadrer juridiquement le recours aux méthodes d'évaluation de la biodiversité et de définir, notamment, des critères d'équivalence écologique ? Partisan d'une approche

¹²⁷⁸ BAS A. et al., « Méthodes d'équivalence et compensation du dommage environnemental », préc., p. 151.

¹²⁷⁹ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 78.

¹²⁸⁰ UICN France, *La compensation écologique : État des lieux et recommandations*, préc., p. 32.

¹²⁸¹ LEVREL H. et al., « Application de la séquence éviter-réduire-compenser en France : le principe d'additionnalité mis à mal par 5 dérives », préc., §. n° 40.

¹²⁸² CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 154.

« flexible » de la compensation écologique, le rapport de la commission du Sénat sur la mise en œuvre des mesures compensatoires défend l'idée selon laquelle « le principe même d'une méthode de compensation est qu'elle est soumise à des incertitudes fortes et qu'elle peut avoir des effets non maîtrisés et parfois inattendus. De ce fait, la compensation ne se prête pas à la définition de méthodes rigides, qui s'appliqueraient uniformément, quel que soit le projet ou le territoire. Elle suppose au contraire que soit laissée une certaine place à l'innovation »¹²⁸³. L'idée d'une intervention du droit n'est néanmoins pas si insolite, dans la mesure où la directive de 2004 relative à la responsabilité environnementale, priorise pour l'évaluation des dommages à l'environnement, les méthodes d'équivalence service-service et ressource-ressource¹²⁸⁴ et donc, de manière sous-jacente, la méthode HEA¹²⁸⁵. Comme le souligne Adeline Bas, il ne faut néanmoins pas voir dans le choix du droit européen de privilégier les méthodes d'évaluation écologique « une "disqualification" des méthodes économiques classiques mais plus certainement la promotion d'une méthode – ou tout du moins d'une logique – plus adaptée à l'objectif recherché, à savoir la compensation en nature »¹²⁸⁶.

302. Plus encore, afin d'éviter de simplifier les niveaux d'équivalence écologique entre crédits de compensation, certains États américains imposent notamment aux banques de calculer leurs gains écologiques via une méthode d'évaluation unique¹²⁸⁷. Dans la mesure où la détermination des mesures compensatoires dépend des caractéristiques propres de chaque projet¹²⁸⁸, il ne serait pas pertinent d'imposer aux bureaux d'études et aux maîtres d'ouvrages à recourir à une liste limitative de méthodes standardisées. En pratique, ceux-ci se réfèrent le plus souvent à des guides et autres outils méthodologiques mis à disposition notamment par les

¹²⁸³ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 78.

¹²⁸⁴ La directive énonce que « lors de la détermination de l'importance des mesures de réparation complémentaire et compensatoire, les approches allant dans le sens d'une équivalence ressource-ressource ou service-service sont à utiliser en priorité. Dans ces approches, les actions fournissant des ressources naturelles ou des services de type, qualité et quantité équivalents à ceux endommagés sont à utiliser en priorité. Lorsque cela est impossible, d'autres ressources naturelles ou services sont fournis. Par exemple, une réduction de la qualité pourrait être compensée par une augmentation de la quantité des mesures de réparation » : annexe 2 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, préc., §1.2.2, *souligné par nous* ; V. également en ce sens : BAS A. et al., « Méthodes d'équivalence et compensation du dommage environnemental », préc., p. 134 et s.

¹²⁸⁵ BAS A. et al., « Habitat Equivalency Analysis. Estimation de l'équivalence écologique sur la base des services et ressources rendus par l'habitat », préc., p. 224.

¹²⁸⁶ BAS A. et al., « Méthodes d'équivalence et compensation du dommage environnemental », préc., p. 134.

¹²⁸⁷ LEVREL H., SCEMAMA P., VAISSIÈRE A.-C., « Risques associés aux banques de compensation et adaptations des régulateurs aux États-Unis », préc., p. 130.

¹²⁸⁸ Entretien réalisé le 6 mai 2020 auprès de M. Gabriel Ullmann, préc. ; Entretien réalisé le 14 septembre 2020 auprès de M. Eric Bruyère, Gérant de la société d'expertises et de conseils REFLEX Environnement.

DREAL sur leurs sites internet¹²⁸⁹. En s'adaptant aux exigences de ces services administratifs, les bureaux d'études et maîtres d'ouvrage réduisent ainsi les risques que les procédures d'autorisations administratives soient rallongées ou leurs demandes refusées. Il apparaît en revanche utile de définir dans le Code de l'environnement avec plus de précision l'équivalence écologique et les moyens permettant d'y parvenir (équivalence écologique : espèce-espèce, milieux-milieux, services-services, etc. ; équivalence paysagère ; etc.). Il pourrait être envisagé d'imposer, en fonction des milieux concernés, la prise en compte d'un nombre minimal d'indicateurs écologiques. Plutôt que d'être déterminés à l'échelle nationale, ces méthodologies et/ou indicateurs pourraient être élaborés au niveau régional, et ainsi tenir compte des spécificités écologiques, administratives ou socio-écologiques propres à chaque territoire.

§2.- L'IMPRÉCISION JURIDIQUE DES CRITÈRES APPLICABLES AUX INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

303. Les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux ont en commun de reposer sur une pluralité de critères. Énumérés à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement, les critères applicables à la compensation écologique sont en grande partie issus de la doctrine et des lignes directrices relatives à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel : « équivalence écologique » « objectif d'absence de perte nette », « gain de biodiversité », « obligation de résultat », effectivité « pendant toute la durée des atteintes », « proximité ». De surcroît, il est également communément admis que « les mesures compensatoires doivent être additionnelles aux actions publiques existantes ou prévues en matière de protection de l'environnement »¹²⁹⁰. Bien que les critères applicables aux paiements pour services environnementaux apparaissent significativement moins nombreux, le critère d'additionnalité apparaît comme un déterminant commun avec les mécanismes de compensation écologique. Si les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique reposent sur la coexistence d'une pluralité d'objectifs et critères dont certains peuvent être rapprochés (**A**), leur définition se révèle toutefois le plus souvent indéterminée et leur pertinence écologique discutable (**B**).

¹²⁸⁹ *Ibid.*

¹²⁹⁰ Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL), *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, préc., p. 7.

A.- L'IDENTIFICATION DES CRITÈRES APPLICABLES AUX INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

304. Le Code de l'environnement contient une grande diversité de principes, d'objectifs et de critères juridiques susceptibles de conditionner la mise en œuvre opérationnelle des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. En dépit de leur nombre et des possibilités intéressantes que ces derniers sont susceptibles d'offrir, leur contenu demeure néanmoins imprécis (1) et leur portée juridique insuffisante (2).

1.- La codification de critères ambitieux en matière de compensation écologique

305. « Pierre angulaire de la compensation »¹²⁹¹, le principe d'additionnalité écologique est longtemps resté un objectif peu explicite et facultatif. De la même manière, l'équivalence écologique entre les impacts résiduels du projet et les mesures compensatoires, pourtant essentielle, était rarement garantie par la législation en vigueur¹²⁹². Si les dispositions relatives au contenu des études d'impact et autres rapports d'évaluation des incidences sur l'environnement laissaient une certaine marge de manœuvre aux acteurs concernés, le manque de précision des obligations qui étaient formulées engendrait en contrepartie d'importantes « zones d'incertitude juridique », que le juge administratif était par conséquent tenu de combler¹²⁹³. Il faudra attendre la publication en 2012 de la doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel, suivie en 2013 par les lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels, pour que soient notamment introduites et explicitées les notions d'« absence de perte nette », de « gain net », d'« équivalence » ou encore d'« additionnalité ». L'ensemble de ces critères seront explicitement consacrés en 2016 à l'article 163-1 du Code de l'environnement¹²⁹⁴. Peu

¹²⁹¹ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 549.

¹²⁹² *Ibid.*, p. 312.

¹²⁹³ À propos de l'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et programmes : JÉGOUZO Y., « L'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et programmes », *AJDA*, 2005, p. 2100.

¹²⁹⁴ « Les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité sont les mesures prévues au 2° du II de l'article L. 110-1 et rendues obligatoires par un texte législatif ou réglementaire pour compenser, dans le respect de leur équivalence écologique, les atteintes prévues ou prévisibles à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification. Les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité visent un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité. Elles doivent se traduire par une obligation de résultats et être effectives pendant toute la durée des atteintes. Elles ne peuvent pas se substituer aux mesures d'évitement et de réduction. Si les atteintes liées au projet ne peuvent être ni évitées, ni réduites, ni compensées de

novatrices dans leur principe, ces dispositions concentrent néanmoins, en quelques lignes seulement, près d'une dizaine de concepts applicables à l'élaboration et à la mise en œuvre des compensations écologiques. D'un point de vue juridique, s'agit-il, d'une part, de critères, de principes, ou bien encore d'objectifs ? Est-il possible de les regrouper ou de les hiérarchiser ?

306. La lecture de l'intitulé même de la loi du 8 août 2016 « pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages » n'est pas sans susciter quelques interrogations pour le lecteur. Plus chevaleresque que proprement juridique, le choix du terme de « reconquête » résulte d'une volonté assumée du Gouvernement de s'inspirer des mots du philosophe Hubert Reeves, selon lequel « la reconquête de la biodiversité est impérative, elle est aussi possible, mais elle nécessite la mobilisation de tous les acteurs, publics et privés à toutes les échelles »¹²⁹⁵. Cet objectif est indiscutablement à rapprocher de l'objectif d'absence de perte nette de biodiversité, qui doit tendre vers un gain de biodiversité¹²⁹⁶. Ce faisant, il est possible d'envisager que trois voies s'offrent à nous en matière de protection de la biodiversité : le gain net, le *statu quo*, et la régression. Si nous pouvons comprendre les raisons du choix terminologique opéré par le législateur, le sens à donner à l'objectif de reconquête demeure imprécis. Celui-ci est-il en effet qualitatif, quantitatif, ou bien les deux ?

307. Le Code de l'environnement se montre relativement muet sur la terminologie à employer. Il mentionne également un « objectif » d'absence de perte nette, qui doit tendre vers un gain de biodiversité¹²⁹⁷. Il est dès lors fréquent de rencontrer, dans la littérature consacrée aux mécanismes de compensation écologique, les termes de « principe » d'additionnalité, d'équivalence, d'absence de perte nette ou bien encore de pérennité¹²⁹⁸. Le rapport du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité envisage ainsi

façon satisfaisante, celui-ci n'est pas autorisé en l'état [...]. Les mesures de compensation sont 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. Une même mesure peut compenser différentes fonctionnalités », souligné par nous.

¹²⁹⁵ Amendement n° 1574 déposé à l'Assemblée nationale le 19 mars 2015 sur le projet de loi relatif à la biodiversité (n° 2064).

¹²⁹⁶ Art. 2 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; codifié à l'article L. 110-1 II du C. env.

¹²⁹⁷ Art. L. 163-1 I du C. env.

¹²⁹⁸ V. notamment en ce sens : BORN C.-H., DUPONT V., PONCELET C., « La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité : un mal nécessaire ? », préc., p. 14 et s. ; MÜLLER A., LEGENDRE T., LEMAÎTRE V., DARSES O., *La séquence « éviter, réduire et compenser », un dispositif consolidé*, Théma, mars 2017, p. 1 (4 p.) ; REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 80 et s. ; LOMBARD LATUNE J., *La compensation écologique : du principe de non perte nette de biodiversité à son opérationnalisation – analyse de l'action collective*, Université Paris-Saclay, 2018, dactyl., 256 p.

l'équivalence écologique, l'additionnalité, la proximité et la pérennité comme les « principes directeurs de la compensation écologique »¹²⁹⁹. Dans ses écrits, Marthe Lucas privilégie en revanche l'usage du terme de « critères » d'équivalence et d'additionnalité écologiques¹³⁰⁰.

L'ensemble de ces choix terminologiques méritent, selon nous, d'être discutés. Selon Charles-Hubert Born, Valérie Dupont et Charles Poncelet, les principes d'équivalence écologique et d'additionnalité sont envisagés comme des « sous-principes » du principe d'absence de perte nette¹³⁰¹. Or, ces objets juridiques ne semblent toutefois pas constituer des principes, dans la mesure où ils n'ont pas pour objet de « structurer le droit de l'environnement autour d'orientations générales »¹³⁰². Par analogie avec les dispositions relatives à la réparation de certains dommages causés à l'environnement, serait-il plus approprié de parler d'« objectifs » ? Le Code de l'environnement dispose en effet, dans le cadre du régime relatif à la réparation de certains dommages causés à l'environnement, que l'exploitant soumet à l'approbation de l'autorité administrative compétente « les mesures de réparation appropriées au regard des objectifs définis aux articles L. 162-8 et L. 162-9 [du C. env.] »¹³⁰³. Ces « objectifs » sont notamment : la suppression de « tout risque d'atteinte grave à la santé humaine en tenant compte de l'usage du site endommagé existant ou prévu au moment du dommage »¹³⁰⁴ ou encore le rétablissement des « ressources naturelles et leurs services écologiques dans leur état initial et à éliminer tout risque d'atteinte grave à la santé humaine »¹³⁰⁵.

Polysémique, le « critère » peut se définir au sens commun, comme le « caractère, principe qui permet de distinguer une chose d'une autre »¹³⁰⁶. En ce sens, le critère est au service de la caractérisation d'une chose. La compensation écologique exigeant de respecter l'équivalence écologique, l'additionnalité écologique, l'absence de perte nette, l'effectivité, l'obligation de résultat ou bien encore la proximité, ces éléments sont par conséquent opposables juridiquement et conditionnent la qualité de mesures compensatoires. Le Code de l'environnement exigeant de respecter la plupart des éléments énumérés à l'article L. 163-1, nous privilégions par conséquent l'usage du terme « critère », tant en matière de compensation

¹²⁹⁹ DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 52.

¹³⁰⁰ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 355 et s.

¹³⁰¹ BORN C.-H., DUPONT V., PONCELET C., « La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité : un mal nécessaire ? », préc., pp. 14-15.

¹³⁰² JÉGOUZO Y., « Les principes généraux du droit de l'environnement », préc., p. 209 ; V. dans le même sens : CAUDAL S., « Rapport introductif », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, p. 7.

¹³⁰³ Art. L. 162-7 du C. env., *souligné par nous*.

¹³⁰⁴ Art. L. 162-8 du C. env.

¹³⁰⁵ Art. L. 162-9 du C. env.

¹³⁰⁶ Le Petit Larousse.

écologique, que de paiements pour services environnementaux. Seul le « gain net de biodiversité » ne semble pas constituer un critère, mais un objectif, puisque sa satisfaction ne fait *a priori* pas l'objet d'une obligation juridique, mais demeure facultative.

2.- L'insuffisante portée juridique des critères applicables aux instruments économiques

308. En dépit de leur diversité, l'ensemble des critères et objectifs applicables aux mécanismes de compensation écologique ou de paiements pour services environnementaux ont en commun d'être définis dans des textes dépourvus de portée juridique. Si le Code de l'environnement fixe un grand nombre de critères en matière de compensation écologique à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement, il ne les définit pas pour autant. Tout est dès lors résumé par Gilles Martin qui souligne que le vide laissé par l'absence de qualification juridique en matière de compensation écologique a été rempli « pour l'essentiel par des documents rédigés par des personnes privées – bureaux d'études, "spécialistes" – ou publiques – administrations centrales ou déconcentrées, Commission européenne, Autorité environnementale –, voire élaborés dans le cadre de partenariats entre des organismes à vocation scientifique et des administrations opérationnelles et dénommées "guides", "guides méthodologiques", "guides de conseils méthodologiques", "directives" ou "lignes directrices" »¹³⁰⁷. L'auteur ajoute que « le juriste traditionnel relèvera que ces instruments ne sont jamais contraignants, qu'ils n'ont pas été élaborés, la plupart du temps, dans le respect de la procédure constitutionnelle de production des normes, qu'ils sont disparates et ne répondent donc à aucun des caractères de la règle de droit »¹³⁰⁸.

Le constat dressé par Gilles Martin en matière de compensation écologique se partage pleinement en matière de paiements pour services environnementaux. La littérature consacrée à ces dispositifs, principalement économique, se révèle qualitativement aléatoire. Les enjeux juridiques, notamment, demeurent fréquemment occultés ou sous-évalués.

309. Bien qu'énoncés à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement, les critères applicables à la compensation écologique demeurent peu explicités réglementairement. Les seules dispositions réglementaires du Code de l'environnement relatives à la compensation écologique concernent l'agrément, les obligations et le suivi des sites naturels de

¹³⁰⁷ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 22 ; V. également en ce sens : LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 205 et s.

¹³⁰⁸ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 22.

compensation¹³⁰⁹. Sur la base du modèle américain, le cadre conceptuel et matériel des mécanismes de compensation écologique se construit à travers une pluralité de « guides » ou « lignes directrices ». Le ministère de l'Environnement¹³¹⁰, le Commissariat général au développement durable (CGDD), le Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement (CEREMA) ou encore les Directions régionales de l'Environnement, de l'Aménagement et du Logement (DREAL). Toutefois, à la grande différence des États-Unis, ces documents ne constituent pas des *regulations*.

Élaborées le plus souvent par des agences gouvernementales, les *regulations* résultent d'une habilitation législative et ont force de loi. À l'inverse, les documents qui précisent le cadre conceptuel et matériel des mécanismes de compensation écologique constituent seulement des documents méthodologiques, dénués de portée normative¹³¹¹. Ces derniers s'assimilent, par conséquent, à du « droit souple »¹³¹². À titre d'exemple, le récent Guide de l'évaluation environnementale publiée par le Commissariat général au développement durable en novembre 2019 énonce que « le présent document n'a aucune portée réglementaire ou normative »¹³¹³. L'absence de portée juridique des lignes directrices nationales de 2012 sur la séquence « ERC » est d'ailleurs confirmée par le juge administratif¹³¹⁴. Ces documents s'assimilent dès lors à des dispositions de droit souple (*soft Law*). Cette dernière désigne en effet « un ensemble disparate de dispositifs d'origines diverses [...] qui ont en commun de ne

¹³⁰⁹ Art. D. 163-1 à D. 163-9 du C. env.

¹³¹⁰ MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DE LA MER, EN CHARGE DES RELATIONS INTERNATIONALES SUR LE CLIMAT, *Guide de lecture de la nomenclature des études d'impact (R. 122-2)*, févr. 2017, 67 p. ; COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Évaluation environnementale. Guide d'interprétation de la réforme du 3 août 2016*, août 2017, 47 p.

¹³¹¹ V. notamment en ce sens : BRAS H., « Présentation contentieuse de la séquence "éviter, réduire compenser" », *RJE*, 3/2019, p. 554 ; Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 4.

¹³¹² V. notamment en ce sens : DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., spéc. p. 13 et p. 54.

¹³¹³ COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Guide de l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme : Une démarche au service de la qualité des documents d'urbanisme*, nov. 2019, p. 2.

¹³¹⁴ « 29. Considérant que l'étude d'impact analyse précisément l'état initial du site et de l'environnement ; qu'elle analyse les impacts du projet notamment sur le milieu naturel et plus particulièrement sur les habitats naturels et les espèces protégées ; qu'elle détaille les mesures envisagées pour réduire ou compenser les atteintes à l'environnement ; qu'elle a bien pris en compte les mesures d'évitement des impacts du projet ; qu'à cet égard, la Ligue pour la protection des oiseaux de Franche-Comté ne saurait utilement se prévaloir d'un document intitulé " les lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels " qui est postérieur à la délibération attaquée et est dépourvu de valeur normative » : CAA de Nancy, 12 juin 2014, req. n° 13NC00244 ; cité par LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 200.

pas avoir de valeur normative impérative, n'étant créateur ni de droits ni d'obligations, mais qui n'en exercent pas moins une influence régulatrice sur les comportements en cause »¹³¹⁵. Si le droit souple contribue à « oxygéner notre ordre juridique »¹³¹⁶, le manque d'opposabilité juridique des documents nous semble préoccupant. La doctrine n'a en effet pas manqué de s'interroger « sur le sort qui sera réservé au moyen tiré d'une méconnaissance du contenu de ces documents pour fonder une demande d'annulation d'un acte administratif »¹³¹⁷. Or, le juge administratif a très clairement établi que « le non-respect des lignes directrices publiées par le ministère ne pourra être contesté dans la mesure où ce document n'a pas de force obligatoire »¹³¹⁸. Il nous apparaît dès lors essentiel de définir l'ensemble des critères et objectifs mobilisés en matière de compensation écologique dans le Code de l'environnement, d'autant que leur pertinence d'un point de vue écologique peut se révéler sérieusement discutable.

B.- LA PERTINENCE ÉCOLOGIQUE DISCUTABLE DES CRITÈRES APPLICABLES AUX INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

310. Parmi la diversité des critères applicables aux compensations écologiques, la pertinence des critères équivalence écologique, d'absence de perte nette et de proximité mérite en particulier d'être discutée d'un point de vue écologique et opérationnel (1). Commun aux dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, le critère d'additionnalité n'est pas suffisamment défini et garanti d'un point de vue juridique (2).

1.- Les critères d'équivalence écologique, d'absence de perte nette et de proximité applicables à la mise en œuvre des compensations écologiques

311. Critère incontournable des dispositifs de compensation écologique, l'équivalence écologique est obtenue lorsque les pertes écologiques résultant de la création ou de la mise en œuvre d'un projet, plan ou programme sont contrebalancées par les gains écologiques générés par la réalisation des mesures compensatoires. Largement consacrée par la doctrine et les lignes directrices sur la séquence éviter, réduire et compenser¹³¹⁹, l'équivalence écologique est

¹³¹⁵ GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, préc., p. 407.

¹³¹⁶ CONSEIL D'ÉTAT, *Le droit souple – étude annuelle 2013*, La documentation française, n° 64, p. 6.

¹³¹⁷ BRAS H., « Présentation contentieuse de la séquence "éviter, réduire compenser" », préc., p. 557.

¹³¹⁸ CAA Nancy, 12 juin 2014, req. n° 13NC00244.

¹³¹⁹ Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL), *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, préc., p. 6 ; Commissariat

longtemps restée absente du Code de l'environnement¹³²⁰. Si ce critère est à présent consacré à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement, aucune disposition législative ou réglementaire n'apporte de définition, ni ne consacre de critères permettant d'apprécier cette équivalence. Plus explicite, la directive 2004/35/CE relative à la responsabilité environnementale privilégie, pour les mesures de réparation complémentaire et compensatoire, « les actions fournissant des ressources naturelles ou des services de type, qualité et quantité équivalents à ceux endommagés sont à utiliser en priorité »¹³²¹. L'équivalence écologique tend néanmoins à se rapprocher de l'« objectif d'absence de perte nette ». Dès lors, le choix du législateur de réduire l'absence de perte nette à un simple « objectif » nous semble, d'une part, de nature à limiter assez sensiblement la portée du critère d'équivalence écologique dont il est le corolaire. D'autre part, la notion d'« absence de perte nette » demeure, pour certains auteurs, « la marque du choix d'une conception théorique de la nature et des équilibres puisque, au motif qu'il y aurait équivalence dès lors que l'on déplacerait un milieu, une mare ou des espèces ailleurs, il n'y aurait pas de perte nette. Or les écosystèmes ne sont pas substituables [...]. Ils ne sont pas non plus fongibles puisqu'une destruction et une création ne peuvent s'annuler. Ainsi, la neutralité n'existe pas puisqu'il est impossible de reconstituer à l'identique un écosystème détruit »¹³²². À travers la reconnaissance juridique du concept d'équivalence écologique, le législateur admet en effet qu'il puisse exister une substituabilité entre les éléments de la biodiversité.

312. Lors de son audition devant la commission d'enquête du Sénat sur la réalisation des mesures de compensation, l'économiste Harold Levrel n'a ainsi pas manqué de souligner l'urgence « de définir l'équivalence »¹³²³. En l'absence de connaissances scientifiques et de compétences en ingénierie écologique suffisantes, l'équivalence écologique demeure encore trop largement un « concept flou »¹³²⁴ et « difficilement réalisable de façon stricte à ce

Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 99.

¹³²⁰ V. notamment en ce sens : LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 355 et s.

¹³²¹ Annexe 2 de la directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, préc., §1.2.2.

¹³²² BRAS H., « Présentation contentieuse de la séquence "éviter, réduire compenser" », préc., pp. 555-556.

¹³²³ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 52.

¹³²⁴ QUÉTIER F. et al., « Enjeux de l'équivalence écologique pour la conception et le dimensionnement de mesures compensatoires d'impact sur la biodiversité et les milieux naturels », *Science Eaux et Territoire*, 2012, pp. 2-3 ; V. également, dans le même sens : DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 76.

jour »¹³²⁵. Dès lors, le risque est celui d'une « équivalence écologique relâchée, avec pour conséquence probable de ne pas compenser toutes les dégradations »¹³²⁶. Ces questionnements font ainsi écho au modèle américain de compensation écologique, qui permet de réaliser des opérations de compensation écologique portant sur des milieux similaires à ceux impactés (*in-kind*) ou bien qui possèdent les mêmes fonctions écologiques (*out-of-kind*)¹³²⁷. De la même manière, le mécanisme allemand de compensation écologique permet que les mesures compensatoires soient mises en œuvre *ex-situ*¹³²⁸.

Le droit français, à l'inverse, se montre sensiblement plus strict en ce qu'il impose que les mesures compensatoires soient 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 »¹³²⁹. Dans un jugement du 16 juillet 2015, le juge administratif du Tribunal administratif de Grenoble a ainsi pu refuser de considérer comme équivalentes, d'un point de vue écologique, des mesures compensatoires en raison de la distance des sites de compensations par rapport à la zone impactée par le projet concerné et du morcellement de ces différents sites de compensation¹³³⁰. La doctrine, de même que l'entretien que nous avons mené auprès du CEREMA, révèlent que la compensation de types différents de biodiversité (*out-of-kind*) possède de solides arguments d'un point de vue écologique, matériel et stratégique¹³³¹. Outre les considérations liées au manque de foncier pour accueillir les mesures compensatoires envisagées, il arrive que l'intérêt écologique de certains milieux impactés soit faible¹³³². Dans une telle situation, la satisfaction du critère d'équivalence écologique impliquerait de réaliser une compensation présentant peu d'intérêt d'un point de vue écologique. Il apparaîtrait, dès

¹³²⁵ HAY J., « La réparation de la nature et quelques-uns de ses enjeux du point de vue de l'évaluation des atteintes écologiques », préc., p. 636 ; V. également en ce sens : DEVICTOR V., « La compensation écologique : fondements épistémiques et reconfigurations technoscientifiques », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 136-149.

¹³²⁶ *Ibid.*

¹³²⁷ V. supra. §. n° 70 et s.

¹³²⁸ DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 190.

¹³²⁹ Art. L. 163-1 II du C. env.

¹³³⁰ « Considérant qu'eu égard à la dispersion et au morcellement des sites de compensation, à la distance séparant de la forêt de Chambaran les sites haut-savoyards et celui de l'Ain ainsi qu'à la situation des huit sites ardéchois, en rive droite du Rhône et en aval du projet, les remises en état de zones humides envisagées pour compenser l'impact du projet ne peuvent être regardées comme constituant globalement des mesures équivalentes sur le plan fonctionnel et de la biodiversité » : TA de Grenoble, 16 juill. 2015, UR FRAPNA et autres, req. n° 1400678, 1406933 et 1501820.

¹³³¹ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 110 ; Entretien réalisé le 31 janvier 2020 auprès de M. Jean-Marc Valet, Chef d'unité évaluations environnementales et économie de l'environnement (EEEE) au Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement Centre-Est (CEREMA Centre-Est).

¹³³² Entretien réalisé le 31 janvier 2020 auprès de M. Jean-Marc Valet, préc.

lors, plus pertinent de mettre en place des mesures compensatoires plus intéressantes d'un point de vue écologique, ou bien encore de venir s'inscrire en complémentarité avec un programme de compensation qui serait déjà mis en œuvre à proximité dans le cadre d'un autre projet. De la même manière, les conséquences du changement climatique sur la biodiversité pourraient justifier de recourir à des compensations hors site (*off-site*), ou bien encore de privilégier des mesures compensatoires alternatives et non pas strictement équivalentes d'un point de vue écologique. La recherche d'une compensation écologique qui serait strictement « équivalente », mais dont la pérennité serait remise en cause par les conséquences du changement climatique, paraît peu pertinente. Le choix d'obtenir une équivalence écologique stricte pourrait ainsi, dans certains cas, paradoxalement conduire à majorer les incidences négatives du projet sur l'environnement en réduisant les chances de succès de ces mesures de perdurer dans le temps.

2.- L'additionnalité écologique, déterminant commun aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux

313. Il est intéressant de relever que l'« additionnalité » s'impose comme un critère mobilisé à la fois en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Consacré explicitement en 2012 par la doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser, ce critère demeure toutefois singulièrement absent de la loi du 8 août 2016. Assez surprenant, ce manquement apparaît d'autant plus regrettable que le récent rapport de la commission du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité constate, très justement, que « l'additionnalité contribue à l'équivalence écologique », qui à son tour « structure l'ensemble de la compensation, et conditionne l'atteinte de l'objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité »¹³³³. En l'absence de définition textuelle, ce critère exige d'« apporter une plus-value démontrée par rapport à l'état initial du site de compensation et des engagements publics et privés existants »¹³³⁴. Les lignes directrices relatives à la séquence éviter, réduire et compenser ont pu admettre que « la simple maîtrise d'un site ou sa simple protection réglementaire (ex. : arrêté de protection de biotope), sans y mener d'action écologique, ne peut pas être considérée comme une mesure

¹³³³ DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 52.

¹³³⁴ 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 ; V. également, dans le même sens : Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 103.

compensatoire »¹³³⁵. Ce faisant, le critère d'additionnalité écologique semble ainsi entretenir une certaine proximité avec l'objectif de « gain de biodiversité » évoqué à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement, dans la mesure où ceux-ci reposent sur l'idée d'un niveau de biodiversité qui serait accru par rapport à un état de référence. Relativement critique, la doctrine s'accorde, de manière générale, à dire que « la biodiversité est une notion complexe dont il est délicat d'apprécier une perte ou un gain net »¹³³⁶. Selon Baptiste Regnery, le gain net de biodiversité correspond « à la différence entre le niveau de biodiversité après l'instauration des mesures compensatoires et le niveau de biodiversité qui aurait persisté en l'absence de compensation »¹³³⁷. Le critère d'additionnalité écologique et l'objectif de gain net de biodiversité se distinguent néanmoins dans la mesure où l'additionnalité écologique exige que les mesures compensatoires apportent un gain écologique sur le(s) site(s) où elles sont mises en œuvre par rapport à son état antérieur, alors que le gain net de biodiversité s'apprécie par rapport au niveau de biodiversité de référence présent sur le site impacté par la réalisation d'un projet, d'une activité ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification. Suivant ce raisonnement, des mesures compensatoires peuvent ainsi générer une additionnalité écologique sur le terrain où elles sont mises en œuvre (par exemple, un terrain fortement dégradé), mais ne pas être pour autant suffisantes pour éviter une perte de biodiversité par rapport aux impacts du projet sur l'environnement ayant justifié la réalisation de mesures compensatoires prescrites. À l'inverse, des mesures compensatoires peuvent générer un gain net de biodiversité, mais une faible additionnalité écologique dans le cas où elles seraient mises en œuvre notamment sur des terrains agricoles ou naturels.

314. L'appréciation d'un éventuel gain reposerait sur une pluralité de paramètres relatifs à l'amplitude (type d'opération écologique, caractéristiques des sites de compensation), au délai de maturation des actions de compensation ou bien encore à la durée du maintien des gains écologiques¹³³⁸. Harold Levrel et Denis Couvet distinguent ainsi quatre types d'actions pouvant être mises en œuvre dans le cadre de la réalisation de mesures compensatoires : l'amélioration de la qualité d'un écosystème, la préservation d'un écosystème, la restauration d'un écosystème et la création d'un nouvel écosystème. Selon ces auteurs, « en pratique, les gains

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 103.

¹³³⁶ CALVET C., SALLES J.-M., « Entre intégrité écologique et efficacité économique : analyse d'une politique d'absence de perte nette écologique », *RJE*, 3/2019, p. 520.

¹³³⁷ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 94.

¹³³⁸ *Ibid.*

écologiques sont majoritairement générés par des actions de restauration [écologique] »¹³³⁹ : dépollution des sols ; renaturation de sites bâtis ou artificialisés ; destruction d'infrastructures sources de fragmentation ; restauration de parcelles agricoles, reforestation ; remise en état de zones humides. L'état écologique du site destiné à accueillir les mesures compensatoires apparaît dès lors comme un critère déterminant en vue de l'obtention d'une additionnalité écologique. Dès lors, nous serions amenés à penser que plus le site est dans un état écologique dégradé, plus les opportunités en termes de gains écologiques sont *a priori* élevées¹³⁴⁰. À l'inverse, plus un site est dans bon état écologique, et plus il serait difficile d'obtenir une additionnalité. Néanmoins, les sites les plus dégradés ne s'avèrent pas forcément les plus adaptés pour générer l'additionnalité la plus élevée possible sur un même espace.

L'additionnalité écologique est en effet notamment fonction de la « capacité d'accueil des écosystèmes », c'est-à-dire de leur capacité à disposer des ressources suffisantes pour accueillir dans la durée les mesures compensatoires¹³⁴¹. Dès lors, « plus la trajectoire recherchée est éloignée de la trajectoire historique de l'écosystème, plus la durée de maturation des gains augmente »¹³⁴². De surcroît, les coûts des mesures de réhabilitation et de restauration écologiques sont nécessairement plus importants sur un milieu dégradé ou fortement dégradé. Dans un contexte de fortes contraintes à la fois écologiques et foncières, de nombreuses mesures compensatoires sont ainsi réalisées sur des milieux agricoles ou naturels déjà existants. La création d'un mécanisme de compensation agricole, instauré par la loi du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt du mécanisme de compensation agricole, témoigne d'ailleurs de l'importance de la consommation d'espaces agricoles, non seulement pour la réalisation de projets, mais également de mesures compensatoires. Si rien n'interdit l'utilisation d'espaces naturels ou semi-naturels, notamment agricoles, pour la réalisation des mesures compensatoires, de telles pratiques semblent toutefois en contradiction avec l'esprit de la loi, qui consiste à privilégier l'utilisation d'espaces de moindre valeur écologique et économique : surfaces artificialisées, dégradées et/ou polluées.

315. Dans la mesure où les paiements pour services environnementaux relèvent d'une logique distincte des dispositifs de compensation écologique, il est intéressant de relever la

¹³³⁹ CALVET C., SALLES J.-M., « Entre intégrité écologique et efficacité économique : analyse d'une politique d'absence de perte nette écologique », préc., p. 523.

¹³⁴⁰ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 96.

¹³⁴¹ *Ibid.*

¹³⁴² *Ibid.*, p. 100.

mention d'une « additionnalité » appliquée à ce dispositif. Selon le comité pour l'économie verte, il y aurait additionnalité lorsque « un ou plusieurs bénéficiaires rémunèrent un ou plusieurs prestataires de services environnementaux pour des actions bénéfiques pour l'environnement qui s'ajoutent aux obligations légales des prestataires, dans le respect du principe pollueur-payeur ; et lorsque ces actions, destinées à produire un bénéfice environnemental, n'auraient pas été accomplies sans le PSE »¹³⁴³.

À la lumière de cette définition, l'additionnalité recouvre ainsi deux idées : d'une part, le paiement pour service environnemental génère une additionnalité en ce sens que le « paiement » qui est accordé permet d'obtenir la réalisation d'une prestation qui ne l'aurait pas été sans cette contrepartie ; d'autre part, le paiement pour service environnemental génère également une additionnalité dans la mesure où la prestation réalisée va au-delà de ce qui est exigé par une disposition législative ou réglementaire. Dans le premier cas, l'additionnalité permet de s'assurer que le dispositif soit utilisé pour inciter les individus à protéger l'environnement, et non pour accorder une contrepartie à ceux qui protègent d'ores et déjà l'environnement, ou qui se seraient engagés à le faire indépendamment de toute contrepartie.

Dans le second cas, l'additionnalité permet d'éviter que soient rémunérées certaines activités dont le but serait de satisfaire des obligations légales ou réglementaires. C'est d'ailleurs sur ce fondement que les paiements pour services environnementaux ne semblent *a priori* pas pouvoir être utilisés à des fins de compensation écologique¹³⁴⁴. Appliquée aux dispositifs de paiements pour services environnementaux, l'additionnalité intervient pour justifier le versement d'un « paiement », alors qu'elle constitue une condition de la délivrance d'une autorisation administrative en matière de compensation écologique. À la différence de la compensation écologique, l'additionnalité exigée en matière de paiements pour services environnementaux n'est donc pas que strictement écologique. Elle est en effet également économique, puisqu'elle requiert un changement volontaire de comportement qui doit intervenir en contrepartie d'un « paiement », mais aussi juridique, puisque les prestations doivent être indépendantes et/ou aller au-delà d'une obligation législative ou réglementaire.

316. Au-delà de l'inadéquation du cadre juridique des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux avec la complexité de la

¹³⁴³ COMITÉ POUR L'ÉCONOMIE VERTE, Avis portant sur le développement des paiements pour services environnementaux (PSE), préc., p. 2. ; V. dans le même sens : OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 70.

¹³⁴⁴ V. infra. §. n° 489.

biodiversité, la démarche très économique dont participent ces instruments fait de leur utilisation une solution conceptuellement préoccupante pour la protection de la biodiversité.

SECTION 2.- LA PRIMAUTÉ DES ENJEUX ÉCONOMIQUES, UN RISQUE POUR LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA BIODIVERSITÉ

317. Les développements menés jusqu'ici ont permis de révéler, dans une large mesure, l'influence des approches économiques de la protection de la biodiversité et des services rendus par les écosystèmes sur le droit de la protection de la biodiversité. Que ce changement de paradigme soit décrié, ou au contraire défendu, celui-ci participe des récentes évolutions du régime juridique des compensations écologiques et de l'attrait pour les mécanismes de paiements pour services environnementaux. Si la concrétisation matérielle de ces évolutions demeure encore timide, les signaux sont néanmoins suffisants, selon nous, pour révéler l'orientation future du droit de la protection de la biodiversité. Bien que l'on recense encore peu de sites naturels de compensation agréés, cette pratique va se généraliser¹³⁴⁵. En application du plan biodiversité, la France a récemment obtenu le 18 février 2020 une autorisation de la Commission européenne de mettre en œuvre un nouveau régime d'aide dédié à la « Valorisation des services environnementaux et incitation à la performance environnementale des exploitations »¹³⁴⁶. En dépit de perspectives intéressantes, les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique offrent, dans le même temps, une réponse encore trop insatisfaisante pour la protection de la biodiversité (§1). De la même manière, la prise en compte de la stricte efficacité-coût (efficience) de ces instruments nous apparaît une orientation préoccupante dont il convient de se prémunir (§2).

§1.- LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES, UNE RÉPONSE INSATISFAISANTE POUR LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ

318. L'étude d'impact du projet de loi relatif à la biodiversité révèle clairement l'ambition du législateur : « faire évoluer la vision de la biodiversité ». L'objectif a été sur ce point largement atteint, même si la loi du 8 août 2016 consacre en réalité une vision de la biodiversité et des écosystèmes déjà bien établie, notamment depuis la publication en 2005 du *Millenium*

¹³⁴⁵ À ce jour, seules deux demandes d'agrément ont été déposées, mais d'autres viendront ; Entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, préc.

¹³⁴⁶ V. infra. §. n ° 455.

Ecosystem Assessment. Si nous sommes convaincus que l'approche économique de la biodiversité peut, en révélant l'importance du fonctionnement des écosystèmes pour les êtres humains, aider à fonder de nouvelles modalités de protection juridique, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux contribuent toutefois à promouvoir implicitement une vision très instrumentale et simplifiée de la nature (A). S'ils peuvent contribuer à la protection de l'environnement, les solutions qu'ils offrent nous détournent en revanche de la nécessité d'agir en priorité sur les causes et non sur les conséquences des atteintes à l'environnement (B).

A.- LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES, POURVOYEURS D'UNE VISION COMPTABLE ET ANTHROPOCENTRÉE DE LA NATURE

319. Si l'approche économique, dans laquelle s'inscrivent les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique, permet d'introduire et de fonder de nouvelles modalités juridiques de protection de la biodiversité¹³⁴⁷, elle fait craindre, en revanche, une instrumentalisation (1) et une simplification du vivant (2).

1.- L'instrumentalisation de la biodiversité et la hiérarchisation des dynamiques écologiques

320. Les sciences économiques, de même que la philosophie, s'intéressent assez sensiblement aux valeurs de la biodiversité. La philosophie reconnaît ainsi deux types de valeur : la valeur intrinsèque et la valeur instrumentale¹³⁴⁸. Si Stefano Bosi et Agathe Euzen relèvent que « c'est parce qu'une valeur lui est reconnue que la diversité biologique représente un intérêt protégé par le droit »¹³⁴⁹, Isabelle Doussan, Denis Couvet et Jean-Michel Salles, constatent que « le terme de valeur appliqué à la biodiversité est rarement utilisé en tant que tel dans les textes juridiques »¹³⁵⁰. Par exception, le préambule de la Convention sur la diversité biologique reconnaît « la valeur intrinsèque de la diversité biologique »¹³⁵¹, ainsi qu'« une grande diversité de valeurs instrumentales, allant des plus immédiates comme les bénéfiques

¹³⁴⁷ V. supra. §. n° 9 et s.

¹³⁴⁸ MARIS V., « Les valeurs en question », préc., p. 21 et s. ; FERRET S., « Deepwater Horizon. Ethique de la nature et philosophie de la crise écologique », préc., p. 47 et s.

¹³⁴⁹ BOSI S., EUZEN A., « Introduction », in BOSI S., EUZEN A. (coord.), *Droit, écologie et économie de la biodiversité*, Les Cahiers Prospectives CNRS, 2015, p. 6.

¹³⁵⁰ DOUSSAN I., COUVET D., SALLES J.-M. (coord.), « Valeurs et services de la biodiversité », in BOSI S., EUZEN A. (coord.), *Droit, écologie et économie de la biodiversité*, préc., p. 10.

¹³⁵¹ Préambule de la Convention sur la diversité biologique (CBD), 1992.

économiques, au plus immatérielles comme les valeurs culturelles ou esthétiques »¹³⁵². Bien que la protection de la nature s'accompagne depuis longtemps d'un souci pour les bénéfices qu'en retirent les sociétés humaines, Virginie Maris constate que « vingt ans plus tard, cette pluralité de valeurs attachées à la biodiversité qui sous-tend les efforts de conservation s'est significativement érodée, avec une forte concentration sur les seules valeurs instrumentales, et tout particulièrement les bénéfices économiquement quantifiables »¹³⁵³.

321. La loi « Biodiversité » du 8 août 2016 consacre en effet, pour la première fois, à l'article L. 110-1 I du Code de l'environnement, le concept de « valeurs d'usage »¹³⁵⁴. Associée au concept de services écosystémiques, la consécration juridique de valeurs spécifiquement d'usage est-elle pour autant préoccupante ? À un droit de la protection de la biodiversité majoritairement fondé sur des valeurs intrinsèques, se référant peu à leur utilité strictement économique, le législateur ajoute, dans les dispositions relatives aux principes fondateurs du droit de l'environnement, une conception plus instrumentale de la nature qui serait pourvoyeuse de biens et services utiles au bien-être et au développement économique des sociétés humaines. Cette évolution des valeurs protégées peut indiscutablement avoir des effets positifs pour la protection juridique de la biodiversité. La « vision écosystémique de la biodiversité » ne serait pas seulement un outil au service de la protection la biodiversité ordinaire¹³⁵⁵, mais également un moyen de « s'abstraire des schémas séparant biodiversité exceptionnelle et biodiversité ordinaire »¹³⁵⁶. De fait, elle permet d'accorder une protection juridique à des éléments naturels dont l'intérêt d'en assurer la protection était jusqu'à présent sous-évalué ou inconnu.

Nous relèverons, à titre d'exemple, le cas des sédiments des cours d'eau¹³⁵⁷. Selon l'usage que l'on en fait, ces derniers sont qualifiés une fois extraits soit de déchets ou de matériaux¹³⁵⁸. Appréhendés comme milieu naturel, les sédiments sont pourtant à l'origine de

¹³⁵² MARIS V., *Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques*, préc., p. 22.

¹³⁵³ *Ibid.*, pp. 22-23.

¹³⁵⁴ « Les espaces, ressources et milieux naturels terrestres et marins, les sites, les paysages diurnes et nocturnes, la qualité de l'air, les êtres vivants et la biodiversité font partie du patrimoine commun de la nation. Ce patrimoine génère des services écosystémiques et des valeurs d'usage », *souligné par nous*.

¹³⁵⁵ TREILLARD A., *L'appréhension juridique de la nature ordinaire*, préc., p. 80 et s.

¹³⁵⁶ ROUSSO A., « Le principe de solidarité écologique ou l'irruption de la science dans le droit », *RJE*, 3/2019, p. 492.

¹³⁵⁷ BILLET Ph., « Le régime juridique de l'exploitation des sédiments : du grain de sable aux services écosystémiques », in *La protection et la valorisation des sédiments en France et au Mexique. Approche pluridisciplinaire*, Séminaire de recherche, Lyon, 6 oct. 2017 ; BILLET Ph., « "La mer du nord, pour dernier terrain vague". Petit grain de sel (juridique) sur quelques grains de sable », in BORN Ch.-H., JONGEN F. (coord.), *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruylant, 2015, pp. 427-445.

¹³⁵⁸ *Ibid.*

services de prélèvement, de régulation, culturels, ou d'auto-entretien. Ce faisant, ce nouveau regard porté sur les sédiments permet de souligner la nécessité de mieux identifier les conséquences de leur prélèvement sur la biodiversité, mais également de reconsidérer les modalités de leur gestion. En effet, le raisonnement en termes de services écosystémiques appliqué à la question des sédiments crée un besoin d'arbitrage entre d'une part les obligations d'entretien, qui peuvent nuire à la capacité de production d'un service écosystémique, et d'autre part les obligations de non-entretien ou de non-usage – au sens d'abstention –, qui peuvent être potentiellement source à la fois de désagréments économiques et/ou environnementaux. La prise en compte juridique des valeurs d'usage de la nature ne constitue ainsi pas une régression pour autant que celles-ci s'inscrivent en additionnalité avec les valeurs intrinsèques traditionnellement protégées par le droit.

Selon Rémy Petitimberty, le succès rencontré par ces approches ne doit rien au hasard, mais est indiscutablement à rapprocher du recours, par les personnes publiques à l'« expertise extérieure », qui influence « le cadrage des politiques de compensation. En promouvant une vision de la compensation traduite monétairement, les consultants axent la perception sur la valeur économique du vivant en occultant la question politique des valeurs non instrumentales du vivant définies du fait même de son existence, de son fonctionnement et de ses propres fins »¹³⁵⁹. Un glissement vers la protection de valeurs prioritairement économiques ferait dès lors craindre une régression sérieuse du droit de la protection de la biodiversité. Les réflexions déjà menées sur les services rendus par les écosystèmes révèlent ainsi, notamment, un fort risque de hiérarchisation dans le choix des dynamiques écologiques à protéger. Considérant la nature « sous le seul angle des bénéfices qu'elle apporte aux êtres humains »¹³⁶⁰, l'approche économique centrée sur les services écosystémiques témoigne d'un « véritable processus d'instrumentalisation de la nature » selon lequel « la valeur des entités naturelles ne relèverait que de leur utilité, directe ou indirecte, pour les êtres humains »¹³⁶¹. Le risque serait ainsi celui d'une « surutilisation d'espèces ou de groupes d'espèces reconnus pour leurs capacités à séquestrer et stocker le carbone, mais dont la résilience aux aléas exogènes (événement climatique, catastrophe naturelle, introduction d'espèces invasives) est beaucoup plus faible.

¹³⁵⁹ PETITIMBERT R., « La compensation comme instrument de management du vivant. Un point de vue depuis la science politique », préc., p. 661 ; V. également dans le même sens : DOUSSAN I., « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », préc., pp. 168-169 ; PETITIMBERT R., « La professionnalisation des consultants de la compensation : traductions instrumentales et enjeux de légitimation », préc., p. 204.

¹³⁶⁰ MARIS V., « De la nature aux services écosystémiques, une commodification de la biodiversité », préc.

¹³⁶¹ MARIS V., « Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques », préc., p. 42 à 43 ; V. également : MARIS V., « De la nature aux services écosystémiques, une commodification de la biodiversité », préc.

Cette approche peut remettre en cause in fine la durabilité du service rémunéré »¹³⁶². Dans le même sens, « les services de support ont été, essentiellement pour des raisons de double compte [...], mis en retrait au profit des services d’approvisionnement, de régulation et culturels »¹³⁶³. Le raisonnement en termes de services écosystémiques nous conduit ainsi à envisager les écosystèmes seulement comme une ressource naturelle au bénéfice exclusif des êtres humains, et non comme une ressource indispensable à d’autres ressources naturelles¹³⁶⁴.

2.- Le risque de simplification des dynamiques écologiques

322. Dans la mesure où la biodiversité ne se résume pas aux seuls biens et services qu’elle est susceptible de rendre, l’approche économique fait également peser le risque d’une trop grande simplification des dynamiques écologiques. La nature du lien entre la biodiversité et les fonctions écologiques n’étant pas toujours clairement établie¹³⁶⁵, certains auteurs affirment que les objectifs de conservation de la biodiversité et des services écosystémiques ne se recoupent que partiellement¹³⁶⁶. De la même manière que les influences réciproques entre biodiversité et climat restent assez largement indéterminées, il est difficile de prouver que « la protection de la biodiversité soit le meilleur moyen de maximiser l’approvisionnement en services écosystémiques »¹³⁶⁷. La biodiversité étant issue de processus dynamiques, sa préservation implique de maintenir les éléments et processus naturels qui la composent en ce qu’ils interagissent entre eux. Il ne serait donc pas pertinent d’un point de vue écologique de préserver ces éléments et processus de manière isolée. Or la logique économique contribue, dans une large mesure, à isoler certains des éléments ou processus naturels en ce qu’ils sont utiles à l’Homme et donc plus facilement évaluables. Mis en difficulté par les réalités environnementales, le droit a assez largement pour « coutume de procéder par fragmentation

¹³⁶² MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, « Les Paiements pour Préservation des Services Écosystémiques comme outil de conservation de la biodiversité : Cadres conceptuels et défis opérationnels pour l’action », préc., p. 21.

¹³⁶³ BIDAUD C., MÉRAL Ph., RODARY E., *Services écosystémiques et aires protégées*, Repères pour l’action, fiche n° 8, SERENA, 2013, p. 3.

¹³⁶⁴ V. supra. §. n° 126.

¹³⁶⁵ V. notamment sur ce point : SCHWARZ M.-W., « Linking biodiversity to ecosystem function: Implications for conservation biology », *Oecologia*, 122, 2000, pp. 297-305 ; LOREAU M., « Biodiversity and Ecosystem functioning : recent theoretical advances », *Oikos*, 91, 2000, pp. 3-17 ; SRIVASTAVA D.-S., VELLEND M., « Biodiversity-Ecosystem function research: is it relevant to conservation ? », *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, 36, 2005, pp. 267-294.

¹³⁶⁶ CHAN K., « When agenda collide: human welfare and biological conservation », *Conservation Biology*, n° 21, 2007, pp. 59-68 ; cité in MARIS V., *Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques*, préc., p. 42.

¹³⁶⁷ MARIS V., *Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques*, préc., p. 41.

de la réalité »¹³⁶⁸. Or, en proposant une catégorisation des dynamiques naturelles eu égard à leur intérêt pour l'Homme, et en alignant leurs valeurs sur une même échelle au moyen de l'évaluation monétaire, le discours économique tend à réorienter le droit vers une vision individualisée et compartimentée de la nature dont il tendait pourtant à s'extraire.

323. Conçu à des fins pédagogiques, le concept de services écosystémiques se révèle également difficile à opérationnaliser et discutable d'un point de vue écologique. D'une part, « les services écosystémiques ne représentent qu'une petite partie de la biodiversité et le lien entre la protection de l'un et de l'autre n'est ni systématique ni mesurable, car l'équilibre d'un écosystème est spontanément variable »¹³⁶⁹. Il apparaîtrait dès lors très réducteur de vouloir préserver la biodiversité à travers la seule préservation des services rendus par les écosystèmes. D'autre part, ce concept « risque de gommer la complexité du fonctionnement des écosystèmes, en réduisant certains espaces protégés à la seule protection de services spécifiques »¹³⁷⁰. Or, comme le souligne l'article 2 de la Convention de Rio sur la diversité biologique, l'écosystème désigne « le complexe dynamique formé de communautés de plantes, d'animaux et de microorganismes et de leur environnement non vivant, qui, par leur interaction, forment une unité fonctionnelle ». Dans le même sens, Nathalie Hervé-Fournereau reconnaît que « les écosystèmes sont des systèmes complexes qui résultent d'interactions constantes entre ses constituants biotiques et abiotiques. Chaque écosystème est un système unique ayant sa dynamique propre résultant de son contexte géologique, pédologique et climatique ainsi que des contraintes environnementales naturelles (climatiques) et/ou anthropiques passées et présentes qu'il subit. Cette unicité propre à chaque écosystème au niveau local, ne les empêche pas d'obéir à des règles de fonctionnement communes (cycles de la matière, processus biogéochimiques notamment) avec des écosystèmes partageant les mêmes caractéristiques générales (géologie, climat, sol, végétation, faune). Si ces règles communes de fonctionnement sont maintenant relativement bien connues pour chaque grand type d'écosystèmes, l'unicité de chaque entité écosystémique reste un défi quand il s'agit de prédire son évolution avec ou sans contraintes, ou d'évaluer ses capacités intrinsèques à produire des ressources, recycler ou réguler des flux de matières ou d'énergie (services écosystémiques). Ainsi, l'unicité des

¹³⁶⁸ NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, préc., p. 245.

¹³⁶⁹ MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, *Paiements pour Services Environnementaux : enjeux, vision des acteurs et perspectives en France. Réflexion commune entre France Nature Environnement et la Mission Economie de la Biodiversité*, Les cahiers de biodiv'2050, n° 9, sept. 2016, p. 6.

¹³⁷⁰ BIDAUD C., MÉRAL Ph., RODARY E., *Services écosystémiques et aires protégées*, préc., p. 3.

écosystèmes offre une large place à la variabilité, peu prédictible. Cette unicité et la variabilité des capacités fonctionnelles qui en résultent questionnent, par exemple, le fondement du "mécanisme" de compensation écologique »¹³⁷¹. Notamment, l'approche par les services tendrait à ignorer l'analyse et la prise en compte des « dyservices » : « disservices » écosystémiques (*ecosystem disservices*)¹³⁷², c'est-à-dire les incidences négatives des écosystèmes sur le bien-être humain. Les moustiques sont notamment considérés comme une espèce nuisible (piqûres, transmission des maladies). Pourtant, ces derniers sont essentiels au fonctionnement des écosystèmes, puisque ces derniers constituent la source de nourriture privilégiée d'un grand nombre d'insectes et d'amphibiens.

324. En dépit du succès rencontré par le concept de services écosystémiques, il nous semble plus pertinent, d'un point de vue à la fois écologique et juridique, de raisonner en termes de fonctions écologiques. Supports indispensables de production des services écosystémiques¹³⁷³, les fonctions écologiques constituent des processus écologiques, dont la caractérisation est indépendante de l'utilité qu'ils peuvent avoir pour les activités ou le bien-être humain. Nous observons d'ailleurs que les dispositions du Code de l'environnement relatives aux mécanismes de compensation des atteintes à la biodiversité et aux services environnementaux privilégient, aux services écosystémiques, le recours au concept de fonctions écologiques. Ainsi l'article L. 110-1 II du Code de l'environnement énonce que « le principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes qui n'ont pu être évitées ni réduites, en tenant compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectées »¹³⁷⁴. Il ajoute que « le principe de complémentarité entre l'environnement, l'agriculture, l'aquaculture et la gestion durable des forêts, selon lequel les surfaces agricoles, aquacoles et forestières sont porteuses d'une biodiversité spécifique et variée et les activités agricoles, aquacoles et forestières peuvent être vecteurs d'interactions écosystémiques garantissant, d'une part, la préservation des

¹³⁷¹ HERVÉ-FOURNEREAU N. et al., « Résilience, Irréversibilités et Incertitudes », in BOSI S., EUZEN A. (coord.), *Droit, écologie et économie de la biodiversité*, Les Cahiers Prospectives CNRS, 2015, p. 25.

¹³⁷² RANKOVIC A., PACTEAU C., ABBADIE L., « Services écosystémiques et adaptation urbaine interscalaire au changement climatique : un essai d'articulation », *Vertigo*, Hors-série 12, mai 2012, §. n° 34, *en ligne* [<http://vertigo.revues.org/11851>].

¹³⁷³ V. supra. §. n° 14.

¹³⁷⁴ *Souigné par nous.*

continuités écologiques et, d'autre part, des services environnementaux qui utilisent les fonctions écologiques d'un écosystème pour restaurer, maintenir ou créer de la biodiversité »¹³⁷⁵. Ce choix du législateur d'intégrer explicitement dans le champ de la compensation écologique et des services environnementaux le terme de « fonctions écologiques », et non de « services écosystémiques », doit être souligné.

L'article L. 163-1 II du Code de l'environnement énonce néanmoins qu'« une même mesure peut compenser différentes fonctionnalités ». Cette disposition s'appuie vraisemblablement sur le concept de redondance fonctionnelle, selon lequel plusieurs espèces peuvent remplir les mêmes fonctions¹³⁷⁶. Sur ce fondement, la recherche de rentabilité économique conduit certaines banques de compensation aux États-Unis à simplifier les niveaux d'équivalence écologique entre crédits de compensation¹³⁷⁷. Or, cette simplification peut conduire « à une dynamique de substitution générant une uniformisation des écosystèmes »¹³⁷⁸, dont il convient de se prémunir. Coralie Calvet révèle ainsi, à propos de la réserve d'actifs naturels de « Cossure », que « les négociations survenues au cours de l'élaboration des compensations et les tentatives d'élargissement des critères d'équivalence tendent à réduire la prise en compte de la richesse et de la diversité du vivant »¹³⁷⁹.

B.- L'OCCULTATION DES ÉLÉMENTS GÉNÉRATEURS D'ATTEINTES À LA BIODIVERSITÉ

325. À la différence des mécanismes de paiements pour services environnementaux, les dispositifs de compensation écologique n'ont en aucun cas pour objectif, ou comme résultat, d'apporter une réponse aux éléments générateurs qui sont à l'origine des atteintes à l'environnement. Leur finalité consiste seulement à contrebalancer les effets négatifs sur l'environnement occasionnés par la réalisation d'un projet ou la survenance d'un dommage. Compte tenu des résultats écologiques encore trop insatisfaisants obtenus en matière de compensation écologique et des (trop) nombreuses incertitudes qui subsistent, nous partageons

¹³⁷⁵ Art. L. 110-1 II du C. env., *souligné par nous*.

¹³⁷⁶ BLANDIN P., *De la protection de la nature au pilotage de la biodiversité*, préc., p. 91.

¹³⁷⁷ LEVREL H., SCEMAMA P., VAISSIÈRE A.-C., « Risques associés aux banques de compensation et adaptations des régulateurs aux États-Unis », préc., p. 130.

¹³⁷⁸ *Ibid.*

¹³⁷⁹ CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 154.

la conviction selon laquelle le mieux est de ne pas détruire¹³⁸⁰. Or, nous sommes confrontés à de (très) nombreuses possibilités de dérogations aux régimes de protection des espèces et habitats naturels (1). Compte tenu des limites de l'Homme à évaluer et compenser les atteintes à certaines espèces et milieux naturels, il convient par conséquent d'envisager de limiter les dérogations aux atteintes à certaines espèces et milieux naturels non compensables (2).

1.- La présence de dérogations aux régimes de protection des espèces et habitats naturels

326. Les instruments juridiques spécifiquement dédiés à la conservation des espèces et des habitats naturels sont essentiellement au nombre de deux¹³⁸¹ : d'une part, un régime de conservation de sites d'intérêt géologique, d'habitats naturels, d'espèces animales non domestiques ou végétales non cultivées et de leurs habitats, consacré aux articles L. 411-1 et s. du Code de l'environnement ; d'autre part, le dispositif Natura 2000. Bien que ces régimes dérogatoires soient strictement encadrés, ceux-ci se révèlent insuffisants pour protéger la biodiversité dans la mesure où le Code de l'environnement organise de nombreuses possibilités de déroger à l'obligation de conservation, notamment pour des « raisons impératives d'intérêt public majeur »¹³⁸². Relevant de la compétence de l'autorité préfectorale¹³⁸³, la pratique révèle que ces dérogations sont, dans la majorité des cas, assez facilement accordées. Une récente synthèse de la jurisprudence française portant sur les dérogations aux espèces protégées pour des projets d'aménagements et d'infrastructures, réalisée par la DREAL Occitanie, démontre en effet que les dérogations aux espèces protégées restent en majorité illégales (>70%) en matière de carrière et d'urbanisme¹³⁸⁴. Si l'exigence du juge administratif dans l'appréciation de l'existence d'une raison impérative d'intérêt public majeur de nature à justifier la dérogation tend à se renforcer, d'importantes disparités subsistent néanmoins selon les régions et le degré de juridiction¹³⁸⁵. Les juges du fond se montrent ainsi sensiblement moins favorables aux dérogations aux espèces protégées que le Conseil d'État. Dans une décision du 24 juillet 2019,

¹³⁸⁰ *Ibid.*, p. 156 ; CALVET C., SALLES J.-M., « Entre intégrité écologique et efficacité économique : analyse d'une politique d'absence de perte nette écologique », préc., p. 521.

¹³⁸¹ V. notamment sur ce point : VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 328 et s.

¹³⁸² Art L. 411-2 et L. 414-4 du C. env.

¹³⁸³ Art. R. 411-6 et R. 414-24 du C. env.

¹³⁸⁴ MASSOL M., *Les dérogations espèces protégées - Analyse du contentieux*, DREAL Occitanie, 2020, p. 16 ; V. également sur ce point : BAILLY G., « Précisions jurisprudentielles des conditions à l'octroi de dérogation à l'interdiction de porter atteinte aux espèces protégées et leurs habitats », note sur l'arrêt C.A.A Lyon, 3^{ème} et 1^{ère} chambres réunies, 16 déc. 2016, UR FRAPNA et Association pour les Chambaran sans Center Parcs, req. n° 15LY03097, 15LY03110, *Rev. jurisp. ALYODA*, 2016, n° 1.

¹³⁸⁵ *Ibid.*, pp. 13-14.

ce dernier relève que la construction d'un centre commercial ne répondait pas à une raison impérative d'intérêt public majeur de nature à justifier une dérogation « espèces protégées » au motif que le territoire concerné par le projet était « déjà desservi par plusieurs pôles commerciaux et n'étant pas confronté, en la matière, à des difficultés ou des déséquilibres particuliers »¹³⁸⁶. Dans un arrêt du 3 juin 2020, le Conseil d'État juge, à l'inverse, qu'un projet d'exploitation de carrière puisse répondre à une raison impérative d'intérêt public majeur¹³⁸⁷.

327. La principale explication à cette situation réside dans le fait que les mesures de compensation sont considérées, par le juge administratif, comme « [réduisant] de manière significative l'atteinte à l'objectif de conservation des habitats naturels et de la faune sauvage »¹³⁸⁸. Suivant ce raisonnement, la mise en balance d'un projet avec l'objectif de conservation des habitats naturels et de la faune sauvage ne peut que jouer en faveur de la réalisation de celui-ci. Ce faisant, la compensation écologique demeure « un critère faiblement déterminant » de l'annulation d'un projet par le juge administratif¹³⁸⁹. Afin de corriger cette incohérence, Gilles Martin propose, en s'inspirant du régime juridique relatif aux sites Natura 2000, de déconnecter les mesures compensatoires de la phase établissant l'utilité publique d'un projet¹³⁹⁰. Dans le cadre de cette procédure, Marthe Lucas a pu en effet souligner que « les mesures compensatoires ne permettent pas de minimiser les impacts du projet pour apprécier le caractère significatif ou non de l'atteinte portée à l'état de conservation du site Natura 2000 »¹³⁹¹. Ce faisant, l'utilité publique serait appréciée par l'autorité administrative compétente, non pas en tant compte des mesures compensatoires, mais au regard des impacts significatifs du projet sur l'environnement après mise en œuvre des mesures d'évitement et de réduction. En dépit des doutes formulés à l'encontre de cette solution¹³⁹², celle-ci nous semble néanmoins particulièrement prometteuse. Il conviendrait toutefois d'envisager que la détermination des mesures compensatoires prescrites par l'autorité administrative compétente

¹³⁸⁶ CE, 24 juill. 2019, « Val Tolosa », req. n° 414353.

¹³⁸⁷ CE, 3 juin 2020, Ministre de la Transition écologique et solidaire c/ Société provençale, req. n° 425395, n° 425399 et n° 426536

¹³⁸⁸ V. notamment en ce sens : CAA de Douai, 15 oct. 2015, req. n° 14DA02064.

¹³⁸⁹ LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 195.

¹³⁹⁰ MARTIN G. J., « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assumé », préc., p. 607 ; V. également sur ce point LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 245 et s.

¹³⁹¹ LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 198.

¹³⁹² LUCAS M., « Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ? Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale », préc., p. 645.

soit examinée et validée par une instance qualifiée et indépendante¹³⁹³. La crise sanitaire mondiale de la « COVID-19 », qui a touché la France au début de l'année 2020, a en effet permis de révéler que les enjeux qui étaient prioritaires hier, en particulier le développement économique (croissance, emploi, fiscalité, etc.), pouvaient être soudainement supplantés, dans un contexte d'urgence sanitaire, par les impératifs de santé. L'expérience unique vécue à l'occasion de ces événements doit nous inviter à reconsidérer juridiquement l'importance à donner à la protection de l'environnement face aux impératifs du développement économique.

2.- La limitation des dérogations aux atteintes à certaines espèces et milieux naturels non compensables

328. Si le régime juridique des compensations écologiques se trouve renforcé, le législateur ne semble en revanche pas envisager que certaines atteintes ne puissent pas, par nature, être compensées. Pourtant, la doctrine relative à la séquence « ERC », ainsi que les lignes directrices, envisagent explicitement que « "tout n'est pas compensable". Un impact est non compensable lorsque, en l'état des connaissances scientifiques et techniques disponibles, l'équivalence écologique ne peut être obtenue, ou lorsqu'il n'est pas certain que le maître d'ouvrage pourra assumer la charge financière des compensations proposées, ou lorsque les mesures compensatoires proposées ne sont pas réalisables (compte tenu notamment des surfaces sur lesquelles elles auraient à s'appliquer), c'est-à-dire lorsqu'il n'apparaît pas possible de maintenir ou le cas échéant d'améliorer la qualité environnementale d'un milieu naturel. Dans le cas où il apparaîtrait que les impacts résiduels sont significatifs et non compensables, le projet, en l'état, ne peut en principe être autorisé »¹³⁹⁴. Dans sa rédaction issue de la loi du 8 août 2016, l'article L. 163-1 I alinéa 2 se contente seulement d'énoncer que « si les atteintes liées au projet ne peuvent être ni évitées, ni réduites, ni compensées de façon satisfaisante, celui-ci n'est pas autorisé en l'état ». Or, comme le souligne Mustapha Mekki, « encore faut-il, à l'avenir, être clair sur ce qu'il faut entendre par compensation "satisfaisante" »¹³⁹⁵.

¹³⁹³ V. infra. §. n° 525 et s.

¹³⁹⁴ Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL), *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, préc., p. 6 ; Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 11.

¹³⁹⁵ MEKKI M., « Loi biodiversité et droit de la construction - Propos introductifs », *RDI*, 2016, p. 576 ; V. également en ce sens : « Il est toutefois possible de regretter que la loi Biodiversité n'ait pas détaillé la nature des éléments permettant d'apprécier le caractère satisfaisant de ces dernières, laissant l'autorité administrative sans socle de base sur ce point. Les décisions juridictionnelles qui seront rendues sur le fondement de ces nouvelles

329. Le caractère « satisfaisant » des mesures compensatoires proposées est apprécié au cas par cas par l'autorité administrative compétente pour instruire le dossier de demande d'autorisation et par le juge administratif, qui peut être amené à se prononcer sur la légalité de cette autorisation administrative. Du point de vue contentieux, l'argument de l'insuffisance des mesures compensatoires dans l'autorisation délivrée par l'autorité administrative compétente constitue un moyen de légalité interne (erreur manifeste d'appréciation). Bien que le juge administratif dispose d'une importante marge de manœuvre pour apprécier du caractère suffisant de ces mesures, les exemples d'annulation sont rares¹³⁹⁶.

330. Le législateur, pas plus que l'autorité administrative ou bien encore le juge administratif, n'envisagent qu'il soit impossible techniquement de compenser les atteintes à certaines espèces ou milieux naturels. Pourtant, l'expérimentation de compensation par l'offre menée par la CDC Biodiversité sur le site de « Cossure » révèle, 10 ans après avoir été initiée, un bilan contrasté¹³⁹⁷. Dès lors, de nombreux auteurs soulignent la nécessité « que l'option d'abandonner le projet soit sérieusement considérée (dans la législation ou le standard privé), mais aussi appliquée dans les cas où sa réalisation implique la destruction d'un habitat unique ou d'impacts irréversibles. La législation peut favoriser cette option en précisant ces impacts inacceptables, imposant par là des restrictions que même l'invocation de l'intérêt public ne

dispositions permettront d'éclairer progressivement les contours d'une compensation satisfaisante » : DUBREUIL T., « Mesures compensatoires : le dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les apports de la loi Biodiversité », *RJE*, 4/2017, p. 627.

¹³⁹⁶ L'existence de fortes incertitudes pesant sur « les modalités techniques de reconstruction, au titre des mesures compensatoires, d'une zone humide » justifie la suspension d'un arrêté d'autorisation pris au titre de la loi sur l'eau : TA de Lyon, 1^{er} oct. 2005, Commune de Sainte-Catherine et autres, req. n° 0506497 ; « l'aménagement proposé de zones humides [...] ne peut être regardé, en l'absence de toute précision sur sa faisabilité, comme une proposition sérieuse de mesure compensatoire ; qu'ainsi, le projet autorisé doit être regardé comme contribuant à la régression des zones humides, dont le SDAGE Loire-Bretagne affirme qu'elle doit être arrêtée » : *Ibid.* ; « en l'absence d'éléments matériels, précis et concrets relatifs aux mesures compensatoires prévues par le pétitionnaire, le préfet de la Haute-Saône était tenu de faire opposition au projet présenté ; que c'est par suite illégalement qu'il a décidé de ne pas y faire opposition » : TA de Besançon, 26 mai 2011, CPEPESC, req. n° 1001096.

¹³⁹⁷ Si le retour rapide de la végétation herbacée ainsi que d'espèces de orthoptères, de fourmis moissonneuses ou encore de l'avifaune constitue un succès, en revanche « aucun traitement n'a permis en 7 années d'atteindre la richesse et la composition spécifique de la végétation de la steppe de référence et seules les interventions les plus lourdes ont montré des différences significatives avec le témoin ». En outre, « la hauteur de la végétation, sa composition, sa richesse et sa diversité spécifiques ne sont cependant pas encore stabilisées et semblent encore très sensibles aux variations de la pluviométrie annuelle et du système pastoral recréé ». Dès lors, « rien ne permet à l'heure actuelle de prédire que la trajectoire de la végétation atteindra, même sur le très long terme, celle de la steppe qui préexistait avant les phases de culture » : DUTOIT T. et al., « Regards d'écologue sur le premier site naturel de compensation français », préc., p. 218 et s ; CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 153 et s.

permet pas de lever »¹³⁹⁸. Pour couper court à ces incertitudes, la réglementation suisse considère ainsi que certains milieux ne peuvent pas être compensés, « car considérés comme irremplaçables, notamment du fait de leur âge et de leur durée de développement »¹³⁹⁹. Ne serait-il pas envisageable, sur le fondement du principe de prévention, d'envisager d'établir, dans le Code de l'environnement, une liste d'espèces ou de milieux naturels pour lesquels aucune dérogation aux règles de protection ne pourrait être octroyée ? Si une telle solution peut apparaître séduisante, sur quels critères écologiques fonder une telle réglementation ?

331. Pour identifier ce qui est compensable de ce qui ne l'est pas, l'écologue Baptiste Regnery s'appuie sur le concept de « compensabilité » des impacts, qu'il définit comme « la capacité (scientifique, technique, socio-économique) à fournir des gains écologiques suffisamment élevés pour atteindre l'objectif d'absence de perte nette de biodiversité »¹⁴⁰⁰. L'auteur identifie ainsi trois catégories de facteurs de non compensabilité : le manque d'espace (fragilisation des écosystèmes du fait de la réduction de leur superficie, rareté des conditions écologiques de certains habitats, capacité d'accueil des sites de compensation insuffisante ou encore manque d'espaces disponibles pour la compensation), l'incapacité à reconstituer certaines conditions écologiques (écosystèmes dont la naturalité est très élevée, biodiversité dans un état de conservation défavorable, manque de connaissances du fonctionnement des écosystèmes impactés ou encore temps de maturation des gains écologiques) ainsi que des conditions techniques (capacité des aménageurs à s'entourer des professionnels compétents pour réaliser techniquement les mesures compensatoires), économiques (capacité de l'aménageur à assumer les coûts importants des mesures compensatoires) et sociales (acceptation sociale des projets et des mesures compensatoires qui en découlent)¹⁴⁰¹. Parmi la diversité des critères identifiés par l'auteur, le critère temps s'impose comme un critère écologique déterminant : « pour certains écosystèmes, l'impact peut ne pas être irréversible, mais les durées de résilience naturelle sont telles qu'il est impossible de juger, en l'état actuel

¹³⁹⁸ FÉTIVEAU J., KARSENTY A., GUINGAND A., CASTELLANET C., *Étude relative aux initiatives innovantes pour le financement de la biodiversité et l'identification des mécanismes à fort potentiel*, préc., p. 85.

¹³⁹⁹ *Ibid* ; V. également dans le même sens : COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *La compensation des atteintes à la biodiversité à l'étranger : étude de parangonnage*, Études et documents, n° 68, 2012, p. 9 ; KÄGI B., STALDER A., THOMMEN M., *Reconstitution et remplacement en protection de la nature et du paysage. La réglementation des atteintes en droit suisse*, Office fédéral de l'environnement, 2002, p. 30.

¹⁴⁰⁰ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 134.

¹⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 134 et s.

des connaissances, d'un possible retour à un état initial ou proche d'un état initial »¹⁴⁰². Pourtant, aucune disposition du Code de l'environnement n'envisage que la compensation écologique, ou un retour à l'état initial du site impacté, ne soit pas réalisable, même à une échelle de temps importante, ou à une échéance tellement lointaine qu'il convient de considérer l'atteinte comme irréversible. En imposant que les mesures compensatoires soient « effectives pendant toute la durée des atteintes », le législateur préjuge qu'un retour à la normale est possible, faute de quoi il s'agirait là d'une obligation impossible. Les zones humides apparaissent particulièrement concernées, dans la mesure où elles résultent de processus parfois millénaires. Cela ne signifierait pas les projets, plans ou programmes concernés devraient être interdits, mais que les atteintes non compensables devraient obligatoirement être évitées.

§2.- L'EFFICIENCE, UN CRITÈRE DISCUTABLE D'ÉVALUATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

332. Peu mobilisée dans les approches juridiques de la protection de la biodiversité, la notion d'efficacité rencontre un grand succès dans la littérature consacrée aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux¹⁴⁰³. Au sens économique, l'efficacité désigne « la capacité de produire sans gaspillage de facteurs de production »¹⁴⁰⁴. Fondée sur l'idée de rendement, elle se distingue ainsi de l'efficacité, dans la mesure où elle ne s'intéresse pas seulement à la capacité d'obtenir un résultat donné, mais aux moyens mobilisés pour l'obtention de ce résultat. Un instrument est efficace dès lors qu'il permet d'obtenir un résultat en mobilisant le minimum de moyens. Appliquée aux mécanismes

¹⁴⁰² *Ibid.*, p. 94 ; V. également dans le même sens : Entretien réalisé le 31 janvier 2020 auprès de M. Jean-Marc Valet, préc.

¹⁴⁰³ V. notamment en ce sens : BOISVERT V., « La compensation écologique : marché ou marchandage ? », préc., pp. 183-209 ; CALVET C., *Analyse de l'utilisation de la compensation écologique dans les politiques comme outil de conciliation des intérêts économiques et des objectifs de conservation de la biodiversité*, préc., 267 p. ; ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., 8 p. ; ETRILLARD C., PECH M., « Mesures de compensation écologique : risques ou opportunités pour le foncier agricole en France ? », *Vertigo*, Vol. 15, n° 2, sept. 2015, 20 p., en ligne [<http://journals.openedition.org/vertigo/16450>] ; LE COQ J.-F. et al., « Les paiements pour services environnementaux ou écosystémiques », in MÉRAL P., PESCHE D., (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, pp. 183-200 ; PETITIMBERT R., « Quantifier pour manager. L'émergence des paiements pour services environnementaux au sein des politiques publiques environnementales françaises », préc., 20 p. ; VAISSIÈRE A.-C., *Le recours au principe de compensation écologique dans les politiques publiques en faveur de la biodiversité: enjeux organisationnels et institutionnels: cas des écosystèmes aquatiques marins et continentaux*, Université de Bretagne Occidentale, 2014, dactyl., 230 p.

¹⁴⁰⁴ SILEM A., *Lexique d'économie*, préc., p. 350.

de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, l'efficacité ainsi renvoie non seulement à leur capacité à atteindre un objectif environnemental donné – la protection de la biodiversité –, mais également d'y arriver au moindre coût, à la fois pour les agents économiques et la société¹⁴⁰⁵. Les banques de compensation, en particulier, sont ainsi reconnues comme des instruments efficaces dans la mesure où elles seraient plus efficaces écologiquement que d'autres modalités de compensation, tout en permettant de réduire les « coûts de transaction »¹⁴⁰⁶. De même, les paiements pour services environnementaux seraient des dispositifs « réputés moins coûteux que les politiques réglementaires »¹⁴⁰⁷. Confronté à des approches de la protection de la biodiversité qui s'orientent vers l'efficacité-coût (A), il conviendrait au contraire de mobiliser dans une plus large mesure le concept d'équité (B).

A.- LA RELATIVE CAPACITÉ DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES À SATISFAIRE L'OBJECTIF DE MOINDRE COÛT

333. Présentés comme des solutions plus efficaces que les « instruments réglementaires », les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sont tous les deux confrontés à un manque de transparence des coûts de leur mise en œuvre (1). Au prétexte d'offrir des solutions innovantes pour la protection de la biodiversité, ces dispositifs font en réalité supporter à la collectivité des coûts financiers importants (2).

1.- Le déficit de transparence des coûts de mise en œuvre des instruments économiques

334. Un obstacle majeur pour apprécier l'efficacité écologique des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux réside dans la difficulté à identifier précisément les coûts liés à leur mise en œuvre. Plusieurs dispositions réglementaires imposent en effet d'intégrer dans l'évaluation environnementale des projets,

¹⁴⁰⁵ V. notamment en ce sens : CALVET C., *Analyse de l'utilisation de la compensation écologique dans les politiques comme outil de conciliation des intérêts économiques et des objectifs de conservation de la biodiversité*, préc., p. 8 ; LE COQ J.-F. et al., « Les paiements pour services environnementaux ou écosystémiques », préc., p. 193 ; VAISSIÈRE A.-C., *Le recours au principe de compensation écologique dans les politiques publiques en faveur de la biodiversité: enjeux organisationnels et institutionnels: cas des écosystèmes aquatiques marins et continentaux*, préc., p. 24 ; WENDLING C., « Les instruments économiques au service des politiques environnementales », *Economie & prévision*, vol. 182, n° 1, 2008, pp. 147-154.

¹⁴⁰⁶ V. notamment en ce sens : BOISVERT V., « La compensation écologique : marché ou marchandage ? », préc., p. 191 ; CALVET C., *Analyse de l'utilisation de la compensation écologique dans les politiques comme outil de conciliation des intérêts économiques et des objectifs de conservation de la biodiversité*, préc., p. 20.

¹⁴⁰⁷ LE COQ J.-F. et al., « Les paiements pour services environnementaux ou écosystémiques », préc., p. 194.

plans et programmes le coût des mesures de compensation¹⁴⁰⁸. Les lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser énoncent d'ailleurs que : « dans le cadre de l'étude d'impact, le coût des mesures doit figurer clairement. La maîtrise foncière ou d'usage doit être estimée, financièrement, en fonction des éléments disponibles à ce stade et le cas échéant affinée par la suite »¹⁴⁰⁹. Si le juge administratif a pu considérer que l'absence d'indication relative au montant des mesures compensatoires pouvait conduire à l'insuffisance de l'étude d'impact, les annulations pour ce seul motif demeurent rares¹⁴¹⁰. Dans un arrêt du 14 novembre 2016, la Cour administrative d'appel de Nantes juge, qu'au motif que les documents d'incidences concernés déterminaient avec suffisamment de précision les mesures compensatoires prescrites, ceux-ci n'avaient par conséquent pas à comporter « ni la liste des propriétaires concernés par les conventions devant être conclues avec les exploitants agricoles pour leur mise en œuvre, ni le coût de ces mesures »¹⁴¹¹. Le récent rapport rendu dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité constate toutefois « qu'il n'existe pas de véritable transparence sur les coûts qui sont induits par la compensation, et plus largement par la séquence ERC, alors que cette transparence semble nécessaire »¹⁴¹². En l'absence de telles informations, il est dès lors « particulièrement difficile de quantifier le coût de la mise en œuvre de la séquence ERC en général et de la compensation en particulier à l'échelle d'un grand projet »¹⁴¹³.

Pour solutionner ce manque de transparence, le rapport préconise la publication annuelle systématique de ces budgets et leur intégration dans une base de données dédiée accessible au public¹⁴¹⁴. Cette proposition fait à l'évidence écho à l'obligation faite par le législateur de géolocaliser et de décrire les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité¹⁴¹⁵. L'analyse d'un échantillon de dossier d'études d'impact de projets réalisés en région Auvergne-Rhône-Alpes confirme toutefois que, si le coût total du projet est systématiquement mentionné, le coût des mesures compensatoires est très régulièrement occulté¹⁴¹⁶. Or, certains travaux

¹⁴⁰⁸ V. notamment en ce sens : art. R. 122-5 II et R. 414-23 IV du C. env.

¹⁴⁰⁹ Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 12.

¹⁴¹⁰ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 264 et s.

¹⁴¹¹ CAA de Nantes, 14 nov. 2016, req. n° 15NT02883.

¹⁴¹² DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 67.

¹⁴¹³ *Ibid.*, p. 65.

¹⁴¹⁴ *Ibid.*, pp. 67-68.

¹⁴¹⁵ Art. L. 163-5 du C. env.

¹⁴¹⁶ Étude d'impact du projet d'aménagement de l'A480 et de l'échangeur du Rondeau dans la traversée de Grenoble, décembre 2017, <http://www.isere.gouv.fr/Publications/Mises-a-disposition-Consultations-enquetes->

rèvent que le montant des compensations est souvent peu élevé par rapport au coût global des projets, notamment pour les plus gros d'entre eux. L'étude menée par Baptiste Regenery sur le projet International Thermonuclear Experimental Reactor (ITER) révèle ainsi que, sur un projet dont le coût dépasse les 18 milliards d'euros, le budget consacré aux mesures compensatoires a été fixé à 2 millions d'euros, soit 0,01% du projet)¹⁴¹⁷. Or, comme le souligne le rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, c'est « en budgétant correctement ce poste de dépenses que l'on pourra sortir d'une logique de compensation "au rabais" »¹⁴¹⁸. Il serait intéressant d'identifier le budget consacré aux mesures compensatoires, mais plus généralement à l'ensemble des mesures environnementales (éviter, réduire et compenser). Cela permettrait notamment de mieux apprécier les moyens consacrés à l'évitement et à la compensation par rapport aux mesures compensatoires.

335. Les développements sur les paiements pour services environnementaux étant largement investis par les sciences économiques, l'analyse économique de leurs coûts fait l'objet d'une abondante littérature. Les « coûts d'opportunité » constituent notamment un objet clef des réflexions sur ces dispositifs. À la différence principalement des mesures agro-environnementales de la PAC, les paiements pour services environnementaux ne reposent pas sur la stricte compensation des surcoûts ou des pertes de revenus consécutifs aux engagements pris mais, en principe, sur la rémunération d'une véritable prestation de service. Si le montant de la rémunération du prestataire de service environnemental constitue une composante indiscutable du coût du dispositif, de nombreux auteurs soulignent que les coûts de transactions (études préalables, négociation, suivi, etc.) peuvent se révéler significatifs¹⁴¹⁹.

[publiques-concertations-prealables-declarations-de-projets/Enquetes-publiques/Archives-2018/Autorisation-Environnementale-Amenagement-A480-et-echangeur-du-Rondeau-traversee-de-Grenoble/Enquete-terminee-Autorisation-environnementale-Amenagement-A480-et-echangeur-du-Rondeau](http://www.auvergne-rhone-alpes.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/2588_couleures_e_ei_03_projet_incidences_v10_part01.pdf) ; Étude d'impact du projet RN7 – Aménagement du carrefour des Couleures (Valence et Saint-Marcel-lès-Valence), février 2019, http://www.auvergne-rhone-alpes.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/2588_couleures_e_ei_03_projet_incidences_v10_part01.pdf.

¹⁴¹⁷ REGNERY B., « Enjeux de mise en œuvre des mesures compensatoires : l'exemple du projet ITER », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 176.

¹⁴¹⁸ BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, préc., p. 166.

¹⁴¹⁹ LE COQ J.-F. et al., « Les paiements pour services environnementaux ou écosystémiques », préc., p. 194 ; LE COQ J.-F., MÉRAL Ph., « Les paiements pour services environnementaux », *Repères pour l'action*, fiche n° 6, SERENA, 2013, p. 5.

L'expérimentation française de « paiements pour services environnementaux » offre, sur ce point, un éclairage intéressant sur les coûts de ces dispositifs. Le Plan Biodiversité présenté le 4 juillet 2018 par le Ministre de la Transition écologique et solidaire Nicolas Hulot prévoyait de consacrer « 150 [millions d'euros] d'ici 2021 dans le cadre du 11^e programme des agences de l'eau pour expérimenter, sans attendre la prochaine PAC, de nouveaux outils de paiement pour services environnementaux (PSE) ». Parmi les agences de l'eau chargées de financer et de piloter cette expérimentation, l'Agence de l'eau Adour-Garonne révèle avoir attribué, en 2019, la somme de 2,4 millions d'euros à 382 exploitations agricoles¹⁴²⁰. Non seulement les coûts liés au versement des subventions seront intégralement assumés par les agences de l'eau, mais également une partie des coûts de montage, d'organisation et de suivi des projets mis en œuvre sur leurs territoires. Si le coût des prestations de services environnementaux est en principe confidentiel et soumis au jeu de l'offre et de la demande¹⁴²¹, le fait que cette expérimentation soit réalisée par des personnes publiques facilite la centralisation et la transparence de l'information. Celle-ci permet de révéler que le coût de ces dispositifs, qui bénéficient uniquement à des exploitants agricoles, est exclusivement financé par des fonds publics.

2.- L'importance du coût des instruments économiques pour la collectivité

336. Si nous avons démontré que le montant des mesures compensatoires peut être relativement faible rapporté au budget des projets, le coût total de ces mesures pour la société et les personnes publiques peut en revanche être élevé. Il est en effet intéressant de constater qu'en dépit du succès rencontré par les évaluations économiques de la biodiversité et des services rendus par les écosystèmes, nous disposons de peu d'évaluation des coûts financiers liés à la mise en œuvre des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux supportés par les personnes publiques (services instructeurs, experts, magistrats, régulateurs, etc.) et l'ensemble des acteurs impliqués (associations de protection de l'environnement, public, etc.). L'économiste Harold Levrel relève ainsi, en matière de compensation écologique, qu'« au-delà de l'instruction des projets d'aménagement, les services passent beaucoup de temps au cadrage de la séquence ERC (amélioration de la rédaction des arrêtés préfectoraux, dimensionnement des mesures compensatoires, etc.). Ces activités ne sont pas prévues dans les budgets alloués à la séquence ERC et restent financées

¹⁴²⁰ SOLAGRO, AGENCE DE L'EAU ADOUR-GARONNE, *Guide méthodologique et d'instruction 2020 pour la mise en place du PSE Adour-Garonne*, préc., p. 8.

¹⁴²¹ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

par les institutions publiques »¹⁴²². Ainsi, bien que la réforme du régime des autorisations environnementales participe d'une volonté de simplifier et de raccourcir les procédures¹⁴²³, Denis Couvert constate « en réalité une augmentation du coût organisationnel de la mise en œuvre de la compensation. En effet, les procédures spécifiques sont maintenues, mais doivent en plus faire l'objet d'une mise en cohérence (pertinente sur le plan du contenu) par les chargés de mission des différents services. Se prêter sérieusement à cette démarche impliquerait, en plus du travail d'instruction spécifique, un travail interservices et collectif au sein de l'administration »¹⁴²⁴. Cet exemple révèle ainsi que la simplification et l'accélération du processus d'évaluation environnementale, qui bénéficie en premier lieu aux porteurs de projets, interroge non seulement sur l'existence d'une éventuelle régression du droit de l'environnement¹⁴²⁵, a également engendré une augmentation des coûts financiers supportés par les services administratifs instructeurs et donc, la collectivité. Cet alourdissement des charges publiques peut ainsi interroger au regard du principe pollueur-payeur, consacré à l'article L. 110-1 II du Code de l'environnement, mais également d'un point de vue de l'équité.

337. Si les paiements pour services environnementaux sont présentés comme des instruments susceptibles de mobiliser le secteur privé en faveur de la protection de l'environnement, le caractère limité de la demande privée de prestations de services environnementaux conduit à ce que ces dispositifs soient le plus souvent financés par des fonds publics. Selon Olivier Aznar et Philippe Perrier-Cornet, « faute de marché, on ne peut pas en général faire payer leurs utilisateurs et c'est à la puissance publique de subventionner la fourniture de ceux-ci pour garantir qu'ils soient fournis au niveau attendu par la société »¹⁴²⁶. Ce constat est d'ailleurs

¹⁴²² LEVREL H. et al., « Application de la séquence éviter-réduire-compenser en France : le principe d'additionnalité mis à mal par 5 dérives », préc., §. n° 12 ; V. également dans le même sens : CALVET C., SALLES J.-M., « Entre intégrité écologique et efficacité économique : analyse d'une politique d'absence de perte nette écologique », préc., p. 520 ; COUVET D., *Compensation et infrastructures linéaires : stratégies et scénarios pour l'action (COMPILSA). La compensation face à ses limites écologiques et organisationnelles*, Rapport final d'activité, 24 février 2017, 125 p.

¹⁴²³ Ord. n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, JO du 27 janvier 2017, texte n° 18 ; Décret n° 2017-81 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale, JO du 27 janvier 2017, texte n° 19 ; Décret n° 2017-82 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale, JO du 27 janvier 2017, texte n° 20.

¹⁴²⁴ COUVET D., *Compensation et infrastructures linéaires : stratégies et scénarios pour l'action (COMPILSA). La compensation face à ses limites écologiques et organisationnelles*, préc., p. 52.

¹⁴²⁵ COMBE M., « Le régime juridique de l'obligation de compensation écologique », *EEL*, n° 6, juin 2017, dossier 8, p. 16.

¹⁴²⁶ AZNAR O., PERRIER-CORNET Ph., « Les services environnementaux dans les espaces ruraux Une approche par l'économie des services », préc., p. 156.

confirmé en France à travers l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux », dont la mise en œuvre a été confiée aux agences de l'eau. Faute de nouvelles ressources budgétaires dédiées à cette nouvelle mission, la mise en œuvre de ces dispositifs a été financée au moyen d'une réorientation de financements existants¹⁴²⁷. Si les sommes consacrées au financement de ces dispositifs sont peu élevées au regard du budget de ces agences¹⁴²⁸, elles s'inscrivent néanmoins dans un contexte de réduction des ressources des agences de l'eau du fait notamment de la création de nouvelles contributions au profit de l'Agence française pour la biodiversité et de l'Office national de la chasse et de la faune sauvage¹⁴²⁹, fusionnés depuis le 1^{er} janvier 2020 au sein de l'Office français de la biodiversité. Dans un contexte de rigueur budgétaire et de rationalisation de l'utilisation des fonds publics, nous exprimons par conséquent quelques doutes sur la capacité des agences de l'eau à mobiliser, dans la durée, les fonds nécessaires à la mise en œuvre de contreparties monétaires aux paiements pour services environnementaux¹⁴³⁰. Si le financement des paiements pour services environnementaux est coûteux pour les personnes publiques, ces coûts sont à mettre en relation avec les bénéfices environnementaux qui en résultent. Même si ces bénéfices peuvent être difficiles à évaluer, le financement de ces dispositifs par les personnes publiques est justifié au regard du caractère général attaché à la protection de l'environnement.

338. Dans la mesure où les dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique font intervenir des ressources publiques, se pose également la question du caractère équitable de la répartition de ces coûts.

¹⁴²⁷ Entretien réalisé le 17 juillet 2020 auprès de M. Alexandre Bacher, préc. ; Entretien réalisé le 20 août 2020 auprès de Mme Nathalie Marty, préc.

¹⁴²⁸ À titre d'exemple : 2,4 millions d'euros ont été attribués en 2019 à 382 exploitations agricoles par l'agence de l'eau Adour-Garonne : SOLAGRO, AGENCE DE L'EAU ADOUR-GARONNE, *Guide méthodologique et d'instruction 2020 pour la mise en place du PSE Adour-Garonne*, préc., p. 8 ; L'agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse prévoit de consacrer entre 30 à 35 millions d'euros sur 5 ans pour la mise en œuvre des PSE : entretien réalisé le 17 juillet 2020 auprès de M. Alexandre Bacher, préc.

¹⁴²⁹ Art. 135 de la loi n° 2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018, JO du 31 décembre 2017, texte n° 2 ; arrêté du 11 février 2019 relatif à la contribution financière des agences de l'eau à l'Agence française pour la biodiversité et à l'Office national de la chasse et de la faune sauvage, JO du 14 février 2019, texte n° 3 ; arrêté du 4 février 2020 relatif à la contribution financière des agences de l'eau à l'Office français de la biodiversité, JO du 8 février 2020, texte n° 6.

¹⁴³⁰ V. notamment dans le même sens : BODARD A., « Des paiements pour services écosystémiques "non monétaires", un instrument adapté à la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau ? », préc., p. 371.

B.- LA RÉPARTITION INÉQUITABLE DES COÛTS DE MISE EN OEUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

339. L'analyse d'un point de vue opérationnel des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux révèle un besoin de mieux répartir les gains et les coûts associés à leur mise en œuvre (1). Compte tenu du manque d'application de la séquence éviter – réduire – compenser, la question des coûts nous permet également de nous interroger sur l'efficacité d'une augmentation des coûts de la compensation afin d'orienter le comportement des maîtres d'ouvrages vers les mesures d'évitement et de réduction (2).

1.- La nécessaire répartition équitable des gains et coûts associés à la mise en œuvre des instruments économiques

340. L'équité, d'un point de vue juridique, renvoie à l'idée de justice¹⁴³¹. Est équitable ce qui est juste. Les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique reposeraient, dans une large mesure, sur un compromis entre efficacité et équité¹⁴³². Les paiements pour services environnementaux sont, notamment dans les pays du Sud, utilisés comme des instruments de lutte contre la pauvreté. Le succès dont ils bénéficient en France s'explique, dans une large mesure, par la volonté d'aider en premier chef le secteur agricole, en proie à d'importantes difficultés économiques. Les paiements pour services environnementaux sont ainsi un moyen non seulement d'accompagner les agriculteurs vers une meilleure protection de l'environnement, mais également de les faire bénéficier de dispositifs de soutiens financiers plus avantageux que ceux issus du second pilier de la PAC. Le raisonnement au prisme de l'équité en matière de paiement pour services environnementaux permet de formuler trois observations. Les paiements pour services environnementaux semblent profondément inéquitables en raison de leur nature même. Par principe, la contrepartie accordée au prestataire de service environnemental n'est justifiée que parce que la prestation de service environnemental n'aurait pas été obtenue sans cette contrepartie (additionnalité). Par

¹⁴³¹ V. notamment sur ce point : MICHELOT A. (dir.), *Équité et environnement. Quel(s) modèle(s) de justice environnementale ?*, Larcier, 2012, 478 p.

¹⁴³² V. notamment en ce sens : LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? », préc. ; STENGER A., « Vers le paiement des services environnementaux ? Coase encore et toujours... », préc., pp. 225-233 ; LE COQ J.-F., MÉRAL Ph., « Les paiements pour services environnementaux », préc., p. 1 ; LANGLAIS A., « Le droit de la biodiversité à l'aune du développement durable ou l'ouverture à de nouvelles formes d'équité environnementale ? L'exemple controversé de la compensation écologique », préc., pp. 231-253.

conséquent, le fait de protéger volontairement la biodiversité sans y avoir été préalablement incité ne donne lieu, *a priori*, à aucune contrepartie.

341. Plus encore, le secteur agricole – voire dans une certaine mesure le secteur forestier – s'impose comme le destinataire privilégié – si ce n'est exclusif – de ces dispositifs. L'appel à candidatures « réalisation d'audits d'exploitations - paiements pour services environnementaux (PSE) » initié par l'Agence de l'eau Adour-Garonne confirme que les agriculteurs sont explicitement les uniques destinataires du dispositif. Or, il nous semble que ce choix contribue à réduire assez fortement l'intérêt du mécanisme. Si le secteur agricole et forestier est, à l'évidence, un partenaire incontournable, il convient cependant de ne pas négliger le rôle que peuvent jouer les associations de protection de l'environnement ou tout simplement les particuliers. L'intérêt ici d'une définition extensive des paiements pour services environnementaux, dans laquelle la contrepartie ne serait pas nécessairement monétaire, mais en nature, prend tout son sens. Les paiements pour services environnementaux pourraient être mobilisés pour inciter notamment de nombreux particuliers à s'engager en faveur d'actions ciblées de protection de la biodiversité en contrepartie d'un accompagnement pédagogique, d'un avantage en nature (don des fournitures nécessairement à la réalisation de la prestation de service environnemental) ou encore d'un avantage fiscal. Comme le souligne en effet Laurent Le Corre, « l'obligation pour les propriétaires de terrains abritant des milieux naturels d'acquitter la taxe foncière (ci-après TFNB) a ainsi été stigmatisée comme le symbole de la difficulté du droit à prendre en compte les enjeux particuliers de la conservation de ces milieux »¹⁴³³. Il serait ainsi envisageable d'introduire, aux articles 1379 et s. du Code général des impôts, des exonérations temporaires de taxe foncière sur les propriétés bâties (TFPB) ou non bâties (TFNB) pour les propriétaires qui s'engagent dans une démarche de paiement pour service environnemental. Il sera néanmoins indispensable d'assurer une certaine équité dans le montant de la rémunération ou la nature de la contrepartie accordée entre participants¹⁴³⁴.

342. Il apparaît important de garantir, sur le territoire, une répartition équitable des coûts financiers et bénéfices écologiques obtenus par la mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique. Le rapport rendu dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes

¹⁴³³ LE CORRE L., « Le réseau Natura 2000 », préc., note n° 90.

¹⁴³⁴ V. notamment sur ce point : STENGER A., « Vers le paiement des services environnementaux ? Coase encore et toujours... », préc., p. 226.

à la biodiversité révèle que le respect du critère de proximité « a été présenté lors de plusieurs auditions comme une mesure d'équité sociale : une compensation trop éloignée impliquerait de fait une dégradation non compensée pour les habitants du territoire impacté »¹⁴³⁵. En dépit des exigences formulées dans le Code de l'environnement, les sites naturels notamment ont une « aire de service » relativement étendue¹⁴³⁶. Il semble ainsi nécessaire de déterminer des territoires de la biodiversité qui constitueraient une « même entité biogéographique »¹⁴³⁷. De la même manière, la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux nécessiterait de faire l'objet d'une réflexion sur une répartition équitable, non seulement des opérations sur le territoire, mais également des moyens financiers nécessaires à la production et au maintien de ces services. L'écologue Jacques Baudry souligne en effet qu'« il existe une certaine distance entre le lieu de production et le lieu d'usage [des services rendus par les écosystèmes] [...]. Le service de régulation de la qualité de l'eau est [...] potentiellement utilisé à distance tandis que la régulation biologique est, quant à elle, essentiellement *in situ* »¹⁴³⁸. Les territoires de montagne constituent, en particulier, une source d'approvisionnement en eau douce indispensable pour ceux qui sont situés en aval. Il peut dès lors sembler inéquitable que les ceux-ci se retrouvent seuls à assumer les coûts liés à la préservation de la ressource en eau.

343. Il est intéressant de relever que des outils juridiques existants pourraient être mobilisés pour organiser le soutien des territoires producteurs de services environnementaux par ceux qui bénéficient de ces services. Créé en 2012, le Fonds national de péréquation des ressources intercommunales et communales (FPIC) permet de prélever une partie des ressources de certaines intercommunalités et communes pour la reverser à des intercommunalités et communes moins favorisées (péréquation horizontale)¹⁴³⁹. Par la suite, la loi du 28 décembre 2016 de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne est intervenue pour préciser que ce fonds intègre « les surcoûts spécifiques induits par des conditions climatiques et géophysiques particulières en montagne et les services, notamment

¹⁴³⁵ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 110.

¹⁴³⁶ Annexe 3 de l'arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

¹⁴³⁷ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 111.

¹⁴³⁸ V. notamment sur ce point : BAUDRY J., « Paiement pour services environnementaux : un point de vue d'écologue », préc., p. 345.

¹⁴³⁹ Art. 144 de la loi n° 2011-1977 du 28 décembre 2011 de finances pour 2012, JO du 29 décembre 2011, p. 22441, texte n° 1.

écologiques et environnementaux, que la montagne produit au profit de la collectivité nationale »¹⁴⁴⁰. Si les sommes versées s'apparentent à des aides et non à des paiements pour services environnementaux, le FPIC permet d'instaurer une véritable solidarité entre les territoires producteurs et bénéficiaires de services environnementaux. Plus encore, il est intéressant de relever que le SDAGE Seine-Normandie encourage « le développement de solidarités à un niveau local, entre les territoires aval qui bénéficient de services environnementaux (ralentissement des crues, ressource de bonne qualité...) et les territoires amont qui rendent ces services doit être encouragé. Dans ce cadre, des expérimentations de contractualisation avec paiement pour services environnementaux pourraient être développées, notamment entre les collectivités responsables de la distribution d'eau et la profession agricole en vue de protéger les aires d'alimentation des captages d'eau potable »¹⁴⁴¹. L'intérêt ici exprimé en faveur des paiements pour services environnementaux se concrétise parfaitement dans l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux », mise en œuvre en application de l'action 24 du plan biodiversité du 4 juillet 2018.

344. La compensation écologique faisant supporter des coûts environnementaux et financiers importants à la collectivité, il convient de se demander si l'augmentation des coûts des mesures compensatoires supportées par le débiteur d'une obligation de compenser pourrait constituer un moyen efficace pour réorienter les comportements vers l'évitement et la réduction.

2.- L'augmentation des coûts de la compensation, une solution au service de l'évitement et de la réduction des incidences des projets, activités, plans et programmes sur la biodiversité

345. Selon Coralie Calvet et Jean-Michel Salles, économistes, le non-respect de la séquence « ERC » est le plus souvent consécutif au fait que les maîtres d'ouvrages sont incités, pour des raisons financières, « à rechercher le compromis le moins coûteux entre ces trois étapes d'évitement, de réduction et de compensation »¹⁴⁴². Ceux-ci peuvent ainsi privilégier, dans certains cas, le recours à la compensation écologique dès lors que cette solution serait moins coûteuse ou moins complexe à mettre en œuvre que les mesures d'évitement et de réduction,

¹⁴⁴⁰ Art. 4 de la loi n° 2016-1888 du 28 décembre 2016 de modernisation, de développement et de protection des territoires de montagne, JO du 29 décembre 2016, texte n° 2, *souligné par nous*.

¹⁴⁴¹ SDAGE Seine-Normandie 2016-2021, approuvé par arrêté du 1^{er} décembre 2015, annulé par juge du TA de Paris pour vice de forme (TA de Paris, 19 décembre 2018, req. n° 1608547/4-1), p. 239.

¹⁴⁴² CALVET C., SALLES J.-M., « Entre intégrité écologique et efficacité économique : analyse d'une politique d'absence de perte nette écologique », préc., pp. 520-521.

ou bien encore à réaliser « des compensations a minima »¹⁴⁴³. Le faible montant des mesures compensatoires prend sa source, selon nous, dans la notion de « coûts raisonnables ». Cette dernière est relativement ancienne, puisque dès 1972 le Comité de l'environnement de l'OCDE énonçait, dans un rapport consacré aux principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, que « dans bien des cas, pour assurer que l'environnement soit dans un état acceptable, il ne sera ni raisonnable ni nécessaire de dépasser un certain niveau dans l'élimination de la pollution, en raison des coûts que cette élimination entraînerait »¹⁴⁴⁴. Cette notion de coût raisonnable va, avec le principe pollueur-payeur, rapidement être intégrée et relayée par le droit communautaire dans la législation des États membres¹⁴⁴⁵. Elle intégrera par la suite progressivement le droit de l'environnement français avec la loi « Barnier » du 2 février 1995¹⁴⁴⁶, la 1^{er} août 2008 relative à la responsabilité environnementale¹⁴⁴⁷ et la loi « Grenelle I » du 3 août 2009¹⁴⁴⁸.

346. Limité dans un premier temps au régime relatif à la réparation de certains dommages causés à l'environnement sur le fondement des articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement, le concept de « coût raisonnable » sera rapproché des dispositifs d'évaluation environnementale par la doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel. Celle-ci relève que « Dans l'esprit de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du Grenelle de l'environnement, les procédures de décision publique doivent permettre de "privilégier les solutions respectueuses de

¹⁴⁴³ *Ibid.*, p. 521.

¹⁴⁴⁴ Annexe II du Rapport du Comité de l'environnement, en date du 15 mars 1972, sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international [C(72)69], p. 4.

¹⁴⁴⁵ V. notamment en ce sens : Projet de résolution du Conseil des Communautés européennes concernant la poursuite et la réalisation d'une politique et d'un programme d'action des Communautés européennes en matière d'environnement (1987-1992), COM/86/485FINAL ; Annexe III de la Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, JOCE n° L 327 du 22 décembre 2000, p. 31 ; Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, préc., p. 56.

¹⁴⁴⁶ Le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommages graves et irréversibles à l'environnement à un coût économiquement acceptable » : art. 1. de la loi « Barnier » n° 95-101 du 2 février 1995, préc., *souligné par nous*.

¹⁴⁴⁷ « Le présent titre définit les conditions dans lesquelles sont prévenus ou réparés, en application du principe pollueur-payeur et à un coût raisonnable pour la société, les dommages causés à l'environnement par l'activité d'un exploitant » : art. 1. de la loi n° 2008-757 du 1^{er} août 2008, préc., *souligné par nous*.

¹⁴⁴⁸ « Pour les décisions publiques susceptibles d'avoir une incidence significative sur l'environnement, les procédures de décision seront révisées pour privilégier les solutions respectueuses de l'environnement, en apportant la preuve qu'une décision alternative plus favorable à l'environnement est impossible à un coût raisonnable » : art. 1 de la loi n° 2009-967 du 3 août 2009, préc., *souligné par nous*.

l'environnement, en apportant la preuve qu'une décision alternative plus favorable à l'environnement est impossible à coût raisonnable" et de limiter la consommation des surfaces agricoles, forestières et naturelles. [...] Il est souhaitable que le projet déposé soit celui présentant, au regard des enjeux en présence, le moindre impact sur l'environnement à coût raisonnable. Il est de la responsabilité de l'autorité attribuant l'autorisation ou la dérogation de s'assurer, avant approbation ou autorisation d'un projet, qu'aucune alternative réalisable moins pénalisante pour l'environnement n'est possible dans ces conditions d'enjeu et de coût »¹⁴⁴⁹. Ce rapprochement de la séquence « ERC » avec le concept de « coût acceptable » trouve sa consécration avec la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, qui rattache l'ensemble de la séquence au « principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement, en utilisant les meilleures techniques disponibles à un coût économiquement acceptable »¹⁴⁵⁰. En inscrivant dans la loi l'idée selon laquelle les mesures d'évitement, de réduction et de compensation ne doivent pas générer de coûts déraisonnables pour le porteur du projet, le législateur contribue à fragiliser quelque peu l'effectivité de la séquence « ERC ». Il semble difficilement envisageable, ailleurs que dans le domaine de la protection de l'environnement, que les coûts liés à la réparation d'un dommage supportés par l'auteur de celui-ci soient limités à « un coût économiquement acceptable ». Par principe, le juge judiciaire exige, sur le fondement du Code civil, la réparation intégrale du préjudice subi¹⁴⁵¹. Il apparaît dès lors difficilement justifiable que le maître d'ouvrage ou le pétitionnaire puisse s'exonérer en partie du respect de la séquence « ERC » au motif que le coût des mesures d'évitement, de réduction et de compensation ne seraient plus raisonnables. Si le maître d'ouvrage ou le pétitionnaire n'a pas les moyens financiers de ses ambitions pour respecter la séquence « ERC », indépendamment de son coût, alors le projet, activité, plan ou programme devrait par conséquent être abandonné. À défaut, la réalisation ou la mise en œuvre du projet, activité, plan ou programme engendrerait des coûts environnementaux qui ne seraient pas compensés par le maître d'ouvrage ou le pétitionnaire et donc, supportés par la collectivité. S'il apparaît indispensable de supprimer dans le Code de l'environnement toute référence aux coûts « raisonnables » ou « acceptables » appliqués à la séquence « ERC », d'autres solutions peuvent également être envisagées pour inciter à réduire les atteintes à l'environnement.

¹⁴⁴⁹ Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL), *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, préc., p. 2, *souligné par nous*.

¹⁴⁵⁰ Art. 2 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc ; modifiant l'art. L.110-1 II du C. env.

¹⁴⁵¹ V. notamment sur ce point : PORCHY-SIMON S., *Droit des obligations 2021*, Dalloz, 12^e éd., 2020, p. 486.

347. Les porteurs de projets susceptibles de porter atteinte à l'environnement étant des acteurs économiques rationnels, le faible coût de la compensation peut inciter certains d'entre eux à privilégier cette solution plutôt que l'évitement ou la réduction¹⁴⁵². Dès lors, il nous semble possible de contribuer à la réduction des atteintes à la biodiversité, non seulement en évitant les atteintes impossibles à compenser¹⁴⁵³, mais également en incitant financièrement les porteurs de projets à s'orienter vers les mesures d'évitement et de réduction. Isabelle Doussan souligne, en ce sens, que « pour atteindre son but, la compensation doit se présenter comme une solution plus onéreuse pour l'opérateur que la prévention et la réduction des dommages »¹⁴⁵⁴. L'économiste Harold Levrel constate, en effet, qu'« à partir du moment où les mesures compensatoires s'avèrent trop onéreuses ou complexes à mettre en œuvre, les mesures d'évitement et de réduction deviennent de réels sujets de réflexion »¹⁴⁵⁵. Si le coût des mesures compensatoires ne permet en aucun cas de préjuger de leur qualité, et dépend le plus souvent d'une pluralité de facteurs écologiques et socio-économiques, l'augmentation de celui-ci serait susceptible de générer un effet dissuasif incitant le maître d'ouvrage ou le pétitionnaire à se reporter sur les mesures d'évitement et/ou de réduction. De manière analogue à la taxe intérieure de consommation sur les produits énergétiques (TICPE), nous pourrions envisager l'instauration d'une taxe sur les mesures compensatoires. Cette solution permettrait ainsi d'augmenter significativement le coût de ces mesures, et donc d'inciter les maîtres d'ouvrage à se reporter, pour des raisons économiques, sur les mesures d'évitement et de réduire, voire de réévaluer l'opportunité de réaliser leur projet, activité, plan ou programme. Le produit de cette taxe pourrait être affecté à la protection de l'environnement, notamment pour financer la mise en œuvre de paiements pour services environnementaux. En conformité avec le principe-pollueur-payeur, et afin que la mise en œuvre de ces dispositifs ne repose pas que sur des fonds publics, il peut en effet paraître intéressant que les PSE soient financés directement par les auteurs d'atteintes à l'environnement, comme au Costa Rica¹⁴⁵⁶.

¹⁴⁵² CALVET C., SALLES J.-M., « Entre intégrité écologique et efficacité économique : analyse d'une politique d'absence de perte nette écologique », préc., p. 521.

¹⁴⁵³ V. supra. §. n° 328 et s.

¹⁴⁵⁴ DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 113.

¹⁴⁵⁵ LEVREL H. et al., « Application de la séquence éviter-réduire-compenser en France : le principe d'additionnalité mis à mal par 5 dérives », préc., §. n° 37.

¹⁴⁵⁶ Au Costa Rica, le programme de paiements pour services environnementaux – El *Programa por Pago de Servicios Ambientales* (PPSA) – est ainsi financé par une fraction de la taxe sur les carburants : KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., « Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ? », préc., p. 175.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

348. Il est indéniable que la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a contribué à préciser les contours et le régime juridique de l'obligation de compensation écologique. Cependant, si la compensation écologique se trouve « consacrée, développée et encadrée »¹⁴⁵⁷, l'analyse de son régime juridique et des conditions de sa mise en œuvre révèle encore de (trop) nombreuses incertitudes sur la capacité de ce mécanisme à limiter et/ou réparer les atteintes à la biodiversité. Alors que de nombreux auteurs invitent à la prudence sur l'efficacité de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux, les lacunes identifiées sont révélatrices d'une confiance certaine accordée à l'ingénierie écologique. Il est ainsi frappant de constater que les dispositifs de compensation écologique, de même que les paiements pour services environnementaux, sont soumis au respect de nombreux critères (équivalence écologique, gain net, absence de perte-nette, additionnalité, etc.) difficiles à opérationnaliser en raison de contours assez flous.

349. Si les « instruments économiques » reposent assez largement sur l'idée selon laquelle leur efficacité pour la protection de l'environnement serait accrue par rapport aux « instruments réglementaires », celle-ci doit être quelque peu nuancée dès lors que l'on s'intéresse aux paiements pour services environnementaux et à la compensation écologique. L'option la plus avantageuse écologiquement et économiquement consiste en effet le plus souvent à ne pas détruire la biodiversité et les écosystèmes. Or, ces deux dispositifs n'ont en aucun cas pour objet d'éviter, en amont, les faits générateurs d'atteintes à l'environnement, mais seulement d'apporter une solution pour en corriger les conséquences. Leur mise en œuvre peut ainsi se révéler coûteuse, non seulement d'un point de vue financier, mais également environnemental. L'efficacité des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux étant relative, la réparation des bénéfices et des coûts liés à la mise en œuvre de ces instruments entre les acteurs concernés constitue un enjeu déterminant, mais trop largement occulté. Une meilleure prise en compte de l'équité dans la répartition des bénéfices et des coûts liés à la mise en œuvre de ces instruments apparaît indispensable.

¹⁴⁵⁷ MARTIN G. J., « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l'affichage mal assumé », préc., p. 604.

CHAPITRE 2.- LE CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES À L'ÉPREUVE DE LA GESTION DE LA BIODIVERSITÉ

350. Les mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique ont en commun de reposer sur la mise en œuvre d'actions visant à restaurer, préserver et/ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes. L'efficacité de ces instruments pour la protection de la biodiversité exige ainsi de disposer, non seulement de connaissances scientifiques des dynamiques naturelles, mais également de disposer des moyens techniques permettant d'agir positivement sur celles-ci. Or, l'analyse des résultats obtenus en matière de compensation écologique révèle, dans leur grande majorité, un bilan écologique plutôt contrasté¹⁴⁵⁸. Si certains auteurs reconnaissent que les « banques de compensation » se montrent globalement plus efficaces que les dispositifs de compensation par la demande¹⁴⁵⁹, le bilan des premiers sites naturels de compensation est néanmoins mitigé¹⁴⁶⁰. De la même manière que les connaissances scientifiques de la biodiversité dont nous disposons étant encore très lacunaires¹⁴⁶¹, l'état des connaissances en ingénierie écologique doit également nous inviter à faire preuve d'« une certaine prudence d'utilisation »¹⁴⁶². L'efficacité des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux n'est toutefois pas seulement tributaire de compétences en ingénierie écologique, mais elle dépend également du recours à une pluralité de techniques juridiques permettant d'organiser et pérenniser leur mise en œuvre. La finalité écologique poursuivie par ces deux instruments dépend en effet non seulement de la mise en place de mesures de gestion, mais exige également d'affecter un bien sur la durée en faveur d'un usage écologique bien déterminé. Si le contrat s'impose comme le support privilégié de mise en œuvre des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux¹⁴⁶³, celui-ci peut se révéler parfois difficilement

¹⁴⁵⁸ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 167 et s.

¹⁴⁵⁹ CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 155.

¹⁴⁶⁰ V. notamment en ce sens : REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 195 et s. ; CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 146 ; LATUNE J., LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., « Où en est la France en matière de compensation écologique ? », *Cybergeo : European Journal of Geography*, Environnement, Nature, Paysage, doc. 918, 5 nov. 2019, en ligne : URL : <http://journals.openedition.org/cybergeo/33228>.

¹⁴⁶¹ V. supra. §. n° 286 et s.

¹⁴⁶² REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 169.

¹⁴⁶³ V. supra. §. n° 208 et s.

adapté pour garantir une gestion pérenne de la biodiversité (**Section 1**). En dehors du contrat, il est possible de pérenniser ces mesures de gestion en renforçant l'articulation des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux entre eux, mais également à l'égard d'autres instruments juridiques qu'il conviendra d'identifier (**Section 2**).

SECTION 1.- LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'UTILISATION DU CONTRAT POUR ASSURER UNE GESTION PÉRENNE DE LA BIODIVERSITÉ

351. Si le contrat est très présent dans le cadre de la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux et de la compensation écologique, en revanche, les temporalités de ces dispositifs sont significativement différentes. De manière similaire aux contrats agroenvironnementaux de la PAC, les PSE sont presque exclusivement conclus sur une durée relativement courte, située entre 5 et 30 ans¹⁴⁶⁴. Passé ce délai, le bénéficiaire n'a plus aucun droit au maintien de la prestation de service qui était précédemment réalisée, sauf à s'engager de nouveau par contrat. En matière de compensation écologique, ces délais peuvent être plus importants, dans la mesure où le Code de l'environnement impose que les mesures compensatoires soient, en principe, « effectives pendant toute la durée des atteintes »¹⁴⁶⁵. Certains cocontractants pouvant se montrer réticents à s'engager sur le long terme, un décalage de temporalité peut intervenir entre la durée des compensations et celle des engagements qui organisent leur réalisation. La pérennité s'envisageant comme une condition de l'efficacité de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux, le recours au contrat est-il par conséquent adapté ? Nous verrons que le recours au contrat implique de devoir gérer, d'une part, la temporalité du fait du décalage qui existe entre les impératifs de la biodiversité et la durée des engagements conclus (§1) et, d'autre part, que chacune des parties se prémunisse contre les risques de défaillances de son cocontractant (§2).

§1.- LES INSTRUMENTS CONTRACTUELS AU SERVICE DE LA PÉRENNISATION DES OPÉRATIONS DE GESTION DE LA BIODIVERSITÉ

352. Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas a pu relever que « nombre d'outils juridiques » se révélaient inadaptés pour assurer la maîtrise foncière du site de

¹⁴⁶⁴ Entretien réalisé le 6 mai 2020 auprès de M. Gabriel Ullmann ; Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

¹⁴⁶⁵ Art. L. 163-1 I du C. env.

compensation écologique¹⁴⁶⁶. Si la contractualisation offre aux parties en présente l'avantage de la souplesse, l'auteure relève qu'« à l'inverse des outils de protection réglementaire, le défaut majeur des conventions réside dans l'incertitude de la longévité des engagements contractuels »¹⁴⁶⁷. Bien que le droit commun des contrats et celui des baux issus du Code rural offrent en principe les moyens d'assurer la pérennité des mesures compensatoires et des prestations de services environnementaux, le régime et/ou les conditions de mise en œuvre de ces contrats sont de nature à fragiliser la pérennité des opérations de gestion de la biodiversité (A). Il convient, dès lors, d'envisager les perspectives offertes par des outils plus récents, que sont notamment les obligations réelles environnementales et la fiducie (B).

A.- LES LIMITES DU CONTRAT POUR ASSURER LA PÉRENNITÉ DE LA GESTION DE LA BIODIVERSITÉ

353. Nécessairement limité dans la durée, le contrat semble *a priori* constituer un outil moins pérenne que les protections réglementaires¹⁴⁶⁸. Certains contrats pouvant être conclus pour une longue durée, ceux-ci ne sont pas précaires par nature, mais peuvent l'être du fait de leur régime ou de la volonté des parties (1). La mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux nécessite, dès lors, que les contrats conclus soient renouvelés ou transmis pour garantir la pérennité des opérations réalisées (2).

1.- La pérennité de la gestion de la biodiversité fragilisée par la durée du contrat

354. La réglementation en matière environnementale permet classiquement aux personnes publiques d'imposer durablement des mesures de protection sur un espace et d'en contrôler le respect par le biais de ses services administratifs. En cas de non-respect de la réglementation, des sanctions peuvent être prononcées par voie administrative ou judiciaire. À la différence de la réglementation, le contrat peut se révéler *a priori* moins adapté pour la protection et la gestion de l'environnement dans la mesure où la nature de l'engagement et la bonne exécution de celui-ci dépendent de la volonté des parties. Si l'une des parties cesse de remplir son obligation, elle ne pourra être contrainte de s'exécuter, ou éventuellement d'accorder des dommages et intérêts,

¹⁴⁶⁶ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 437 et s.

¹⁴⁶⁷ *Ibid.*, p. 441.

¹⁴⁶⁸ GIRAUDEL C., *Un phénomène nouveau : le développement des conventions et du partenariat privé*, préc., p. 52.

qu'à la condition préalable que son cocontractant entende obtenir l'exécution de ce contrat. Si les contrats peuvent contenir des clauses pénales applicables en cas de non-respect des engagements pris, l'exécution forcée ne pourra être obtenue par l'un des cocontractants, dans le cadre de contrats de droit privé, qu'auprès du juge du contrat. Le contrat de droit public présente, sur ce point, l'avantage de permettre à la personne publique d'exercer directement un pouvoir de contrôle et de direction, de modification unilatérale du contrat ainsi que de sanction de son cocontractant défaillant, sans avoir à recourir pour cela au juge¹⁴⁶⁹.

355. Parmi les contrats issus du Code rural utilisables pour la gestion de la biodiversité, le bail emphytéotique présente l'intérêt de conférer au preneur un droit réel sur le bien immobilier et d'être consenti pour plus de 18 ans, sans toutefois dépasser 99 ans¹⁴⁷⁰. Si ce bail peut se révéler utile pour affecter un bien, dans la durée, en faveur d'une compensation écologique ou d'un paiement pour service environnemental, celui-ci n'a pas pour objet d'instaurer des mesures de gestion écologique. De leur côté, si le régime du bail rural (statut du fermage) a été initialement créé à des fins agricoles, la loi d'orientation agricole du 5 janvier 2006 a consacré la possibilité d'y inclure des clauses « ayant pour objet la préservation de la ressource en eau, de la biodiversité, des paysages, de la qualité des produits, des sols et de l'air, la prévention des risques naturels et la lutte contre l'érosion »¹⁴⁷¹. Ce bail rural à clauses environnementales – également appelé bail rural environnemental (BRE) – est notamment utilisé dans le cadre de la compensation écologique pour maintenir des pratiques agropastorales¹⁴⁷². Conclu pour une durée minimale de 9 ans¹⁴⁷³, exception faite du bail à long terme qui pourra être signé pour une durée minimale de 18 ans¹⁴⁷⁴, le bail rural constituerait un instrument « complémentaire à l'acquisition en permettant de répondre sur le long terme (20 à 30 ans) au cahier des charges imposé par les mesures compensatoires »¹⁴⁷⁵. Bien que leurs modalités de conclusion soient strictement encadrées, les baux ruraux constituent un support juridique très usité pour la mise en œuvre des compensations écologiques¹⁴⁷⁶. Dès lors que le terrain n'est pas soumis à bail

¹⁴⁶⁹ V. supra. §. n° 227.

¹⁴⁷⁰ Art. L. 451-1 du C. rur.

¹⁴⁷¹ Art. 76 et la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, préc.

¹⁴⁷² REGNERY B., « Enjeux de mise en œuvre des mesures compensatoires : l'exemple du projet ITER », préc., p. 175.

¹⁴⁷³ Art. L. 411-5 du C. rur.

¹⁴⁷⁴ Art. L. 416-1 du C. rur.

¹⁴⁷⁵ CEREMA, *Le bail rural à clauses environnementales et le paysage « agro-environnemental »*, juin 2015, p. 56.

¹⁴⁷⁶ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

rural, les maîtres d'ouvrages ou opérateurs de compensation leur préfèrent le plus souvent des engagements relevant du régime de droit commun des contrats. La durée de ces contrats est le plus souvent corrélée à celle des mesures compensatoires elles-mêmes, qui n'excède le plus souvent pas 30 ans¹⁴⁷⁷. Ces délais de contractualisation trouvent en outre leur explication dans la volonté de s'aligner sur la durée de vie active moyenne du prestataire, notamment lorsqu'il s'agit d'un exploitant agricole¹⁴⁷⁸. Le Code de l'environnement exigeant que les mesures compensatoires soient « effectives pendant toute la durée des atteintes »¹⁴⁷⁹, il est envisageable que certains projets nécessitent la mise en œuvre de ces mesures sur plus 30 ans. À moins d'envisager d'autres solutions, la pérennisation des mesures compensatoires ne pourra ainsi être obtenue qu'aux prix d'un renouvellement de ces contrats dans le temps.

356. À la différence des dispositifs de compensation écologique, la littérature consacrée aux paiements pour services environnementaux est peu bavarde sur la question de la durée des engagements contractés. Certains auteurs ont toutefois pu relever que « la durée des contrats apparaît souvent trop courte par rapport aux objectifs environnementaux »¹⁴⁸⁰. Le recours aux paiements pour services environnementaux en droit interne étant encore embryonnaire, nous disposons de peu d'information sur la durée de ces contrats. Si rien ne s'oppose à ce que des contrats de prestation de service soient conclus sur une longue durée, l'expérimentation française de « paiements pour services environnementaux » révèle que les contrats sont conclus pour une période de 5 ans avec une clause de revoyure en fonction des mesures de la nouvelle PAC quand celle-ci entrera en vigueur¹⁴⁸¹. Exception faite des paiements pour services environnementaux mobilisés pour satisfaire une obligation de compensation écologique¹⁴⁸², les contrats de prestation de service environnemental semblent ainsi être conclus pour des durées relativement courtes. Ils se rapprochent en ce sens des contrats Natura 2000 ou des mesures agro-environnementales de la PAC qui sont conclus pour une durée de 5 ans¹⁴⁸³.

¹⁴⁷⁷ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

¹⁴⁷⁸ *Ibid.*

¹⁴⁷⁹ Art. 163-1 I du C. env.

¹⁴⁸⁰ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 8.

¹⁴⁸¹ SOLAGRO, AGENCE DE L'EAU ADOUR-GARONNE, *Guide méthodologique et d'instruction 2020 pour la mise en place du PSE Adour-Garonne*, préc., p. 19.

¹⁴⁸² Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

¹⁴⁸³ Art. R. 414-13 I du C. env. pour les contrats Natura 2000 ; la durée des mesures agroenvironnementales et climatiques a été réduite entre la programmation 2007-2013 de la PAC et la programmation 2014-2020, en passant de 5 à 7 ans (ancien art. D. 341-7 al. 2 du Code rural et de la pêche maritime) à 5 ans.

357. Les contrats mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux étant conclus sur des délais relativement réduits au regard des enjeux liés à la biodiversité, la pérennisation des opérations de gestion réalisées est tributaire de modalités juridiques permettant d'organiser le renouvellement et/ou la transmission des contrats conclus.

2.- Le renouvellement et la transmission des contrats de gestion de la biodiversité

358. Compte tenu de la durée nécessairement limitée du contrat, la pérennité est assurée au moyen d'une succession d'accords dans le temps¹⁴⁸⁴. À propos des compensations écologiques, Marthe Lucas a pu ainsi dénoncer une « succession des contrats dans le temps » sans que la loi biodiversité n'apporte de solutions juridiques¹⁴⁸⁵. Le recours au contrat peut en effet se révéler source de précarité pour la gestion pérenne de la biodiversité dans la mesure où il est impossible de garantir que les engagements contractés seront renouvelés au terme de l'échéance convenue entre les parties. Cet exercice peut non seulement se révéler coûteux, mais également incertain dans la mesure où l'un ou l'autre des cocontractants peut décider, au terme de l'échéance convenue entre les parties, soit de ne pas renouveler son engagement, soit de négocier des conditions qui lui sont plus favorables. Le renouvellement de ces engagements constitue ainsi un facteur d'incertitude important, puisque l'un ou l'autre des contractants peut librement décider de mettre un terme à son engagement sans indemnités. Dès lors, les conséquences matérielles et financières peuvent être particulièrement préjudiciables notamment en matière de compensation écologique, tant pour le débiteur d'une obligation de compensation écologique que pour l'opérateur de compensation (surcoûts ou perte de revenus suite au renouvellement des engagements, nouvelles recherches foncières, pertes de biodiversité, etc.).

359. De surcroît, les modalités de transmission de certains contrats sont fortement encadrées par le droit. Plutôt que d'envisager la résiliation ou l'exécution d'un contrat en cas de défaillance d'une des parties, et donc de subir une interruption d'exécution, il peut en effet se révéler plus avantageux d'envisager un transfert de contrat. Si la plupart des contrats peuvent être librement cédés, la cession de contrat constitutifs de droits personnels nécessite l'accord de son cocontractant. Selon l'article 1717 du Code civil, un bail peut ainsi être cédé, sauf s'il

¹⁴⁸⁴ GERVASONI V., « Les conventions de protection de la nature », préc., p. 147.

¹⁴⁸⁵ LUCAS M., « Le contrat au service de la compensation écologique », préc., pp. 3-4.

en a été décidé autrement par les parties au moment de la conclusion du contrat. Par exception, la cession d'un bail rural est interdite par le Code rural¹⁴⁸⁶. Ce principe supporte toutefois deux exceptions, puisque la cession est admise dès lors qu'elle est consentie par le bailleur, au profit du conjoint, du partenaire ou des descendants du preneur dans les conditions fixées par le Code rural et de la pêche maritime¹⁴⁸⁷ où, à défaut d'accord du bailleur, avec l'autorisation du Tribunal paritaire des baux ruraux¹⁴⁸⁸. Constitutif de droits réels, le bail emphytéotique échappe au statut du fermage et peut, par conséquent, être librement cédé¹⁴⁸⁹. Le juge judiciaire a en effet pu relever que toute clause qui en limiterait la cession ferait obstacle à la qualification de bail emphytéotique¹⁴⁹⁰. Dans le cas où les contrats conclus seraient qualifiés d'administratifs, les modalités de transmission sont en revanche plus fortement encadrées, puisque soumises à l'autorisation préalable de la personne publique contractante.

360. Si la pérennité des opérations de gestion de la biodiversité réalisées dans le cadre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux peut être assurée soit par la transmission, soit par le renouvellement des contrats conclus, l'affectation écologique des terrains nécessaires à la réalisation de ces mesures ne peut se satisfaire d'engagements de courte durée. Les obligations réelles environnementales, de même que la fiducie, semblent offrir sur ce point des perspectives intéressantes.

B.- L'IDENTIFICATION DE DISPOSITIFS PLUS ADAPTÉS POUR ASSURER UNE GESTION PÉRENNE DE LA BIODIVERSITÉ

361. Selon Claire Etrillard, le développement des paiements pour services environnementaux en dehors du cadre de la PAC se heurte à « l'insuffisance des outils juridiques existants »¹⁴⁹¹, et rend par conséquent nécessaire « le développement d'instruments nouveaux »¹⁴⁹². Parmi la diversité des instruments pouvant être mobilisés pour pérenniser la mise en œuvre des

¹⁴⁸⁶ Art. L. 411-35 alinéa 1 du C. rur.

¹⁴⁸⁷ Art. L. 411-35 alinéa 1 du C. rur.

¹⁴⁸⁸ Art. L. 411-35 alinéa 2 du C. rur.

¹⁴⁸⁹ Art. L. 451-1 al. 1 du C. rur.

¹⁴⁹⁰ V. notamment en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2011, req. n° 10-23430.

¹⁴⁹¹ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 13 et s ; V. également en ce sens : LABAT B. (coord.), *Droits réels au profit de la biodiversité : comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux ?*, préc., p. 5 et s.

¹⁴⁹² *Ibid.*

compensations écologiques et prestations de services environnementaux, deux instruments tendent à se singulariser : les obligations réelles environnementales (1) ainsi que la fiducie (2).

1.- Les potentialités de l'obligation réelle environnementale

362. L'insuffisance des instruments juridiques existants pour affecter un bien sur le long terme en faveur de la protection de l'environnement a conduit la doctrine à plaider en faveur de la consécration de servitudes conventionnelles environnementales¹⁴⁹³. Le régime des servitudes de droit privé issu des articles 637 et suivants du Code civil se révèle en effet difficilement adapté pour la protection de l'environnement. Pour créer une servitude sur un bien, le Code civil impose en premier lieu l'existence de deux fonds distincts, contigus ou non. La servitude ne peut ainsi être utilisée que pour imposer une charge à un fonds, appelé le « fonds servant », pour l'usage et l'utilité d'un autre fonds, dénommé « le fonds dominant »¹⁴⁹⁴. Ce faisant, il n'est pas possible de constituer une servitude s'il n'y a pas de service au profit d'un autre fonds. En second lieu, les services établis ne doivent être imposés « ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds »¹⁴⁹⁵. Ce faisant, le propriétaire du fonds servant ne peut pas être astreint à des prestations positives – charges *in faciendo* – au profit du fonds dominant, mais seulement à des obligations négatives de ne pas faire – charges *in non faciendo*¹⁴⁹⁶. Or, la protection de l'environnement peut requérir des prestations positives (opérations d'ingénierie écologique, changements de pratiques agricoles, etc.), sans être au service d'un autre fonds. Une réflexion a dès lors été entamée sur l'opportunité de créer, par analogie avec certaines législations étrangères, notamment de *common law*, une servitude écologique qui pourrait être constituée uniquement à partir d'un seul fonds, sans service au profit d'un autre fonds, et permette de créer des obligations positives à la charge du propriétaire des biens concernés¹⁴⁹⁷. Plébiscitée de longue date par la doctrine¹⁴⁹⁸, l'obligation réelle

¹⁴⁹³ V. notamment sur ce point : 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*, NSP/2008, pp. 123-131.

¹⁴⁹⁴ Art. 686 du C. civ.

¹⁴⁹⁵ *Ibid.*

¹⁴⁹⁶ GIRAUDEL C., *Un phénomène nouveau : le développement des conventions et du partenariat privé*, préc., p. 44.

¹⁴⁹⁷ V. notamment en ce sens : *Ibid.*, p. 45 ; GIRAUDEL C., LORVELLEC L., *Gestion conventionnelle des espaces naturels*, préc., p. 100.

¹⁴⁹⁸ V. notamment sur ce point : MARTIN G. J., « Pour l'introduction en droit français d'une servitude conventionnelle ou d'une obligation *propter rem* de protection de l'environnement », préc., pp. 123-131 ; HUTEN N., STRUILLOU J.-F. (dir.), *Les servitudes environnementales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 28, 2015, 161 p. ;

environnementale (ORE) a finalement été consacrée par la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages¹⁴⁹⁹.

363. L'ORE permet à tout propriétaire de biens immobiliers de « conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques »¹⁵⁰⁰. Si la mobilisation d'un spectre restreint d'acteurs pouvant signer ce type de contrats avec le propriétaire immobilier peut surprendre, ce choix se justifie par la volonté de réserver l'ORE à « des personnes morales garantes d'un intérêt environnemental »¹⁵⁰¹. Contrairement à ce que son intitulé peut laisser penser, la doctrine relève que l'obligation consentie n'aurait cependant de réelle que le nom¹⁵⁰², dans la mesure où un « droit de type réel ne pourrait pas contraindre le propriétaire d'un immeuble à des actions positives de préservation et de conservation de la biodiversité »¹⁵⁰³. Dans la mesure où une ORE résulte d'un engagement personnel, et que cette dernière est susceptible de créer des obligations non seulement de ne pas faire, mais également (et surtout) de faire, cette dernière se révèle ainsi « structurellement construite sur le modèle du droit personnel [obligation *propter rem*] »¹⁵⁰⁴. À la différence des servitudes issues du Code civil, ce dispositif présente l'intérêt de laisser aux parties une grande liberté contractuelle pour déterminer la nature et la durée de l'engagement. Contrairement aux servitudes environnementales issues du droit américain (*conservation easement*), qui peuvent être perpétuelles¹⁵⁰⁵, la durée d'une ORE ne pourra toutefois pas excéder 99 ans. Certains auteurs

REBOUL-MAUPIN N., GRIMONPREZ B., « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », *D.*, 2016, p. 2074.

¹⁴⁹⁹ Art. 72 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; codifié à l'art. L. 132-3 du C. env.

¹⁵⁰⁰ Art. L. 132-3 du C. env.

¹⁵⁰¹ Projet de loi relatif à la biodiversité, préc., p. 29.

¹⁵⁰² DROSS W., « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *EEI*, n° 6, Juin 2017, dossier 16, p. 45.

¹⁵⁰³ REBOUL-MAUPIN N., GRIMONPREZ B., « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », préc., p. 2074.

¹⁵⁰⁴ *Ibid.*

¹⁵⁰⁵ V. notamment en ce sens : HASSAN F., « L'encadrement juridique des banques de compensation de zones humides aux États-Unis », préc., p. 96 ; SCÉMAMA P., KERMAGORET C., LEVREL H., VAISSIÈRE A.-C., « L'économie néo-institutionnelle comme cadre de recherche pour questionner l'efficacité de la compensation écologique », préc., p. 156.

ont pu relever que « le contrat d'obligation réelle est forcément un acte à titre onéreux »¹⁵⁰⁶ et qu'il ne pourrait, par conséquent, pas « exister d'obligation réelle environnementale purement gratuite »¹⁵⁰⁷. Si les parties peuvent en effet convenir d'un paiement en contrepartie soit des obligations consenties, soit de la réduction de la valeur d'un terrain en cas de vente du fait des obligations qui s'y attachent (inconstructibilité, entretien d'éléments de la biodiversité, etc.), la contrepartie d'une obligation réelle environnementale ne consiste toutefois pas forcément en une rémunération¹⁵⁰⁸, mais peut prendre notamment la forme d'un paiement en nature ou d'une contrepartie fiscale. Depuis le 1^{er} janvier 2017, les communes peuvent d'ailleurs, sur délibération du conseil municipal, exonérer de la taxe foncière sur les propriétés non bâties les propriétaires ayant conclu une obligation réelle environnementale¹⁵⁰⁹.

364. En dépit de ses atouts théoriques, l'ORE rencontre cependant un succès encore limité en pratique. En énonçant à l'article L. 132-3 du Code de l'environnement que « les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation », le législateur a pourtant explicitement entendu faire de l'ORE un instrument privilégié pour la mise en œuvre de la compensation écologique¹⁵¹⁰. La souplesse dans les conditions d'élaboration de ces contrats est toutefois contrebalancée par le fait que la liste des personnes susceptibles de bénéficier d'une ORE s'avère « trop restrictive, dès lors qu'elle exclut que les maîtres d'ouvrage, débiteurs d'obligations de compensation, puissent directement conclure ce genre de conventions avec le propriétaire du site. Cette mise à l'écart complique considérablement les opérations dans la mesure où l'aménageur, pour utiliser l'instrument, n'a plus que deux solutions. La première est de déléguer, comme la loi l'y autorise (C. env., art. L. 163-1, II), l'exécution des mesures compensatoires à un tiers qui serait habilité à jouir d'une obligation réelle écologique. La seconde est que l'aménageur se rende propriétaire du site, pour y faire naître une obligation réelle envers un établissement public ou un conservatoire d'espace naturel,

¹⁵⁰⁶ REBOUL-MAUPIN N., GRIMONPREZ B., « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », préc. p. 2074.

¹⁵⁰⁷ *Ibid.*

¹⁵⁰⁸ MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, CEREMA, *Obligations réelles environnementales (ORE). Fiche de Synthèse*, juin 2018, fiche 4, p. 12.

¹⁵⁰⁹ Cette possibilité, prévue par le législateur à l'article 72 III de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, a été codifiée à l'article 1394 D du CGI, codifié par l'art. 1^{er} du décret n° 2017-698 du 2 mai 2017 portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code.

¹⁵¹⁰ V. notamment en ce sens : MARTIN G. J., « Les potentialités de l'obligation réelle environnementale », *Droit de l'environnement*, n° 249, oct. 2016, pp. 334-340 ; DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 146.

avant de le rétrocéder à un exploitant agricole, par exemple, lié par le contenu de l'engagement »¹⁵¹¹. De surcroît, lorsqu'une ORE est conclue sur des terrains déjà donnés à bail, le Code de l'environnement exige, à peine de nullité absolue, que le propriétaire obtienne l'accord préalable de son preneur¹⁵¹². Plus encore, le caractère réel de l'obligation consentie, qui a pour conséquence de faire peser une charge sur les propriétaires successifs du bien, peut contribuer à dissuader certaines propriétaires de s'engager de peur d'en déprécier la valeur¹⁵¹³. En pratique, les propriétaires de terrains susceptibles d'accueillir des compensations écologiques privilégient à l'ORE des engagements soumis au droit commun des contrats renouvelés périodiquement¹⁵¹⁴. Enfin, comme le souligne Olivier Herrnberger, l'engagement des collectivités et établissements publics de coopération intercommunale à contracter une ORE exige que l'obligation constituée entre bien « dans le champ de leurs compétences... ce qui, dans la pratique, est souvent un labyrinthe pour ne pas dire un chemin de croix, en particulier en Ile de France depuis le choc de complexification instauré par la loi MAPA du 27 janvier 2014 »¹⁵¹⁵.

365. Bien que son succès soit limité en matière de compensation écologique, l'ORE semble offrir des perspectives intéressantes pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux. Par comparaison, nous pouvons observer qu'aux États-Unis, le *Wetlands Reserve Program* permet à un propriétaire de zone humide de « transférer ses droits immobiliers en proposant d'adopter une servitude environnementale sur son terrain, qui supprime une grande partie de ses droits d'usage, en contrepartie de quoi des paiements compensatoires vont lui être octroyés par l'État. Cela peut être assimilé à des paiements pour services environnementaux rendus par les propriétaires »¹⁵¹⁶. Si l'ORE constitue, à première vue, davantage un instrument de protection de la biodiversité que du climat¹⁵¹⁷, l'intégration des

¹⁵¹¹ REBOUL-MAUPIN N., GRIMONPREZ B., « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », préc., p. 2074.

¹⁵¹² Art. L. 132-3 al. 5 du C. env.

¹⁵¹³ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

¹⁵¹⁴ *Ibid.*

¹⁵¹⁵ HERRNBERGER O., « L'obligation réelle environnementale, le point de vue de la pratique », *EEL*, n° 6, Juin 2017, dossier 17, p. 52.

¹⁵¹⁶ HASSAN F. et al., « Le cadre de gouvernance américain des mesures compensatoires pour les zones humides », préc., p. 57.

¹⁵¹⁷ D'une part, l'article 72 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 reconnaît explicitement comme finalité aux ORE « le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité » ; et d'autre part l'objectif recherché à travers la création de ces obligations réelles environnementales énoncé par le projet de loi n° 1847 relatif à la biodiversité était double : - faciliter le développement d'actions pérennes permettant de stopper l'érosion de la biodiversité ; - permettre à un propriétaire de mettre en place simplement sur sa propriété une démarche contractuelle en ce sens avec des personnes morales garantes d'un intérêt environnemental ».

fonctions écologiques au rang des finalités poursuivies par ce dispositif contribue à élargir assez largement les perspectives d'application. De la même manière que préserver la biodiversité peut contribuer à atténuer les effets du changement climatique, l'amélioration de certaines fonctions écologiques (formation des sols, écoulement des eaux) à l'échelle de milieux stratégiques (forêts, zones humides, prairies, etc.) pourrait se traduire par des bénéfices, non seulement sur la biodiversité, mais également en termes de services écosystémiques de régulation du climat local ou global ou de séquestration du carbone¹⁵¹⁸. Dès lors, la souplesse qui caractérise l'objet de l'ORE pourrait ainsi lui permettre de servir également de support juridique à la mise en œuvre de paiements pour services environnementaux.

366. Un peu plus discrète en doctrine que l'obligation réelle environnementale, la fiducie permet toutefois d'affecter également, dans la durée, un bien en faveur de la réalisation d'une compensation écologique ou d'une prestation de service environnemental.

2.- Les perspectives offertes par la fiducie en matière environnementale

367. Plébiscitée par la doctrine à des fins environnementales¹⁵¹⁹, la fiducie a été instituée en droit français par la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 aux articles 2011 et suivants du Code civil¹⁵²⁰. Inspirée du *trust* anglo-saxon¹⁵²¹, elle désigne « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »¹⁵²². Son régime a été significativement modifié par la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : la durée maximale du transfert a été portée de 33 ans à 99 ans, la qualité de constituant sera étendue à l'ensemble des personnes physiques ou morales et celle de fiduciaire

¹⁵¹⁸ MAUREL F., *Projet de caractérisation des fonctions écologiques des milieux en France*, préc., p. 13.

¹⁵¹⁹ V. notamment en ce sens : BOUTEILLE M., « La fiducie, un potentiel inexploité ? », *Revue Juridique de l'Ouest*, NS/2011, p. 190 ; DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., pp. 106-107 ; SOLEILHAC T., « La fiducie environnementale », préc., pp. 35-38 ; SOLEILHAC T., « Les perspectives environnementales d'une baleine blanche : la fiducie », préc., pp. 603-621.

¹⁵²⁰ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, JO du 21 février 2007, p. 3052, texte n° 3.

¹⁵²¹ V. notamment sur ce point : REDGWELL C., « Le concept de *trust* en droit anglais », in OST F., GUTWIRTH S. (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, pp. 211-233.

¹⁵²² Art. 2011 du C. civ.

aux membres de la profession d'avocat¹⁵²³. Elle se distingue néanmoins de son homologue anglo-saxonne, dans la mesure notamment où le Code civil prohibe la fiducie-libéralité¹⁵²⁴. Cette interdiction, d'ordre public, vise principalement à empêcher les personnes physiques et morales d'utiliser la fiducie comme un moyen d'évasion fiscale ou pour échapper au droit des successions¹⁵²⁵. Même si la qualité de constituant est étendue, l'objet de ce mécanisme reste limité au transfert et à la gestion de biens, de droits ou de sûretés (fiducie-gestion).

368. En matière environnementale, Thibault Soleilhac a pu démontrer que l'exploitant d'une ICPE ou le producteur, détenteur ou propriétaire de terrain sur lequel sont abandonnés des déchets, peut avoir un intérêt juridique et économique à confier à un fiduciaire la réhabilitation des terrains concernés¹⁵²⁶. En permettant l'affectation d'un bien et la sécurisation, sur le long terme, en faveur d'actions de restauration, de réhabilitation, de préservation et de gestion de la biodiversité, la fiducie serait également dotée de potentialités d'applications pour satisfaire les obligations de compensation écologique¹⁵²⁷. Le fiduciaire peut en effet se voir confier, par des propriétaires fonciers, ou le débiteur d'une obligation de compensation, la propriété de terrains en vue d'y réaliser des opérations de compensation écologique. Assurant le pilotage de la compensation écologique pour le compte du débiteur de cette obligation (travaux de génie écologique, suivi de la gestion sur le long terme), le fiduciaire serait ainsi transformé en véritable opérateur de compensation écologique. Le fiduciaire, lui, bénéficie d'une rémunération selon les conditions prévues dans le contrat de fiducie, ainsi que de la propriété de terrains sans avoir eu à financer leur acquisition. Coûteuse, l'acquisition de terrains par le débiteur d'une obligation de compenser ou un opérateur de compenser n'est pas considérée par les services instructeurs comme étant, à elle seule, la solution la plus satisfaisante pour garantir la pérennité des mesures compensatoires¹⁵²⁸. La fiducie permet, sur ce point, non seulement de garantir l'affectation de biens sur le long terme, mais également de sécuriser l'intégralité des sommes nécessaires à la réalisation des mesures compensatoires¹⁵²⁹. À condition d'obtenir

¹⁵²³ Art. 18 de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, JO du 5 août 2008, p. 12471, texte n° 1.

¹⁵²⁴ « Le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire. Cette nullité est d'ordre public » : art. 2013 du C. civ.

¹⁵²⁵ BOUTEILLE M., « La fiducie, un potentiel inexploité ? », préc., p. 192.

¹⁵²⁶ SOLEILHAC T., « La fiducie environnementale », préc., pp. 2-3 ; SOLEILHAC T., « Les perspectives environnementales d'une baleine blanche : la fiducie », préc., p. 615 et s.

¹⁵²⁷ *Ibid.*, pp. 35-38 ; *Ibid.*, p. 618 et s.

¹⁵²⁸ Entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, préc.

¹⁵²⁹ *Ibid.*

l'agrément requis¹⁵³⁰, les terrains acquis via une fiducie pourraient également servir de support à la création d'un site naturel de compensation, dont la pérennité serait garantie dans le temps.

Il convient néanmoins, comme le souligne Marthe Lucas, de ne pas utiliser la compensation écologique comme un moyen de satisfaire une obligation de remise en état¹⁵³¹. Si l'auteure ajoute que « promouvoir une telle pratique serait [...] faire fi du critère d'équivalence écologique »¹⁵³², l'utilisation d'une obligation de compensation pour satisfaire une obligation de remise en état semble en réalité contrevenir au critère d'additionnalité écologique, selon lequel la « mesure compensatoire doit apporter un gain écologique sur le site où elle est mise en œuvre »¹⁵³³. Dès lors que le gain écologique serait obtenu dans le cadre d'une opération de remise en état, les mesures compensatoires proposées par le maître d'ouvrage ou le pétitionnaire seront en principe refusées par l'autorité administrative chargée d'instruire le dossier d'autorisation. Bien que dépourvues de portée juridique, les lignes directrices relatives à la séquence « ERC » énoncent, en effet, qu'une « mesure compensatoire ne doit pas servir à mettre en œuvre des engagements privés déjà pris par ailleurs »¹⁵³⁴.

369. Outre les perspectives offertes en matière de compensation écologique, la création d'une fiducie à vocation environnementale est considérée par certains auteurs comme « une voie intéressante pour la mise en œuvre des [paiements pour services environnementaux] »¹⁵³⁵. Le fiduciaire pourrait en effet constituer un portefeuille de sites susceptibles de servir de support à la réalisation de prestations de services environnementaux rémunérées, soit par une personne publique, soit par une personne privée dans le cadre notamment de la responsabilité sociale des entreprises. Dans le cas où le fiduciaire ne disposerait pas des compétences écologiques nécessaires pour réaliser lui-même ces prestations, il lui est tout à fait possible de recourir à des tiers qualifiés, comme cela peut être le cas en matière de compensation écologique¹⁵³⁶. Il pourrait également être envisagé pour le fiduciaire d'utiliser les paiements pour services

¹⁵³⁰ Art. L. 163-3 et D. 163-1 à D. 163-9 du C. env.

¹⁵³¹ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 469.

¹⁵³² *Ibid.*

¹⁵³³ Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 103.

¹⁵³⁴ *Ibid.*, p. 104.

¹⁵³⁵ ETRILLARD C., « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », préc., §. n° 17 ; V. également en ce sens : DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 88.

¹⁵³⁶ Entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, préc.

environnementaux comme un moyen de réhabiliter, à moindre coût, des terrains en vue de les utiliser pour constituer un site naturel de compensation. Si les lignes directrices sur la séquence « ERC » exigent que les mesures compensatoires créent une additionnalité écologique sur les sites où elles sont mises en œuvre, aucune disposition n'indique comment doivent être mises en place les « opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité, dénommées "sites naturels de compensation" » de l'article L. 163-3 du Code de l'environnement. Si cette solution peut sembler discutable dans la mesure où elle s'assimile à une forme d'« optimisation écologique »¹⁵³⁷, elle présente toutefois l'intérêt de permettre de pérenniser les gains écologiques obtenus suite à la réalisation d'une prestation de service environnemental. La généralisation du recours à la fiducie à des fins environnementales nécessite toutefois que le champ des personnes habilitées à bénéficier de la qualité de fiduciaire soit élargi. Selon Bernard Labat, il pourrait être envisagé, d'« élargir la qualité de fiduciaire aux agriculteurs, propriétaires fonciers et forestiers, personnes morales, et pourquoi pas d'ailleurs à l'ensemble des particuliers afin de toucher l'intégralité des grands propriétaires fonciers »¹⁵³⁸.

370. Si le contrat présente un certain nombre de garanties pour assurer la pérennité des projets de gestion de la biodiversité mis en œuvre dans le cadre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, son exécution peut se heurter à d'importants obstacles de nature à compromettre la continuité des opérations réalisées.

§2.- LA GESTION DE LA DISCONTINUITÉ DANS LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

371. Comme nous l'avons précédemment démontré, la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux repose, d'une part, sur la maîtrise foncière de terrains et, d'autre part, sur la mise en place des mesures de gestion écologique sur ces terrains¹⁵³⁹. Compte tenu des aléas de la vie économique, la pérennité et/ou la continuité des opérations de gestion de la biodiversité peuvent être affectées par la défaillance financière et/ou matérielle des acteurs mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des mesures compensatoires ou des paiements pour services environnementaux (A). Afin d'anticiper et

¹⁵³⁷ V. infra. §. n° 483.

¹⁵³⁸ LABAT B. (coord.), *Droits réels au profit de la biodiversité : comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux ?*, préc., p. 23.

¹⁵³⁹ V. supra. §. n° 221 et infra. §. n° 488.

d'atténuer les conséquences d'une éventuelle défaillance de l'une ou l'autre des parties dans l'exécution de ses obligations, chacune dispose de moyens juridiques pour sécuriser la réalisation des mesures compensatoires et des prestations de services environnementaux (B).

A.- LE RISQUE DE DÉFAILLANCE FINANCIÈRE ET MATÉRIELLE DES CO- CONTRACTANTS

372. À propos de la protection conventionnelle des espaces naturels, Marcel Bayle a pu relever que la vulnérabilité du gestionnaire privé d'espaces naturels est susceptible de remettre en cause la pérennité des opérations de protection de l'environnement¹⁵⁴⁰. Dès lors que l'opérateur de compensation écologique ou le prestataire de service environnemental est une personne privée (société, exploitant agricole, association, etc.), le risque de défaillance financière et/ou matérielle est également une éventualité. Ne disposant pas des mêmes moyens financiers que l'administration, ces opérateurs privés sont dépendants, pour la réalisation des missions de gestion qui leur ont été confiées par contrat, des financements qui en constituent la contrepartie. Parmi les prestataires susceptibles d'intervenir dans la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux, les associations de protection de l'environnement (APN) peuvent se révéler particulièrement vulnérables. Celles-ci sont en effet le plus souvent dépendantes de financements publics pour assurer leur fonctionnement et notamment la rémunération de leurs salariés. Dans un contexte de réduction des subventions publiques à destination des APN, celles-ci peuvent « considérer les financements issus des mesures compensatoires comme un moyen pour pérenniser leurs actions »¹⁵⁴¹. Toutefois, la raréfaction ou la disparition de ces sources publiques de financement est susceptible de remettre en cause l'existence même de cette association, et donc d'entraîner sa défaillance dans la réalisation des prestations qu'elle s'est engagée à accomplir.

Lorsque l'opérateur de compensation écologique ou le prestataire de service environnemental est une personne publique (collectivité territoriale, Conservatoire du littoral, etc.) ou certaines sociétés privées détenues par des personnes publiques, comme la CDC

¹⁵⁴⁰ BAYLE M., « Un phénomène traditionnel : la pérennité et la vulnérabilité du protecteur d'espaces naturels », in GIRAUDEL C. (dir), *La protection conventionnelle des espaces naturels, étude de droit comparé de l'environnement*, PULIM, 2000, p. 73 et s.

¹⁵⁴¹ LEVREL H. et al., « Application de la séquence éviter-réduire-compenser en France : le principe d'additionnalité mis à mal par 5 dérives », préc., §. n° 13 ; La participation à un projet de réalisation de mesures compensatoires par une APN confirme ce contrat. Pour des raisons de confidentialité, aucune référence ne pourra être fournie.

Biodiversité, le risque de défaillance financière peut sembler *a priori* limité. Indépendamment de leur nature publique ou privée, l'opérateur de compensation écologique ou le prestataire de service environnemental peuvent toutefois être défaillants dans l'exécution de leurs obligations. Or, comme nous l'avons précédemment vu, la réalisation de mesures compensatoires, ou la mise en œuvre d'un paiement pour service environnemental, peut reposer sur une pluralité de contrats qui organisent non seulement la réalisation de mesures de gestion écologique, mais également l'affectation d'un bien en faveur de la réalisation de ces mesures. Par conséquent, la défaillance de l'un des cocontractants peut aboutir à remettre en cause la réalisation de la mesure compensatoire ou de la prestation de service environnemental dans sa globalité.

373. Le contrat tenant lieu de loi entre les parties¹⁵⁴², le refus d'exécuter, la mauvaise exécution ou l'interruption de l'exécution d'une obligation contractuelle engage la responsabilité de la partie défaillante. Selon ce qui a été convenu par les parties au moment de la signature du contrat, le cocontractant lésé pourra refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de son obligation, poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation, obtenir une réduction du prix, provoquer la résolution du contrat ou bien encore demander réparation des conséquences de l'inexécution¹⁵⁴³. De la même manière, le litige ainsi constitué pourra être résolu soit de manière amiable, soit de manière judiciaire. À titre d'exemple, le contrat-type de pollinisation proposé par la Fédération Nationale du Réseau de Développement Apicole stipule en effet qu'« en cas de retard dans le paiement de la prestation une pénalité sera appliquée conformément au taux légal en vigueur »¹⁵⁴⁴. Le co-contractant défaillant ne pourra s'exonérer de sa responsabilité qu'à la condition de prouver que l'inexécution de son obligation résulte d'une cause étrangère (catastrophes naturelles ou biologiques, vandalisme, conditions météorologiques particulières, etc.)¹⁵⁴⁵. Les parties peuvent prévoir dans les contrats qu'« en cas de force majeure les parties sont dégagées de leurs obligations réciproques »¹⁵⁴⁶.

374. Dans le cas où le prestataire de service environnemental, l'opérateur de compensation écologique ou de site naturel de compensation privé feraient faillite, le sort des contrats conclus

¹⁵⁴² Art. 1193 et s. du C. civ.

¹⁵⁴³ Art. 1217 et s. du C. civ.

¹⁵⁴⁴ V. sur ce point, en annexe : Contrat-type « CONTRAT DE LOCATION DE COLONIES D'ABEILLES POUR LA POLLINISATION EN ARBORICULTURE », préc.

¹⁵⁴⁵ Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

¹⁵⁴⁶ *Ibid.*

sera déterminé dans le cadre des dispositions du Code de commerce. En matière de compensation écologique, l'autorité administrative compétente est juridiquement indifférente au sort de l'opérateur de compensation. Celle-ci pourra néanmoins intervenir pour sanctionner d'un retrait de son agrément l'opérateur de site naturel de compensation qui aurait manqué à l'une de ses obligations prévues à l'article D. 163-8 du Code de l'environnement¹⁵⁴⁷. Dans une telle hypothèse, l'article D. 163-7 du Code de l'environnement se contente seulement de prévoir une obligation d'informer les maîtres d'ouvrage ayant acquis des unités de compensation de cette procédure de retrait. Selon les dispositions de l'article L. 163-1 II du Code de l'environnement, le maître d'ouvrage reste, dans tous les cas, seul responsable à l'égard de l'autorité administrative compétente de la mise en œuvre des mesures de compensatoires qui lui ont été prescrites. En cas de défaillance de l'opérateur de compensation ou de site naturel de compensation, il reviendra au maître d'ouvrage de proposer à l'autorité administrative compétente une solution de substitution pour la réalisation de ses mesures compensatoires. Si la défaillance du débiteur de l'obligation de compenser ne compromet pas la pérennité de l'autorisation administrative qui lui a été délivrée, celui-ci s'expose néanmoins à des sanctions administratives dans le cas où les mesures compensatoires ne seraient plus mises en œuvre¹⁵⁴⁸. Dans une telle hypothèse, nous pouvons supposer que l'autorité administrative compétente fera preuve d'une certaine tolérance vis-à-vis du débiteur de l'obligation de compenser avant la mise en œuvre des sanctions administratives prévues à l'article L. 163-4 du Code de l'environnement. Si l'opérateur de compensation écologique défaillant n'est pas responsable de l'échec des mesures compensatoires auprès de l'autorité administrative qui a prescrit une obligation de compenser, sa responsabilité pourra en revanche être recherchée sur le plan contractuel par son cocontractant débiteur d'une obligation de compenser. En prévision de cette hypothèse, les parties peuvent librement prévoir des clauses contractuelles imposant le versement par l'opérateur de compensation ou de site naturel de compensation d'une indemnisation visant à compenser les préjudices subis par le débiteur d'une obligation de compenser du fait de la résiliation du contrat, ou bien encore que les terrains supports de mesures compensatoires soient laissés à la disposition du maître d'ouvrage pour que celui-ci puisse continuer de satisfaire son obligation le temps de trouver une solution de substitution¹⁵⁴⁹.

¹⁵⁴⁷ Art. D. 163-7 du C. env.

¹⁵⁴⁸ Art. L. 163-4 du C. env.

¹⁵⁴⁹ Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

375. Afin de sécuriser au mieux la mise en œuvre des mesures compensatoires et des prestations de services environnementaux en limitant les risques de défaillances, la loi ou les parties peuvent exiger la mise en place d'un système de garanties financières.

B.- LES MODALITÉS DE SÉCURISATION DES OPÉRATIONS DE GESTION DE LA BIODIVERSITÉ

376. Afin de se prémunir contre la défaillance financière du débiteur d'une obligation de compenser, le Code de l'environnement donne la possibilité à l'autorité administrative compétente d'imposer à celui-ci de constituer des garanties financières (1). En pratique, les parties peuvent également prévoir contractuellement, en dehors de toute obligation, la constitution de telles garanties dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux (2).

1.- L'obligation légale de constituer des garanties financières en matière de compensation écologique

377. La constitution de garanties financières est une technique juridique relativement ancienne, qui permet de se garantir contre le risque d'insolvabilité du débiteur. Marthe Lucas révèle la création à Lyon au XVII^e de la première chambre de compensation¹⁵⁵⁰, dont la fonction était de « [prémunir] les intervenants contre le risque de défaillance en cascade, dans l'hypothèse où l'un d'entre eux ne serait pas en mesure de respecter ses engagements »¹⁵⁵¹. Afin de réduire les risques d'interruptions de paiement, le législateur peut imposer à des professionnels de souscrire des garanties financières. En droit de l'environnement, la loi n° 93-3 du 4 janvier 1993 relative aux carrières est venue subordonnée « les installations définies par décret en Conseil d'Etat présentant des risques importants de pollution ou d'accident, des carrières et des installations de stockage de déchets [...] à la constitution de garanties financières »¹⁵⁵². Ces garanties permettent de s'assurer que les agents économiques soient en mesure d'assumer la prise en charge intégrale des coûts relatifs aux mesures de prévention et

¹⁵⁵⁰ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 3.

¹⁵⁵¹ NEUVILLE S., *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, Paris, 2005, p. 76, cité par LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 3.

¹⁵⁵² Art. 2 de la loi n° 93-3 du 4 janvier 1993 relative aux carrières, JO du 4 janvier 1993, p. 233 ; désormais codifié aux art. L. 516-1 et L. 516-2 du C. env.

de réparation des dommages causés à l'environnement par leur activité. Dans le même sens, la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale enjoint aux États membres de prendre « des mesures visant à encourager le développement, par les agents économiques et financiers appropriés, d'instruments et de marchés de garantie financière, y compris des mécanismes financiers couvrant les cas d'insolvabilité, afin de permettre aux exploitants d'utiliser des instruments de garantie financière pour couvrir les responsabilités qui leur incombent en vertu de la présente directive »¹⁵⁵³. Dans le même sens, l'UICN reconnaissait qu'« alors que la réglementation en matière d'exploitation de carrières prévoit la consignation [des sommes réservées à la compensation], le code de l'environnement ne prévoit pas une mesure similaire pour les autres aménagements. Il serait sans doute opportun afin de conserver la mémoire des mesures compensatoires et d'assurer la mise en œuvre effective de ces mesures, que ce dispositif de consignation soit étendu »¹⁵⁵⁴. Plus encore, l'OCDE a pu également proposer, dans le même sens, de généraliser la constitution de « garanties financières » afin d'assurer la « permanence » des mesures de compensation écologique¹⁵⁵⁵.

378. Issu de la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, l'article L. 163-4 du Code de l'environnement permet à présent à l'autorité administrative compétente d'obliger toute personne soumise à une obligation de mettre en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité à constituer des garanties financières. La doctrine a pu souligner, sur ce point, une ambiguïté sur le champ d'application de ces dispositions, notamment sur la question de savoir si l'objet de ces garanties financières, qui concerne « la réalisation des mesures de compensation », se limite « à l'opération d'ingénierie écologique initiale » ou englobe également « les frais de gestion et de suivi »¹⁵⁵⁶.

De surcroît, il peut sembler étonnant que seul le débiteur d'une obligation de compenser soit tenu de constituer des garanties financières, et non pas également l'opérateur de compensation choisi par lui. À propos des opérateurs de sites naturels de compensation, l'article D. 163-1 du Code de l'environnement se contente seulement d'exiger de la personne qui souhaite obtenir un agrément de site naturel de compensation qu'elle dispose notamment des « capacités techniques et financières nécessaires à la mise en œuvre des mesures de

¹⁵⁵³ Art. 14 de la Directive 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, préc.

¹⁵⁵⁴ UICN France, *La compensation écologique : État des lieux et recommandations*, préc., p. 23.

¹⁵⁵⁵ OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 92.

¹⁵⁵⁶ DUPONT V., LUCAS M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc. pp. 162-163.

compensation des atteintes à la biodiversité définies à l'article L. 163-1 [du C. env.] de manière anticipée et mutualisée ». Compte tenu des coûts importants de création d'un site naturel de compensation, associés au caractère incertain de la vente d'unité de compensation, cette lacune paraît préoccupante pour la pérennité du dispositif. Notre analyse de deux demandes d'agrément, en tant que site naturel de compensation, soumises à consultation du public, révèle qu'aucune référence relative à l'existence de garanties financières n'a été introduite par les demandeurs dans leurs dossiers, ni exigée par le Ministère de la transition écologique et solidaire à l'occasion des demandes d'informations complémentaires¹⁵⁵⁷.

Plus encore, le Code de l'environnement ne précise pas les modalités de constitution de ces garanties. En matière d'ICPE, les garanties financières exigées par l'article L. 516-1 du Code de l'environnement peuvent être constituées par l'exploitant selon des modalités strictement prévues par décret. Ces garanties peuvent ainsi notamment faire l'objet, soit d'un engagement écrit d'un établissement de crédit, d'une entreprise d'assurance ou d'une société de caution mutuelle, d'une consignation entre les mains de la Caisse des dépôts et consignations, d'un fonds de garantie géré par l'Agence de l'environnement et de la maîtrise de l'énergie ou encore d'un fonds de garantie privé¹⁵⁵⁸. En cas de manquement du débiteur de l'obligation de compenser aux obligations de garanties financières, celui-ci s'expose au paiement d'une amende, à l'application d'une procédure de consignation des sommes nécessaires à la réalisation des mesures compensatoires prescrites ou encore à des poursuites pénales¹⁵⁵⁹. En pratique, l'analyse d'un échantillon d'arrêtés portant autorisation environnementale révèle, qu'en dehors des autorisations environnementales en matière d'ICPE, pour lesquelles la constitution de garanties financières est obligatoire, la constitution de ces garanties est rarement exigée par l'autorité administrative pour les projets nécessitant des mesures compensatoires¹⁵⁶⁰.

¹⁵⁵⁷ Dossier de demande d'agrément n° 400288, en tant que site naturel de compensation, du site de Mare à Palfour, préc. ; Dossier de demande d'agrément n° 509962, en tant que site naturel de compensation, du domaine de Cossure, préc.

¹⁵⁵⁸ Art. R. 516-2 I du C. env.

¹⁵⁵⁹ Art. L. 163-4 al. 6 du C. env.

¹⁵⁶⁰ Préfet du Rhône, Arrêté préfectoral du 2 août 2019 portant autorisation environnementale d'exploiter une plateforme logistique pour le stockage de marchandises diverses non dangereuses par la société W LIFE située ZAC Lybertec - lots 5,6 et 7 à BELLEVILLE-EN-BEAUJOLAIS ; Préfet de l'Isère, arrêté n° 38-2019-01-14-004 du 14 janvier 2019 portant autorisation environnementale au titre du L.181-1 et suivants du Code de l'Environnement concernant l'aménagement de l'A480 et de l'échangeur du Rondeau dans la traversée de Grenoble ; Préfet du Rhône, Arrêté du 9 février 2018 portant autorisation environnementale d'exploiter un entrepôt logistique par la société BARJANE située ZAC Lybertec (lot 8) à BELLEVILLE ; le constat dressé a été confirmé lors d'un entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, préc.

2.- La possibilité de constituer des garanties financières sur une base volontaire

379. Si l'exigence de constituer des garanties financières est plutôt rare en matière de compensation écologique, il peut arriver en pratique que les contrats de compensation contiennent des clauses qui exigent la constitution de garanties de paiements correspondant à tout ou partie des sommes devant être versées pour la réalisation de mesures concernées¹⁵⁶¹. De surcroît, la constitution de garanties financières, que celles-ci soient imposées légalement ou contractuellement, peut se doubler d'assurances individuelles. À titre d'exemple, dans le cadre de la fiducie, le Code civil dispose que le fiduciaire est responsable sur son patrimoine propre des fautes qu'il commet dans l'exercice de sa mission¹⁵⁶². Dès lors, Thibault Soleilhac souligne qu'en pratique « l'exercice de l'activité fiduciaire suppose de contracter une assurance spéciale individuelle ou collective distincte de la [Responsabilité Civile Professionnelle] ordinaire et couvrant contre les conséquences pécuniaires de sa responsabilité civile professionnelle à raison des négligences et fautes commises dans l'exercice de sa mission fiduciaire »¹⁵⁶³.

380. À la différence des compensations écologiques, les conséquences liées de la défaillance de l'un, ou de l'autre, des co-contractants impliqués dans la mise en œuvre d'un paiement pour service environnemental semblent *a priori* moindres d'un point de vue matériel et/ou financier. La durée des contrats, les moyens humains et financiers, de même que le montant des contreparties financières, s'avèrent le plus souvent moins importants dans le cadre d'un paiement pour service environnemental que d'une compensation écologique. Comme nous l'avons précédemment démontré, l'interruption de l'exécution d'une obligation contractuelle engage en principe la responsabilité de la partie défaillante¹⁵⁶⁴. L'expérimentation de « paiements pour services environnementaux » menée par les agences de l'eau révèle toutefois que la défaillance du fournisseur de service environnemental n'entraîne pas le versement de dommages et intérêts, mais seulement une annulation de l'aide accordée annuellement¹⁵⁶⁵. Dès lors, aucune garantie financière n'est exigée par les agences de l'eau auprès des exploitants agricoles qui souhaitent bénéficier de ce dispositif. Ce faisant, cette expérimentation se rapproche, dans son fonctionnement, des mesures agro-environnementales et climatiques et des

¹⁵⁶¹ Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

¹⁵⁶² Art. 2026 du C. civ.

¹⁵⁶³ SOLEILHAC T., « La fiducie environnementale », préc., pp. 35-38.

¹⁵⁶⁴ V. supra. §. n° 373.

¹⁵⁶⁵ Entretien réalisé le 20 août 2020 auprès de Mme Nathalie Marty, préc.

aides Natura 2000. Dans le cadre d'une MAEC, le non-respect par le bénéficiaire de ses obligations au titre de la mesure concernée s'expose en effet à une réduction du montant des sommes versées, à un refus de renouvellement de celles-ci ou au remboursement de tout ou partie des paiements indûment sollicités ou perçus¹⁵⁶⁶. En cas d'inexécution par le cocontractant de ses engagements souscrits dans le cadre d'un contrat Natura 2000, d'opposition à un contrôle ou de fausse déclaration, l'autorité administrative compétente pourra suspendre, réduire ou supprimer tout ou partie des aides prévues au contrat, voire résilier celui-ci¹⁵⁶⁷.

381. Afin de pallier les risques de défaillance du fournisseur de service environnemental liés à des risques naturels ou à des interventions humaines, l'OCDE recommande le recours à des « mécanismes d'assurance » ou de « fonds d'urgence »¹⁵⁶⁸. Par analogie avec le Fonds de Garantie des Assurances Obligatoires de dommages (FGAO)¹⁵⁶⁹, le Fonds de Garantie des Victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions (FGTI)¹⁵⁷⁰, ou encore le Fonds de garantie des risques liés à l'épandage agricole des boues d'épuration urbaines ou industrielles¹⁵⁷¹, nous pourrions ainsi envisager la création dans le Code des assurances d'un Fonds de garantie biodiversité (FGB). Obligatoire, celui-ci pourrait être alimenté par les contributions versées dans le cadre notamment d'opérations de compensation écologique ou de paiements pour services environnementaux. Ce fonds pourrait ainsi constituer un moyen de garantir, sur le long terme, la disponibilité des sommes versées dans le cadre d'un paiement pour services environnementaux, ou de la réalisation de mesures de compensation écologique. Celui-ci pourrait ainsi être utilisé pour indemniser les préjudices subis par les débiteurs d'une obligation de compenser, opérateurs de compensation ou encore prestataires de services environnementaux, du fait de la défaillance de leur créancier. En outre, les sommes prélevées pourraient constituer une solution pour augmenter le coût des mesures compensatoires, et ainsi inciter les maîtres d'ouvrages à privilégier les mesures d'évitement et de réduction¹⁵⁷². Dans la mesure où l'Office français de la biodiversité est chargé notamment d'appuyer les acteurs socio-économiques et associations de protection de l'environnement dans leurs actions en faveur de la biodiversité¹⁵⁷³, nous pourrions envisager la gestion de ce fonds de garantie lui soit confiée.

¹⁵⁶⁶ Art. D. 341-12 et s. du C. env.

¹⁵⁶⁷ Art. L. 414-3 I et R. 414-15-1 du C. env.

¹⁵⁶⁸ OCDE, *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, préc., p. 71.

¹⁵⁶⁹ Art. L. 421-1 et s. du Code des assurances.

¹⁵⁷⁰ Art. L. 422-1 et s. du Code des assurances.

¹⁵⁷¹ Art. L. 425-1 du Code des assurances.

¹⁵⁷² V. supra. §. n° 345 et s.

¹⁵⁷³ Art. L. 131-9 I du C. env.

382. Si la pérennité des mesures compensatoires et des prestations de services environnementaux peut être garantie par le contrat, la gestion de la biodiversité gagnerait également à ce que les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux fassent l'objet d'une approche juridique plus systémique.

SECTION 2.- LE NÉCESSAIRE DÉVELOPPEMENT D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

383. Les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux semble se heurter, en pratique, à une absence de vision intégrée et à long terme des enjeux soulevés par leur mise en œuvre. Non seulement les approches juridiques envisagent peu leur articulation entre eux, mais également à l'égard d'autres instruments et techniques juridiques mobilisables à des fins environnementales. L'articulation entre les compensations écologiques et les paiements pour services environnementaux et les instruments juridiques de planification offre la possibilité d'assurer une cohérence et une meilleure efficacité dans la mise en œuvre de ces dispositifs (§1). La compensation écologique et les paiements pour services environnementaux étant (en principe) susceptibles de générer une additionnalité écologique sur les terrains où ils sont mis en œuvre, il conviendra d'envisager les solutions juridiques permettant de tirer le meilleur parti des gains écologiques obtenus (§2).

§1.- L'INTÉGRATION CROISSANTE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LES DOCUMENTS DE PLANIFICATION

384. La planification s'impose comme un instrument juridique classique structurant au service de la déclinaison et de la mise en cohérence des politiques publiques. Que certains documents de planification aient ou non un objet environnemental, il est intéressant de relever l'intégration croissante, dans leur contenu, des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Encore insuffisamment exploitée, l'articulation entre documents de planification, compensations écologiques et paiements pour services environnementaux mérite d'être explicitée et renforcée afin d'améliorer l'efficacité écologique de ces dispositifs. Nous nous intéresserons dès lors successivement à l'intégration des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux dans la planification environnementale (A) ainsi que dans la planification de l'urbanisme (B).

A.- L'INTÉGRATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LA PLANIFICATION ENVIRONNEMENTALE

385. La planification environnementale peut s'entendre de l'ensemble des documents de planification qui relèvent du Code de l'environnement. Parmi la diversité des instruments de planification, certains d'entre eux sont, en particulier, susceptibles d'intéresser la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux et d'en améliorer l'efficacité. Sont notamment concernés les schémas issus de la planification de l'eau (1), ainsi que les schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, en ce qu'ils ont absorbé les anciens schémas régionaux de cohérence écologique précédemment régis par le Code de l'environnement (2).

1.- L'intégration hétérogène des instruments économiques dans la planification de l'eau

386. Indispensable à la vie et aux activités humaines, l'eau possède une importance stratégique, dans la mesure où « qui maîtrise l'eau, maîtrise aussi l'évolution des territoires tant l'eau est un élément structurant de l'espace qu'elle traverse »¹⁵⁷⁴. Dès lors, il n'est pas surprenant que la planification en matière d'eau occupe une place assez singulière au sein des instruments de planification. Qualifiée d'« exemplaire »¹⁵⁷⁵, la planification de la gestion et de la préservation de la ressource en eau résulte de la loi sur l'eau du 3 janvier 1992¹⁵⁷⁶. Elle repose sur un découpage du territoire métropolitain en sept grands bassins hydrographiques¹⁵⁷⁷. Le bassin est défini par la directive européenne 2000/60/CE du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau comme « toute zone dans laquelle toutes les eaux de ruissellement convergent à travers un réseau de rivières, fleuves et éventuellement de lacs vers la mer, dans laquelle elles se déversent par une seule embouchure, estuaire ou delta »¹⁵⁷⁸. Ces circonscriptions administratives, délimitées en fonction de critères écologiques, s'appuient sur une gouvernance organisée autour d'une pluralité de structures administratives : Comité national de l'eau, préfet coordinateur de bassin, Comités de bassin,

¹⁵⁷⁴ HERNANDEZ-ZAKINE C., « La planification de l'eau : expression, nouvelle d'une publicisation de la gestion de l'espace rural », préc., p. 182.

¹⁵⁷⁵ *Ibid.*, p. 183.

¹⁵⁷⁶ Loi n° 92-3 du 3 janvier 1992 sur l'eau, JO du 4 janvier 1992, p. 187.

¹⁵⁷⁷ Adour-Garonne, Artois-Picardie, Loire-Bretagne, Rhin-Meuse, Rhône-Méditerranée, Seine-Normandie et Corse.

¹⁵⁷⁸ Art. 2 de la Directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau, préc.

Agences de l'eau, Commissions locales de l'eau, etc.¹⁵⁷⁹. Chaque bassin hydrographique ou groupement de bassins hydrographiques bénéficie de documents de planification propres : d'une part, un ou plusieurs Schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE) et, d'autre part, une pluralité de Schémas d'aménagement et de gestion des eaux (SAGE) à l'échelle des sous-bassins ou des groupements de sous-bassins.

387. Au nombre de sept, les SDAGE fixent les objectifs de qualité et de quantité des eaux ainsi que les orientations permettant de garantir une gestion équilibrée et durable de la ressource en eau¹⁵⁸⁰. Ces derniers s'imposent, dans un rapport de compatibilité, à l'égard de certains documents de planification : SAGE¹⁵⁸¹, les objectifs et les règles générales des SRADDET¹⁵⁸² et les SCoT¹⁵⁸³. La mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux étant susceptible d'avoir des incidences positives comme négatives sur les objectifs et orientations des SDAGE, ces documents de planification peuvent être amenés à encadrer et/ou encourager leur utilisation sur le territoire qu'ils couvrent. Selon l'article L. 212-1 XI du Code de l'environnement, les programmes et les décisions administratives dans le domaine de l'eau doivent en effet être compatibles, ou rendus compatibles, avec les dispositions des SDAGE. Sont ainsi notamment concernées les autorisations individuelles délivrées en application de la législation sur l'eau. Dès lors, l'autorité administrative qui prescrit des mesures compensatoires devra respecter les objectifs et orientations des SDAGE sur le territoire duquel se situent les activités, installations, ouvrages ou travaux. Le juge administratif a pu ainsi annuler un arrêté portant autorisation au titre de l'article L. 214-3 du Code de l'environnement au motif que celui-ci n'était pas compatible avec les dispositions d'un SDAGE¹⁵⁸⁴. Néanmoins, cette décision fut annulée par le Conseil d'État qui précisa en 2018 la méthode jurisprudentielle à adopter pour apprécier ce rapport de compatibilité¹⁵⁸⁵.

¹⁵⁷⁹ V. notamment en ce sens : art. L. 213-1 et s. du C. env ; VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 432 et s. ; PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 407 et s.

¹⁵⁸⁰ Art. L. 212-1 du C. env.

¹⁵⁸¹ Art. L. 212-3 du C. env.

¹⁵⁸² Art. L. 4251-2 du CGCT.

¹⁵⁸³ Art. L. 131-1 et s. du C. urb.

¹⁵⁸⁴ CAA de Lyon, 16 déc. 2016, req. n° 15LY03104, 15LY03144.

¹⁵⁸⁵ CE, 21 nov. 2018, SNC Roybon Cottages, n° 408175 : « pour apprécier cette compatibilité, il appartient au juge administratif de rechercher, dans le cadre d'une analyse globale le conduisant à se placer à l'échelle de l'ensemble du territoire couvert, si l'autorisation ne contrarie pas les objectifs qu'impose le schéma, compte tenu des orientations adoptées et de leur degré de précision, sans rechercher l'adéquation de l'autorisation au regard chaque disposition ou objectif particulier ».

388. D'un SDAGE à l'autre, l'intégration des dispositifs de compensation écologique, ainsi que de paiements pour services environnementaux, est toutefois très variable. À propos des compensations écologiques, Marthe Lucas a pu relever que, modeste en 1996, la place qui leur était accordée a été significativement renforcée dans les SDAGE adoptés en 2009 pour la programmation 2010-2015¹⁵⁸⁶. L'hétérogénéité dans la manière dont sont appréhendées les compensations écologiques, constatée par l'auteur entre les SDAGE de la programmation 2010-2015¹⁵⁸⁷, se confirme également sur la période 2016-2021¹⁵⁸⁸. Si l'ensemble des SDAGE issus de programmation 2016-2021 ont en commun de rappeler l'importance du respect de la hiérarchie Éviter-Réduire-Compenser, de requérir une équivalence en termes de fonctionnalités (et pour certains de biodiversité) située en priorité sur le même bassin versant et d'exiger des ratios compensatoires compris entre 150% et 200% des superficies détruites, certains schémas se montrent toutefois plus ambitieux que d'autres.

Le SDAGE Rhône Méditerranée 2016-2021 se montre, en particulier, très disert et exigeant en matière de compensation écologique. La disposition 2-01 du SDAGE Rhône Méditerranée 2016-2021 insiste sur la nécessité de « mettre en œuvre de manière exemplaire la séquence "éviter-réduire-compenser" ». Bien qu'adopté antérieurement à la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, ce SDAGE formalise en substance les principaux critères et objectifs aujourd'hui codifiés à l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement. Il précise en effet que « les mesures compensatoires doivent être envisagées en priorité sur le site impacté ou à proximité de celui-ci afin de garantir sa fonctionnalité de manière pérenne, dans une logique d'équivalence écologique au regard des impacts résiduels du projet. L'équivalence écologique fait référence à la nature et au fonctionnement des compartiments écologiques affectés. Lorsqu'il n'est pas possible de compenser les impacts résiduels du projet sur le site impacté ou à proximité de celui-ci, pour des raisons techniques ou de coûts disproportionnés, des mesures compensatoires peuvent être envisagées sur d'autres milieux aux caractéristiques écologiques équivalentes à celles impactées (autres tronçons de cours d'eau, secteurs littoraux pertinents, hydro-écorégion pertinente...), préférentiellement dans le même sous bassin [...] ou dans un sous bassin adjacent. Les mesures compensatoires doivent viser au moins le maintien de la

¹⁵⁸⁶ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 507.

¹⁵⁸⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸⁸ SDAGE Adour-Garonne 2016-2021, approuvé par arrêté du 1^{er} décembre 2015 ; SDAGE Artois-Picardie 2016-2021, approuvé par arrêté du 23 novembre 2015 ; SDAGE Loire-Bretagne 2016-2021, approuvé par arrêté du 18 novembre 2015 ; SDAGE Rhin-Meuse 2016-2021, approuvé par arrêté du 30 novembre 2015 ; SDAGE Rhône Méditerranée 2016-2021, approuvé par arrêté du 3 décembre 2015 ; SDAGE Seine-Normandie 2016-2021, approuvé par arrêté du 1^{er} décembre 2015, annulé par juge du TA de Paris pour vice de forme (TA de Paris, 19 décembre 2018, req. n° 1608547/4-1).

qualité telle qu'évaluée dans l'état initial. Un gain par rapport à l'état initial peut être recherché pour les milieux déjà dégradés »¹⁵⁸⁹. De surcroît, le champ d'application des enjeux environnementaux devant être pris en compte par les services de l'État dans le cadre du régime des IOTA, des ICPE et des travaux miniers se montre particulièrement étendu¹⁵⁹⁰. Le SDAGE Seine-Normandie 2016-2021 se montre également intéressant, car plus restrictif. Celui-ci impose que les mesures compensatoires proposées par le maître d'ouvrage prévoient « la récréation ou la restauration de zones humides, cumulativement : équivalente sur le plan fonctionnel ; équivalente sur le plan de la qualité de la biodiversité ; dans le bassin versant de la masse d'eau. En dernier recours, et à défaut de la capacité à réunir les trois critères listés précédemment, la compensation porte sur une surface égale à au moins 200 % de la surface, sur le même bassin versant ou sur le bassin versant d'une masse d'eau à proximité »¹⁵⁹¹.

389. En dépit d'une intégration significative de la compensation écologique dans les SDAGE sur la période 2016-2021, de fortes disparités subsistent dans l'encadrement de leur mise en œuvre. Si le contenu de ces schémas est fonction des caractéristiques propres à chaque bassin hydrographique, il semble toutefois difficile de justifier de telles différences concernant notamment les ratios d'équivalence (selon les SDAGE, la compensation minimale doit être à hauteur de 100%, 150% ou 200% de la surface détruite), la localisation des mesures (même bassin versant de la masse d'eau impactée, même sous-bassin ou bassin/sous bassin versant adjacent, « même territoire de SAGE que la destruction »¹⁵⁹²). Il est également possible de regretter que l'objet de ces schémas soit trop limité pour encadrer plus fortement la mise en œuvre de la compensation écologique. Comme le soulignent Pierre Boyer et Florence Denier-

¹⁵⁸⁹ Orientation fondamentale 2, disposition 2-01 du SDAGE Rhône Méditerranée 2016-2021, préc., pp. 54-55.

¹⁵⁹⁰ Les enjeux environnementaux identifiés sont notamment : « l'état et les objectifs des masses d'eau impactées directement ou indirectement ; les milieux qui ne constituent pas spécifiquement des masses d'eau (petits cours d'eau ou plans d'eau, zones humides, annexes fluviales...) mais qui participent aux équilibres naturels nécessaires au bon état d'une ou plusieurs masses d'eau ; les milieux à biodiversité remarquable (espèces menacées, réservoirs biologiques, cours d'eau en très bon état écologique...) ; les zones protégées (sites Natura 2000, les eaux de baignade, les eaux de production conchylicoles, les captages d'eau potable et les masses d'eau stratégiques pour l'alimentation en eau potable...) ; les principales continuités écologiques (axes migrateurs, trames verte et bleue des schémas régionaux de cohérence écologique...) ; les services rendus en termes de production de biodiversité, d'expansion des crues, de préservation de la qualité d'eau pour l'alimentation en eau potable, assurés par les milieux aquatiques et les milieux terrestres qui en dépendent directement (ripisylves, boisements alluviaux et prairies inondables notamment) ; les têtes de bassin versant compte tenu de leur importance au plan de la qualité de l'eau et des équilibres hydro-sédimentaires ; les espaces de bon fonctionnement des milieux aquatiques tels que définis par l'orientation fondamentale n°6A ; les cumuls d'impact, prévisibles ou constatés, liés à l'augmentation de l'utilisation de la ressource » : *Ibid.*, p. 55.

¹⁵⁹¹ SDAGE Loire-Bretagne 2016-2021, préc., pp. 106-107.

¹⁵⁹² SDAGE Artois-Picardie 2016-2021, préc., p. 96.

Pasquier, les SDAGE (et les SAGE) se limitent, de par leur objet, « à prescrire de manière claire, précise, proportionnée et contrôlable des dispositions de fond, orientations fondamentales ou objectifs généraux d'aménagement et de gestion, applicables sur tout ou partie du bassin » afin d'éviter la survenance de « dangers et inconvénients majeurs pour la gestion équilibrée et durable de l'eau »¹⁵⁹³. Ces auteurs ajoutent que ces documents de planification ne peuvent « juridiquement comprendre de disposition procédurale [...] de nature à modifier le contenu d'une procédure réglementaire établie au niveau national [...]. En d'autres termes, c'est uniquement en fonction des dispositions de fond que le SDAGE ou le SAGE peut indirectement influencer le contenu factuel d'une étude environnementale »¹⁵⁹⁴. De surcroît, nous pouvons regretter que le Conseil d'État ait réduit, dans un arrêt du 21 novembre 2018, « SNC Roybon Cottages », la portée de l'obligation de compatibilité des SDAGE. Celui-ci rappelle, tout d'abord, que les autorisations administratives délivrées dans le domaine de l'eau doivent être compatibles, et non conformes, avec les dispositions du SDAGE. Il énonce, ensuite, que le juge administratif doit apprécier la compatibilité des autorisations délivrées au titre de la législation de l'eau avec les orientations et les objectifs d'un SDAGE en procédant à « une analyse globale [...] sans rechercher l'adéquation de l'autorisation au regard [de] chaque disposition ou objectif particulier »¹⁵⁹⁵. Dès lors, le fait qu'un arrêté portant autorisation au titre de l'article L. 214-3 du Code de l'environnement ne soit pas compatible avec les dispositions d'un SDAGE (en l'espèce un ratio d'équivalence à hauteur au minimum de 100% de la surface détruite) ne peut suffire à justifier, à lui seul, l'annulation de l'arrêté litigieux. Clef de voûte de la planification de l'eau, le régime des SDAGE ne dispose pas des moyens juridiques suffisants pour limiter (voire empêcher) les atteintes à l'eau causées par les installations, les ouvrages, travaux et activités et encadrer la mise en œuvre des compensations écologiques.

390. Si la compensation écologique est à présent largement intégrée dans la planification de l'eau, la place des paiements pour services environnementaux dans les SDAGE est encore très limitée. La mise en œuvre de l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux » ayant été confiée aux agences de l'eau, il est surprenant de constater que la planification de l'eau soit très peu présente dans les principales études consacrées au

¹⁵⁹³ BOYER P., DENIER-PASQUIER F., « Planifications aquatiques. SDAGE. SAGE », *J.-Cl. Env.*, Fasc. 2930, 20 févr. 2020, note n° 121.

¹⁵⁹⁴ *Ibid.*

¹⁵⁹⁵ CE, 21 nov. 2018, SNC Roybon Cottages, req. n° 408175.

déploiement des paiements pour services environnementaux en droit interne¹⁵⁹⁶. Seule est soulignée la nécessité de mettre en cohérence les objectifs des PSE avec les orientations définies par les différents instruments de planification territoriale comportant des aspects environnementaux existants sur le territoire tels que : les schémas régionaux de cohérence écologique (SRCE), les schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité du territoire (SRADDET), la stratégie régionale de biodiversité (SRB), les schémas directeurs d'aménagement et de gestion des eaux (SDAGE)¹⁵⁹⁷. Au moment de l'approbation des SDAGE 2016-2021, en 2015, le Gouvernement n'avait en effet pas encore exprimé publiquement sa volonté d'expérimenter la mise en place de paiements pour services environnementaux. Dès lors, l'intégration de ces dispositifs dans les SDAGE sur la période 2016-2021 est due à la sensibilité de certains comités de bassin sur ces questions.

391. Le SDAGE Seine-Normandie 2016-2021 se révèle particulièrement intéressant dans la mesure où il relève que les mesures agro-environnementales de la PAC n'offrent pas de garanties suffisantes en termes de pérennité, demeurent insuffisamment incitatives, s'inscrivent dans un cadre juridique trop contraignant et leur efficacité écologique demeure difficile à démontrer¹⁵⁹⁸. Les paiements pour services environnementaux sont explicitement mentionnés par la disposition L 2.186 du SDAGE Seine-Normandie, qui encourage « le développement de solidarités à un niveau local, entre les territoires aval qui bénéficient de services environnementaux (ralentissement des crues, ressource de bonne qualité...) et les territoires amont qui rendent ces services doit être encouragé. Dans ce cadre, des expérimentations de contractualisation avec paiement pour services environnementaux pourraient être développées,

¹⁵⁹⁶ V. notamment sur ce point : DUVAL L. et al., *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., 135 p. ; DUVAL L. et al., *Guide à destination des services de l'État et de ses opérateurs : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture. Étude réalisée pour le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation*, Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, déc. 2019, 42 p. ; DUVAL L. et al., *Guide à destination des acteurs privés : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture. Étude réalisée pour le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation*, Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, déc. 2019, 65 p. ; DUVAL L. et al., *Guide à destination des collectivités territoriales : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture. Étude réalisée pour le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation*, Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, déc. 2019, 68 p.

¹⁵⁹⁷ DUVAL L. et al., *Guide à destination des services de l'État et de ses opérateurs : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture*, préc., p. 22 ; DUVAL L. et al., *Guide à destination des acteurs privés : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture*, préc., p. 16 ; DUVAL L. et al., *Guide à destination des collectivités territoriales : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture*, préc., p. 18.

¹⁵⁹⁸ SDAGE Seine-Normandie 2016-2021, préc., p. 39.

notamment entre les collectivités responsables de la distribution d'eau et la profession agricole en vue de protéger les aires d'alimentation des captages d'eau potable »¹⁵⁹⁹.

Moins sévère dans son constat que le SDAGE Seine-Normandie 2016-2021, le SDAGE Rhin-Meuse 2016-2021 relève que « Bien que jugées parfois peu ambitieuses, [les mesures agroenvironnementales et climatiques] sont considérées comme particulièrement utiles et efficaces sur le terrain »¹⁶⁰⁰. Il ajoute que « le développement de solidarités à un niveau local, entre les territoires aval qui bénéficient de services environnementaux (ralentissement des crues, ressource de bonne qualité, etc.) et les territoires amont qui mettent en œuvre des modalités spécifiques de gestion visant à rendre ces services doit être recherché. Dans ce cadre, des expérimentations de contractualisation avec paiement pour services environnementaux pourraient être encouragées, par exemple entre les collectivités responsables de la distribution d'eau et la profession agricole et forestière pour des actions de gestion particulières visant à protéger les captages d'eau potable »¹⁶⁰¹. La protection des zones de captages destinées à l'alimentation en eau potable constitue en effet un des enjeux prioritaires des SDAGE. Classiquement, leur protection est possible par la mobilisation des crédits issus des programmes de développement rural régionaux (PDRR) destinés à accompagner des changements de pratiques ou des investissements en vue de réduire les pollutions dues aux nitrates et aux pesticides d'origine agricole, la maîtrise foncière des sites concernés (acquisition, baux ruraux, etc.) ou encore l'instauration de servitudes d'utilité publique¹⁶⁰². Moins coûteux à mettre en œuvre que l'acquisition foncière, et plus souples que les PDRR ou le régime des baux, les paiements pour services environnementaux pourraient s'imposer comme une solution privilégiée pour la protection de la ressource en eau. Il n'est en effet pas surprenant que ces dispositifs, qui sont étroitement liés à l'activité agricole, aient été captés par les instruments de planification de l'eau et l'expérimentation de leur mise en œuvre confiée aux agences de l'eau.

392. À titre d'exemple, sur le fondement de l'action 24 du Plan national biodiversité, un « Appel à initiatives "Expérimentation de paiements pour services environnementaux - PSE" » a été lancé entre novembre 2019 et janvier 2020 par l'Agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse. L'agence de l'eau finance jusqu'à 70%, sur les territoires des bassins Rhône-

¹⁵⁹⁹ *Ibid.*, p. 239.

¹⁶⁰⁰ Orientation T3 - O7.4.1 - D3 du SDAGE Rhin-Meuse 2016-2021, Orientations fondamentales et dispositions, TOME 4, p. 123.

¹⁶⁰¹ Orientation T6 - O2.2 – D5 du SDAGE Rhin-Meuse 2016-2021, préc., p. 197.

¹⁶⁰² Art. L. 1321-2 du Code de la santé publique.

Méditerranée et Corse, la mise en place de « projets de territoires » (animation territoriale de montage du projet et études préalables). Les projets territoriaux identifiés doivent répondre aux objectifs du SDAGE et de son programme de mesures (PDM) et être situés sur des « espaces à enjeux » pour l'atteinte du bon état écologique sur les bassins Rhône-Méditerranée et Corse : « les projets situés, en tout ou partie, sur une aire d'alimentation de captage prioritaire (AAC) ; les projets territoriaux situés, en tout ou partie, sur les ressources stratégiques pour l'alimentation en eau potable et les zones de sauvegarde associées ; les projets territoriaux situés, en tout ou partie, sur des territoires cohérents à forts enjeux biodiversité liés à la trame bleue et plus particulièrement à forts enjeux de restauration du fonctionnement des milieux aquatiques et humides ; les projets territoriaux situés, en tout ou partie, sur des territoires cohérents à forts enjeux biodiversité liés à la trame turquoise »¹⁶⁰³. Ces projets pourront être portés par les acteurs essentiellement publics : collectivités (communes, départements) et leurs groupements (établissement public de coopération intercommunale), syndicats mixtes ou établissements publics (EPTB, EPAGE, PNR, syndicats de rivière...), Office de l'Environnement de Corse et syndicats de production ou de distribution d'eau potable¹⁶⁰⁴. Au total, 21 projets ont été sélectionnés sur les 30 qui ont été proposés : 3 dossiers en Bourgogne Franche-Comté, 1 dossier en Grand-Est, 7 dossiers sur 10 en AURA, 6 dossiers sur 8 en Occitanie et 4 dossiers sur 8 en PACA¹⁶⁰⁵. L'opérationnalisation des paiements pour services environnementaux, par l'intermédiaire des agences de l'eau, confirme ainsi les incidences de la planification de l'eau sur l'espace rural¹⁶⁰⁶. Si leur intégration dans les SDAGE est encore limitée, l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux » confirme que cette absence n'est pas un frein à leur développement. Dans le cas où cette expérimentation viendrait à perdurer, une mise en cohérence des dispositions relatives à ces dispositifs serait bienvenue, afin d'éviter une trop grande hétérogénéité dans leur définition et leurs modalités d'application.

¹⁶⁰³ Art. 2.3 du Règlement relatif à l'appel à initiatives Expérimentation de paiements pour services environnementaux – PSE initié par l'Agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse.

¹⁶⁰⁴ *Ibid.*, Art. 2.2.

¹⁶⁰⁵ Agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse, Paiements pour services environnementaux (PSE), Bilan de la sélection des candidats suite à l'appel à initiatives (AAI).

¹⁶⁰⁶ HERNANDEZ-ZAKINE C., « La planification de l'eau : expression, nouvelle d'une publicisation de la gestion de l'espace rural », préc., pp. 177-207.

2.- L'identification limitée des espaces à enjeux écologiques dans les schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires

393. En raison des difficultés des maîtres d'ouvrages et pétitionnaires à trouver des terrains adaptés pour leur projets et/ou leurs mesures compensatoires, la compensation est le plus souvent réalisée au grès des opportunités foncières. Marthe Lucas n'a ainsi pas manqué de souligner l'imparfaite localisation de la compensation écologique qui en découle¹⁶⁰⁷, dans la mesure où ces choix d'opportunités entraînent une dispersion des mesures compensatoires et un éloignement des sites impactés qui nuit à leur efficacité, en complexifie la gestion et la pérennisation¹⁶⁰⁸. Encore peu développées, les banques de compensation se heurtent également, dans leur mise en œuvre, au respect du critère de proximité ou d'équivalence écologique. Un rapport rendu dans le cadre de la commission du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité a pourtant relevé que « des terres de bonne qualité, parce qu'elles sont situées à proximité des zones impactées par un projet d'infrastructure, sont fréquemment utilisées pour la compensation tandis que dans le même temps, des friches industrielles ou agricoles, situées à quelques kilomètres, demeurent abandonnées »¹⁶⁰⁹. Par conséquent, il préconise de « réduire l'empreinte de la compensation sur les terres agricoles les plus productives »¹⁶¹⁰ en étudiant la mise en œuvre des mesures de compensation en priorité « sur des terres non ou moins productives, notamment les délaissés et les friches, qu'elles soient agricoles, industrielles, ou commerciales »¹⁶¹¹. Dès lors, la mise en œuvre de la compensation écologique pourrait gagner à ce que soient identifiés, d'une part, des espaces à enjeux écologiques et, d'autre part, des espaces auxquels il convient de ne pas porter atteinte. Ces espaces à enjeux écologiques, utilisables en matière de compensation écologique, pourraient également être utilisés dans le cadre de la mise en œuvre paiements pour services environnementaux. Plutôt que d'être réalisées en ordre dispersé, les actions de restauration, de réhabilitation, de préservation et de gestion de la « biodiversité » pourraient ainsi être ciblées et coordonnées entre elles sur le long terme selon les enjeux propres à chaque territoire.

¹⁶⁰⁷ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 451.

¹⁶⁰⁸ *Ibid.*, p. 454.

¹⁶⁰⁹ DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 124.

¹⁶¹⁰ *Ibid.*, p. 89.

¹⁶¹¹ *Ibid.*, p. 90.

394. De nombreuses réflexions se sont déjà appuyées sur l'idée d'un découpage du territoire en fonction de sa capacité à fournir des services écosystémiques¹⁶¹². En Europe, nous pouvons ainsi citer l'initiative Mapping and Assessment of Ecosystems and their Services (MAES)¹⁶¹³ ou bien encore, en France, l'Évaluation française des écosystèmes et des services écosystémiques (EFESE). Selon Geneviève Barnaud, écologue, « les écosystèmes sont à considérer comme des infrastructures "naturelles" à intégrer aux stratégies d'aménagement du territoire, au même titre que des infrastructures "classiques" (autoroutes, lignes à grande vitesse, stations d'épuration, endiguements, etc.) »¹⁶¹⁴. En France, l'identification de ces espaces est encore très embryonnaire, mais demeure à l'étude. En effet, l'article 70 de la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a confié à l'Agence française pour la biodiversité la mission de réaliser, en coordination avec les autorités locales compétentes 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 ». Toutefois le recensement n'a encore à ce jour pas été effectué par l'AFB, renommée depuis Office français de la biodiversité¹⁶¹⁵.

En l'absence d'inventaire national de ces espaces, le rapport rendu dans le cadre de la commission du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité révèle des perspectives intéressantes. Il défend un renforcement du rôle des régions dans la structuration des politiques relatives à la séquence « ERC », « notamment à travers les schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET), qui intègrent désormais les schémas régionaux de cohérence écologique (SRCE) »¹⁶¹⁶. Il ajoute que ces schémas peuvent jouer un rôle « pour mieux connaître et localiser les secteurs à éviter au moment de la réalisation de projets d'aménagement » et identifier « des zones à fort potentiel de restauration écologique susceptibles d'être utilisées pour la mise en œuvre de mesures de compensation » situées « en priorité sur des zones cohérentes avec la trame verte et bleue »¹⁶¹⁷.

¹⁶¹² BARNAUD G., « La restauration écologique des zones humides, une longue saga », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 199.

¹⁶¹³ V. notamment en ce sens : EUROPEAN COMMISSION, *Mapping and Assessment of Ecosystems and their Services. An analytical framework for mapping and assessment of ecosystem condition in EU. Discussion paper – Final January 2018*, Office of the European Union, Luxembourg, 2018, 75 p.

¹⁶¹⁴ BARNAUD G., « La restauration écologique des zones humides, une longue saga », préc., p. 199.

¹⁶¹⁵ Art. 1 de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019, préc.

¹⁶¹⁶ DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 123.

¹⁶¹⁷ *Ibid.*

395. Créé par l'article 10 de la loi NOTRe, le SRADDET participe d'une double volonté de réécriture des anciennes dispositions relatives au Schéma régional d'aménagement et de développement durable du territoire (SRADT) et de mise en cohérence, de simplification et de rationalisation de la planification régionale en absorbant plusieurs documents sectoriels préexistants dans un seul et unique schéma de référence. Institué il y a plus de trente ans par l'article 34 de la loi du 7 janvier 1983¹⁶¹⁸, le « schéma régional d'aménagement et de développement du territoire » (SRADT) ne constituait qu'un document d'aménagement dont l'élaboration était facultative, et dépourvu de tout caractère contraignant dans la mesure où les orientations et les objectifs n'avaient pas à être pris en compte dans les documents locaux d'urbanisme. De surcroît, la multiplication des documents sectoriels de planification rendait totalement illisibles les orientations stratégiques relatives aux grandes politiques publiques au niveau régional, formant « un corpus juridique disparate, cloisonné et particulièrement complexe »¹⁶¹⁹. L'article 13 III de la loi NOTRe acte ainsi l'absorption par le SRADDET de six documents de planification : le schéma régional d'aménagement et de développement du territoire (SRADT)¹⁶²⁰, le schéma régional des infrastructures et des transports (SRIT)¹⁶²¹, le schéma régional de l'intermodalité (SRI)¹⁶²², le schéma régional du climat, de l'air et de l'énergie (SRCAE)¹⁶²³, le plan régional de prévention des déchets (PRPD)¹⁶²⁴, ainsi que le schéma régional de cohérence écologique (SRCE)¹⁶²⁵. Le SRCE n'était initialement pas au nombre des documents absorbés par le SRADDET, cette exclusion a suscité de nombreux débats parlementaires. Il semblait en effet difficilement compréhensible de ne pas intégrer la prise en compte des continuités écologiques dans un document relatif à l'aménagement durable du territoire, d'autant plus que la région se voyait dans le même temps confier le rôle de chef de file en matière de protection de la biodiversité. En imposant aux futurs SRADDET de ne reprendre que « les éléments essentiels » du contenu des documents auquel il a vocation à se substituer, l'ordonnance du 27 juillet 2016¹⁶²⁶ a pu laisser laisser craindre, faute de précision

¹⁶¹⁸ Loi « Defferre » n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les départements, les régions et l'Etat, préc.

¹⁶¹⁹ Étude d'impact de la loi NOTRe, 10 juin 2014, p. 40.

¹⁶²⁰ Régi par l'article 34 de la loi « Defferre » n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les départements, les régions et l'Etat, préc.

¹⁶²¹ Art. L. 1213-1 du Code des transports (ancien).

¹⁶²² Art. L. 1213-3-1 du Code des transports (ancien).

¹⁶²³ Art. L. 222-1 du C. env. (ancien).

¹⁶²⁴ Art. L. 541-13 du C. env. (ancien).

¹⁶²⁵ Art. L. 371-3 du C. env. (ancien).

¹⁶²⁶ Ord. n° 2016-1028 du 27 juillet 2016 relative aux mesures de coordination rendues nécessaires par l'intégration dans le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires, des schémas

sur le sens à donner à la notion d'« éléments essentiels », un risque de recul important pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques¹⁶²⁷.

396. Jusqu'à présent, le SRCE se caractérisait en effet par un contenu relativement exhaustif, qui comprenait : un diagnostic du territoire régional et une présentation des enjeux relatifs à la préservation et à la remise en bon état des continuités écologiques à l'échelle régionale, un volet présentant les continuités écologiques retenues pour constituer la Trame Verte et Bleue régionale et identifiant les réservoirs de biodiversité et les corridors qu'elles comprennent, un plan d'action stratégique, un atlas cartographique comportant la TVB mentionnée, un dispositif de suivi et d'évaluation, et enfin un résumé non technique¹⁶²⁸. Selon l'article R. 4251-1 du CGCT, le SRADDET sera composé de *seulement* trois éléments : un rapport consacré aux objectifs du schéma illustrés par une carte synthétique, un fascicule regroupant des règles générales organisé en chapitres thématiques et des documents annexes. L'ordonnance du 27 juillet 2016, ainsi que son décret d'application du 3 août 2016¹⁶²⁹, ont toutefois apporté certaines garanties quant à la reprise par les SRADDET des éléments essentiels des SRCE¹⁶³⁰.

En revanche, en contrepartie de la simplification du contenu des SRCE consécutive à leur intégration dans les SRADDET, leur opposabilité à l'égard des documents d'urbanisme

régionaux sectoriels mentionnés à l'article 13 de la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 portant nouvelle organisation territoriale de la République, JO du 28 juillet 2016, texte n° 29.

¹⁶²⁷ GILLIOCQ Th., COULOMBIE H., « Le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) - À propos des articles 10 et 13 de la loi NOTRE », *JCPA* 2016, n° 12, p. 2070.

¹⁶²⁸ Art. L. 371-3 alinéa 7 du C. env. (dans sa version antérieure à l'ordonnance n° 2016-1028 du 27 juillet 2016), et art. R. 371-25 du C. env.

¹⁶²⁹ Décret n° 2016-1071 du 3 août 2016 relatif au schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires.

¹⁶³⁰ Tout d'abord, le SRADDET doit définir « les enjeux régionaux en matière de préservation et de remise en bon état des continuités écologiques, en association avec le [comité régional de la biodiversité] et en prenant en compte les orientations nationales pour la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques mentionnées à l'article L. 371-2 [du Code de l'environnement] » : Art. L. 371-3 II du C. env.

Ensuite, les objectifs de protection et de restauration de la biodiversité du schéma contenus dans le rapport devront être fondés sur l'identification des espaces formant la TVB et sur une analyse des enjeux régionaux relatifs à la préservation et à la remise en bon état des continuités écologiques : Art. R. 4251-6 du CGCT.

Plus encore, les règles générales contenues dans le fascicule devront permettre « le rétablissement, le maintien ou l'amélioration de la fonctionnalité des milieux nécessaires aux continuités écologiques », et seront assorties à cette fin notamment de l'indication des actions de gestion, d'aménagement ou d'effacement des éléments de fragmentation, ainsi que des mesures conventionnelles et des mesures d'accompagnement permettant d'atteindre les objectifs de préservation et de remise en bon état de la fonctionnalité des continuités écologiques : Art. R. 4251-11 du CGCT.

Enfin, les annexes du SRADDET comporteront les principaux éléments constitutifs du SRCE (diagnostic, définition des enjeux, plan d'action stratégique, atlas cartographique) : Art. R. 4251-13 du CGCT.

n'est pas pour autant renforcée. Si les SCoT n'étaient tenus précédemment que de prendre en compte les SRCE¹⁶³¹, ceux-ci doivent à présent être compatibles avec les règles générales du fascicule des SRADDET¹⁶³². Nous pouvons toutefois regretter que les SCoT doivent seulement prendre en compte les objectifs des SRADDET¹⁶³³ et que les principaux éléments constitutifs du SRCE, situés en annexe des SRADDET, ne soient pas opposables à l'égard des documents d'urbanisme (SCoT, PLU et cartes communales), des plans de déplacements urbains (PDU), des plans climat-air-énergie territoriaux (PCAET) et des chartes des parcs naturels régionaux¹⁶³⁴. Et ce, malgré la tentative bienvenue de simplification et de rationalisation de la hiérarchie des normes d'urbanisme qui n'a pas été menée à son terme dans ce domaine¹⁶³⁵. En dépit des possibilités offertes par les SRADDET pour la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux, celles-ci restent en grande partie sous-utilisées. L'analyse réalisée sur onze SRADDET métropolitains a en effet révélé, qu'en dépit de leur objet environnemental relativement¹⁶³⁶, aucun d'entre eux n'intègre la question des paiements pour services environnementaux¹⁶³⁷.

397. Si les régions disposent de marges de manœuvres significatives pour l'élaboration de leurs schémas, les dispositions relatives à la mise en œuvre et à l'intégration des compensations

¹⁶³¹ Art. L. 131-2 du C. urb.

¹⁶³² Art. L. 131-1 du C. urb. ; Sur ce point, nous précisons que trois niveaux d'opposabilité peuvent exister entre une norme dite supérieure et une norme dite inférieure, du plus contraignant au moins contraignant. La conformité représente le rapport normatif le plus exigeant, dans la mesure où elle implique une similitude entre l'objet de la norme inférieure et l'objet de la norme supérieure. Lorsqu'un document doit être conforme à une norme supérieure, l'autorité qui l'établit ne dispose d'aucune marge d'appréciation. Dès lors, elle doit reproduire à l'identique dans sa décision la norme supérieure, sans possibilité d'adaptation. Le rapport de compatibilité est essentiellement un rapport de non-contrariété entre deux normes. Il en résulte que la norme inférieure peut s'éloigner de la norme supérieure, à condition de ne pas en contredire les orientations fondamentales. Rapport normatif le moins exigeant, la prise en compte impose de « ne pas s'écarter des orientations fondamentales sauf, sous le contrôle du juge, pour un motif tiré de l'intérêt [de l'opération] et dans la mesure où cet intérêt le justifie » (CE, 28 juill. 2004, req. n° 256511). Il vise à assurer que deux normes d'origine différente ne s'ignorent pas, afin d'assurer la cohérence de l'ensemble, sans pour autant imposer une coordination trop stricte.

¹⁶³³ Art. L. 131-2 du C. urb.

¹⁶³⁴ Art. L. 4251-3 du CGCT.

¹⁶³⁵ MEYNAUD-ZEROUAL A., « Remonter à la source du droit de l'urbanisme », *Dr. adm.*, 2020, n° 8-9, étude 11.

¹⁶³⁶ Le SRADDET « fixe les objectifs de moyen et long termes sur le territoire de la région en matière d'équilibre et d'égalité des territoires, d'implantation des différentes infrastructures d'intérêt régional, de désenclavement des territoires ruraux, d'habitat, de gestion économe de l'espace, d'intermodalité, de logistique et de développement des transports de personnes et de marchandises, de maîtrise et de valorisation de l'énergie, de lutte contre le changement climatique, de pollution de l'air, de protection et de restauration de la biodiversité, de prévention et de gestion des déchets » : art. L. 4251-1 du CGCT.

¹⁶³⁷ Auvergne-Rhône-Alpes, Bourgogne-Franche-Comté, Bretagne, Centre-Val de Loire, Grand Est, Hauts-de-France, Normandie, Nouvelle-Aquitaine, Occitanie, Pays de la Loire et Provence-Alpes-Côte d'Azur.

écologiques dans les stratégies d'aménagement du territoire demeurent limitées. Il apparaît pourtant indispensable d'appuyer la mise œuvre des mesures compensatoires et des paiements pour services environnementaux, *a minima*, sur les réservoirs de biodiversité régionaux, les continuités écologiques retenues pour constituer la trame verte et bleue régionale ainsi que les corridors interrégionaux¹⁶³⁸. Les SRADDET Centre-Val de Loire, Nouvelle-Aquitaine et Auvergne-Rhône-Alpes présentent néanmoins une certaine spécificité, dans la mesure où ils identifient respectivement, dans leur carte synthétique, des « milieux naturels et agricoles à préserver/restaurer », « espaces naturels, agricoles et forestiers à préserver » et corridors écologiques à « préserver ou restaurer selon leur fonctionnalité écologique ». Ambitieux, l'objectif 3.2. du SRADDET Auvergne-Rhône-Alpes propose également d'identifier, *a minima* à l'échelle des Schémas de cohérence territoriale (SCoT), des « zones potentielles de compensation » situées en priorité « sur des zones artificialisées et des fonciers dégradés avec un potentiel de renaturation (friches urbaines et industrielles) »¹⁶³⁹. Si cette initiative doit être soulignée, elle interroge néanmoins d'un point de vue écologique, dans la mesure où les terrains les plus dégradés ne sont pas forcément les plus adaptés pour accueillir des mesures compensatoires. Les friches industrielles peuvent en effet constituer des lieux privilégiés pour le retour d'espèces végétales et animales parfois remarquables, telles que certaines espèces de coléoptères¹⁶⁴⁰. Enfin, l'effectivité de cet objectif, qui renvoie aux documents d'urbanisme la charge d'identifier ces espaces, nous semble par conséquent limitée.

398. Alors que l'intégration des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux se révèle croissante dans la planification environnementale, celle-ci est en revanche plus limitée dans les instruments issus de la planification d'urbanisme.

¹⁶³⁸ V. notamment, à propos des compensations écologiques et de la trame verte et bleue : DUPONT L., « Compensation écologique et trame verte et bleue : une combinaison à explorer pour la biodiversité », *RJE*, 4/2017, pp. 649-658.

¹⁶³⁹ Rapport d'objectifs du SRADDET Auvergne-Rhône-Alpes, adopté par le Conseil régional lors de sa session des 19 et 20 décembre 2019, p. 111.

¹⁶⁴⁰ Entretien réalisé le 15 mai 2020 auprès de Me. Emmanuel Wormser, Avocat au barreau de Lyon.

B.- L'INTÉGRATION LIMITÉE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LA PLANIFICATION D'URBANISME

399. Dédié à l'encadrement de « l'utilisation qui est faite du sol »¹⁶⁴¹, c'est-à-dire leur affectation, leur protection et leur esthétique¹⁶⁴², le droit de l'urbanisme a pour objet de concilier des objectifs économiques, sociaux et environnementaux divergents¹⁶⁴³. Bien que leur mise en œuvre influence l'usage des sols et soit en mesure de participer à l'objectif de « préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des sites, des milieux et paysages naturels » assigné à l'action des collectivités publiques en matière d'urbanisme¹⁶⁴⁴, les paiements pour services environnementaux demeurent absents du droit et des pratiques en matière d'urbanisme. Si la compensation écologique bénéficie d'une place plus significative, celle-ci reste néanmoins encore limitée. L'analyse des instruments issus de la planification d'urbanisme révèle que les perspectives offertes pour encadrer et/ou faciliter la mise en œuvre de la compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sont assez largement sous-utilisées **(1)**. Compte tenu du manque d'effectivité de la compensation écologique en droit de l'urbanisme, nous envisagerons ainsi les perspectives offertes par l'objectif « zéro artificialisation nette » **(2)**.

1.- La sous-exploitation des perspectives offertes par la planification d'urbanisme pour la mise en œuvre des instruments économiques

400. Le Code de l'urbanisme soumet à évaluation environnementale un certain nombre de documents d'urbanisme limitativement énumérés aux articles L. 104-1 et L. 104-2 du Code de l'urbanisme : les directives territoriales d'aménagement et de développement durables, le schéma directeur de la région d'Ile-de-France, les schémas de cohérence territoriale (SCoT), les prescriptions particulières de massif, les schémas d'aménagement régionaux des régions d'outre-mer ainsi que le plan d'aménagement et de développement durable de Corse¹⁶⁴⁵. Sont également concernés les plans locaux d'urbanisme (PLU) ainsi que les cartes communales susceptibles d'avoir, respectivement, des « effets notables » ou des « incidences notables » sur

¹⁶⁴¹ Art. L. 101-3 du C. urb.

¹⁶⁴² KALFLECHE G., *Droit de l'urbanisme*, PUF, 2^{ème} éd., 2018, p. 24.

¹⁶⁴³ Art. L. 101-2 du C. urb.

¹⁶⁴⁴ *Ibid.*

¹⁶⁴⁵ Art. L. 104-1 du C. urb.

l'environnement¹⁶⁴⁶. L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme est un processus notamment constitué d'un « rapport de présentation des documents d'urbanisme » qui décrit et évalue les incidences notables que peut avoir le document sur l'environnement, présente les mesures envisagées pour éviter, réduire et, dans la mesure du possible, compenser ces incidences négatives et expose les raisons pour lesquelles, notamment du point de vue de la protection de l'environnement, parmi les partis d'aménagement envisagés, le projet a été retenu¹⁶⁴⁷. Bien que la compensation écologique constitue une nécessité en matière de documents d'urbanisme¹⁶⁴⁸, celle-ci reste encore « peu et difficilement appliquée » en pratique¹⁶⁴⁹. Parmi les raisons qui expliquent ce décalage, le guide du CGDD relatif à l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme énonce que « dans le cadre d'un document d'urbanisme, lorsqu'une personne publique responsable d'un document délimite une zone urbaine ou à urbaniser elle n'est pas, en soi, responsable [...] des compensations requises pour les projets à venir qui s'implanteront, ou non, ultérieurement dans la zone considérée »¹⁶⁵⁰.

Les documents d'urbanismes envisagent ainsi le plus souvent seulement les mesures prévues pour éviter ou réduire leurs incidences sur l'environnement, et rarement les mesures destinées à compenser leurs effets négatifs. Pourtant, certains choix en matière d'urbanisme, notamment des changements de choix du zonage, peuvent avoir des conséquences certaines sur l'environnement. Au lieu de cela, les documents d'urbanisme renvoient le plus souvent aux porteurs de projets la responsabilité de prévoir, dans le cas où une évaluation environnementale serait exigée, les mesures envisagées pour éviter les incidences négatives notables probables sur l'environnement, réduire celles qui ne peuvent être évitées et compenser celles qui ne peuvent être ni évitées ni réduites. Or, bien que la construction d'habitations individuelles constitue l'un des principaux facteurs de consommation d'espaces naturels ou semi-naturels¹⁶⁵¹,

¹⁶⁴⁶ Art. L. 104-2 du C. urb.

¹⁶⁴⁷ Art. L. 104-4 du C. urb.

¹⁶⁴⁸ DROBENKO B., « Évaluation environnementale des documents d'urbanisme : entre enjeux et méthodes », *RFDA*, n° 4, 2008, p. 640.

¹⁶⁴⁹ Entretien réalisé le 6 mai 2020 auprès de M. Gabriel Ullmann, préc. ; V. également sur ce point : CGDD, *Guide de l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme. Une démarche au service de la qualité des documents d'urbanisme*, nov. 2019, p. 35 ; VAN LANG A., « L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme après la loi Grenelle II : une nouvelle couche de vert ? », *RDI*, n° 3, 2013 p. 138 ;

¹⁶⁵⁰ COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Fiche méthode 9. Les mesures d'évitement, de réduction et de compensation*, nov. 2019, p. 6.

¹⁶⁵¹ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 248 et s.

ces projets échappent le plus souvent à évaluation environnementale car situés en dessous des seuils et critères fixés par le Code de l'environnement¹⁶⁵².

Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas avait ainsi pu souligner que, sous réserve de disposer d'une habilitation législative, les documents d'urbanisme « pourraient ouvrir la possibilité de prescrire des mesures compensatoires pour les autorisations non soumises à étude d'impact ou encore exiger, en cas d'atteintes écologiques, une compensation en nature respectant, en priorité, les critères d'équivalence et d'additionnalité »¹⁶⁵³. En effet, une telle possibilité n'est pas envisageable au regard du droit positif dans la mesure où un PLU ne peut imposer de soumettre la délivrance d'une autorisation individuelle à une formalité qui n'aurait pas été prévue par le législateur. Si la proposition formulée par l'auteure n'a pas encore été consacrée, le droit de l'urbanisme offre cependant un certain nombre de marges de manœuvre pour renforcer la mise en œuvre des compensations écologiques.

401. En effet, si aucune disposition du Code de l'urbanisation n'envisage explicitement la possibilité pour les documents d'urbanisme d'encadrer la mise en œuvre de la compensation écologique, rien n'interdit en pratique que le document d'orientation et d'objectifs (DOO) des SCoT ou le règlement des PLU établissent des prescriptions relatives à l'utilisation des sols qui renforceraient la prise en compte des incidences de certains projets sur l'environnement et/ou les exigences relatives aux mesures compensatoires. Le DOO du SCoT des Rives du Rhône prescrit ainsi, en compatibilité avec le SDAGE Rhône-Méditerranée-Corse, que les atteintes aux zones humides ou l'altération de leurs fonctions causées par la réalisation d'un projet doivent être compensées par la création de nouvelles zones humides, situées prioritairement dans le même bassin versant, en visant une valeur guide de 200% de la surface perdue¹⁶⁵⁴. Ce même document impose également, dans son rapport de présentation, que « Tous les projets soumis à étude d'impact environnemental systématique, et consommant plus de 1 ha de foncier agricole devront être soumis à une étude d'impact agricole et à la mise en place du processus Eviter/Réduire/Compenser lors de leur dépôt de permis de construire, ou de demande d'autorisation »¹⁶⁵⁵. Ces dispositions, plus exigeantes que celles contenues dans le Code de l'environnement, offrent une marge de manœuvre importante permettant aux collectivités territoriales de renforcer la mise en œuvre des compensations écologiques.

¹⁶⁵² Tableau annexé à l'art. R. 122-2 du C. env.

¹⁶⁵³ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 520.

¹⁶⁵⁴ SCoT des Rives du Rhône, *Document d'Orientation et d'Objectifs (DOO)*, 28 nov. 2019, p. 75.

¹⁶⁵⁵ SCoT des Rives du Rhône, *Rapport de présentation Partie 3/3*, 28 nov. 2019, p. 153.

402. Plus encore, l'ordonnance n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 a autorisé le document d'orientation et d'objectifs des SCoT à imposer, en fonction des circonstances locales, la réalisation d'une évaluation d'environnementale préalablement à la réalisation de toute ouverture à l'urbanisation d'un secteur nouveau¹⁶⁵⁶. L'ouverture à l'urbanisation (classement en zone U ou AU) d'une zone précédemment non urbanisable est en effet subordonnée à une modification ou à une révision du plan local d'urbanisme ou, à défaut de PLU, de la carte communale en vigueur. Le plus souvent, la modification ou la révision de ces documents ne font l'objet d'une évaluation environnementale qu'en application d'une procédure d'examen au cas par cas¹⁶⁵⁷. Dans la mesure où certaines ouvertures à urbanisation peuvent ainsi échapper à évaluation environnementale, les dispositions introduites par l'ordonnance du 23 septembre 2015 offrent ainsi une possibilité intéressante pour renforcer la prise en compte des préoccupations d'environnement dans les PLU et les cartes communales.

403. Enfin, les documents d'urbanisme pourraient également être utilisés au service de l'identification, de la mise en cohérence et de la pérennisation des mesures compensatoires¹⁶⁵⁸. Comme le souligne le guide du CGDD relatif à l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme, ceux-ci peuvent être utilisés pour « planifier la compensation, on parlera ainsi de territorialisation de la compensation »¹⁶⁵⁹. Cette dernière est définie comme « l'action d'évaluer de façon anticipée le besoin en compensation des futurs projets à l'échelle d'un territoire pertinent, qui peut être celui du document d'urbanisme »¹⁶⁶⁰. En l'absence de disposition relative à cette démarche dans le Code de l'urbanisme, celle-ci peut néanmoins se concrétiser, en pratique, « par la réservation d'espaces ou zonages dédiés à la compensation environnementale des projets au sein des documents d'urbanisme »¹⁶⁶¹. Le législateur impose en effet que le DOO des SCoT détermine des « espaces et sites naturels, agricoles, forestiers ou urbains à protéger dont il peut définir la localisation ou la délimitation » ainsi que « les

¹⁶⁵⁶ Art. 16 de l'ord. n° 2015-1174 du 23 septembre 2015 relative à la partie législative du livre Ier du code de l'urbanisme, JO du 24 septembre 2015, p. 16803, texte n° 23 ; codifié à l'art. L. 101-2 du C. urb. (aujourd'hui art. L. 141-9 du C. urb.).

¹⁶⁵⁷ Art. L. 104-2 et R. 104-8 et s. du C. urb.

¹⁶⁵⁸ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 127.

¹⁶⁵⁹ COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Fiche méthode 9. Les mesures d'évitement, de réduction et de compensation*, préc., 2019, p. 7.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶⁶¹ *Ibid.*

modalités de protection des espaces nécessaires au maintien de la biodiversité et à la préservation ou à la remise en bon état des continuités écologiques »¹⁶⁶². Ces dispositions peuvent se révéler pratiques pour encadrer la mise en œuvre des compensations écologiques et faciliter celle des paiements pour services environnementaux. Le droit de l'urbanisme offre en effet la possibilité d'identifier, dans les SCoT, des milieux naturels auxquels les projets ou activités ne pourront pas porter atteinte. À titre d'exemple, le DOO du SCoT des Rives du Rhône prescrit que le maintien des corridors écologiques d'enjeu régional et d'enjeu local « implique une protection stricte rendant inconstructibles les corridors écologiques et les coupures vertes sur lesquelles s'appuient ces axes de déplacements de la faune »¹⁶⁶³.

Plus encore, il pourrait également être envisagé d'identifier dans les documents d'urbanisme, en s'appuyant sur les SDAGE et les SRADDET, des espaces situés dans des zones à forts enjeux écologiques (sites dégradés et/ou pollués, espaces urbanisés, ruptures de continuités écologiques, écosystèmes fragilisés, adaptation au changement climatique, etc.). Depuis la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, les PLU peuvent d'ores et déjà « classer en espaces de continuités écologiques des éléments des trames verte et bleue [...] qui sont nécessaires à la préservation ou à la remise en bon état des continuités écologiques »¹⁶⁶⁴. Rien n'interdit toutefois de mettre en place, dans les SCoT et PLU, des zonages qui ne seraient pas seulement limités à la préservation ou à la remise en bon état des continuités écologiques, mais seraient plus largement dédiés à la reconquête de la biodiversité et des écosystèmes. La compensation des effets des documents d'urbanisme sur l'environnement étant encore peu appliquée, il pourrait ainsi être prévu par les SCoT que l'ouverture à l'urbanisation soit contrebalancée, dans les PLU, par l'identification de zone(s) naturelle(s) ou de zone(s) de « reconquête » de la biodiversité au moins équivalente(s) d'un point de vue qualitatif et surfacique. Les espaces ainsi identifiés pourraient être reconnus comme des lieux à privilégier pour l'instauration de nouveaux projets d'infrastructure ou d'aménagement ainsi que pour la réalisation de mesures compensatoires qui leur sont associées, mais également pour la mise en œuvre de dispositifs de paiements pour services environnementaux. Il apparaîtrait également nécessaire d'intégrer dans les documents de planification d'urbanisme les sites naturels de compensation afin d'assurer, non seulement une meilleure cohérence des mesures compensatoires, mais également de pérenniser ces sites en les prémunissant contre d'éventuels projets d'aménagements futurs. Potentiellement implantés sur le long terme, ces espaces

¹⁶⁶² Art. L. 141-10 du C. urb.

¹⁶⁶³ SCoT des Rives du Rhône, *Document d'Orientation et d'Objectifs (DOO)*, préc., p. 66.

¹⁶⁶⁴ Art. L. 113-29 du C. urb.

peuvent en effet réciproquement contraindre ou être contraints par les politiques d'aménagement du territoire. Une fois les espaces de « reconquête » de la biodiversité et des écosystèmes restaurés ou réhabilités, il pourrait être envisagé de garantir leur pérennité en utilisant les outils offerts par le droit de l'urbanisme : classement/reclassement de ces espaces en zone N, en espaces boisés classés¹⁶⁶⁵, en espaces de continuités écologiques¹⁶⁶⁶, ou bien encore de recourir à l'acquisition de ces terrains dans le cadre de la compétence des départements en matière d'espaces naturels sensibles (ENS)¹⁶⁶⁷.

404. Les documents d'urbanisme offrent ainsi de nombreuses potentialités pour encadrer et/ou faciliter la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et des paiements pour services environnementaux. Compte tenu de la difficulté à enrayer les processus d'artificialisation des sols, le Gouvernement plébiscite à cette fin la création d'un nouvel objectif « zéro artificialisation nette », dont la portée juridique reste encore (très) limitée.

2.- L'absence de portée juridique de l'objectif « zéro artificialisation nette »

405. Dès 2011, la Commission européenne soulignait, dans sa Feuille de route « Pour une Europe efficace dans l'utilisation des ressources », l'importance de « mettre un terme d'ici à 2050 à l'augmentation nette de la surface de terres occupée »¹⁶⁶⁸. Cette ambition sera reprise, en France, dans l'action 10 du Plan Biodiversité présenté le 4 juillet 2018 par Nicolas Hulot, alors ministre de la Transition écologique et solidaire. Ce Plan s'appuie notamment sur un objectif « zéro artificialisation nette », qui vise à obtenir un équilibre, à l'échelle des territoires, entre les surfaces urbanisées et les surfaces libérées de l'urbanisation¹⁶⁶⁹. L'idée sous-jacente n'est donc pas d'empêcher l'aménagement et la construction, mais d'imposer que l'urbanisation de surfaces soit compensée par des mesures de restauration écologiques réalisées sur des espaces artificialisés. Cette démarche réitère ainsi l'intérêt d'identifier des espaces de

¹⁶⁶⁵ Art. L. 113-1 et s. du C. urb.

¹⁶⁶⁶ Art. L. 113-29 et s. du C. urb.

¹⁶⁶⁷ V. infra. §. n° 416.

¹⁶⁶⁸ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, *Feuille de route pour une Europe efficace dans l'utilisation des ressources*, préc.

¹⁶⁶⁹ « Nous définirons, en concertation avec les parties prenantes, l'horizon temporel à retenir pour atteindre l'objectif "zéro artificialisation nette" et la trajectoire pour y parvenir progressivement. Les collectivités, à l'occasion du renouvellement de leurs documents d'urbanisme, devront se fixer un objectif de maîtrise ou de réduction de l'artificialisation des sols compatible avec la trajectoire définie au niveau national, tout en tenant compte des spécificités locales ».

« reconquête » de la biodiversité et des écosystèmes. Grand absent de la loi « Biodiversité », l'objectif « zéro artificialisation nette » reste toutefois, faute de fondement légal ou réglementaire, dépourvu de portée juridique. Selon l'article L. 101-2 du Code de l'urbanisme, les documents d'urbanisme sont pourtant tenus de déterminer les conditions permettant, notamment, de garantir « une utilisation économe des espaces naturels, la préservation des espaces affectés aux activités agricoles et forestières et la protection des sites, des milieux et paysages naturels ». L'article L. 141-6 du Code de l'urbanisme permet également au DOO des SCoT d'arrêter, « par secteur géographique, des objectifs chiffrés de consommation économe de l'espace et de lutte contre l'étalement urbain ».

En dépit de ces dispositions, la consommation d'espace en France reste globalement très élevée, comme le constate une instruction du 29 juillet 2019 relative à l'engagement de l'État en faveur d'une gestion économe de l'espace¹⁶⁷⁰. Dans le même sens, l'Autorité environnementale a souligné, dans son rapport annuel 2019, que « l'artificialisation des sols se poursuit et les mesures de compensation restent privilégiées par rapport à l'évitement et à la réduction des impacts et, même lorsqu'elles sont prévues et mises en œuvre, encore très en deçà des destructions occasionnées, faute de prendre en compte une approche écosystémique et de considérer les fonctionnalités liées à la bio-masse et à la capacité de stockage du carbone. Les objectifs "zéro artificialisation nette" et "zéro perte nette de biodiversité" restent encore des horizons peu concrets »¹⁶⁷¹. Il n'est toutefois pas exclu que certaines collectivités intègrent cet objectif dans l'élaboration de la planification de l'aménagement de leurs territoires.

406. En l'absence d'effectivité de l'objectif « zéro artificialisation nette », un levier semble pouvoir être mobilisé par l'intermédiaire de la planification de l'eau. Il est intéressant de relever que le SDAGE du bassin Rhône Méditerranée 2016-2021 fixe trois objectifs généraux relatifs à la lutte contre l'imperméabilisation des sols : limiter l'imperméabilisation nouvelle des sols, réduire l'impact des nouveaux aménagements et désimperméabiliser l'existant¹⁶⁷². Les documents d'urbanisme sont ainsi incités à réduire la reconversion d'espaces naturels, agricoles et forestiers en zones urbanisées et à privilégier l'utilisation des terrains déjà bâtis pour accueillir de nouveaux projets d'urbanisation, notamment les friches industrielles¹⁶⁷³. Lorsque

¹⁶⁷⁰ Instruction du Gouvernement du 29 juillet 2019 relative à l'engagement de l'État en faveur d'une gestion économe de l'espace, NOR : LOGL1918090J

¹⁶⁷¹ Autorité environnementale, *Rapport annuel 2019*, préc., p. 4.

¹⁶⁷² Disposition 5A-04 du SDAGE Rhône Méditerranée 2016-2021, préc., p. 88.

¹⁶⁷³ *Ibid.*

la création de nouvelles zones à urbaniser ne peut être évitée ou réduite, ces derniers sont également incités à procéder, en compensation, à la « désimperméabilisation de surfaces déjà aménagées » à hauteur de « 150% de la nouvelle surface imperméabilisée »¹⁶⁷⁴. En dépit de l'obligation de compatibilité de cette disposition avec les SCoT et les PLU¹⁶⁷⁵, son effectivité demeure limitée. En premier lieu, les SCoT et les PLU ne sont « qu'incités » à prévoir ou prescrire de désimperméabiliser en compensation des surfaces déjà aménagées. En second lieu, les désimperméabilisations sont conditionnées à la présence de « capacités techniques suffisantes en matière d'infiltration des sols »¹⁶⁷⁶. Dans le même sens, le SDAGE Adour-Garonne 2016-2021 se fixe comme objectif, dans son orientation A35, de limiter l'imperméabilisation des sols en identifiant, d'ici 2021, « une éventuelle valeur guide de compensation de l'imperméabilisation nouvelle à intégrer dans le prochain SDAGE »¹⁶⁷⁷. Ambitieux, l'objectif 12 du SRADDET Grand-Est fixe l'objectif de « végétaliser la ville et compenser 150% des nouvelles surfaces imperméabilisées en milieu urbain et 100% en milieu rural ». Si ces initiatives méritent indiscutablement d'être saluées, la portée juridique des objectifs qu'elles fixent est réduite, car strictement déclaratoire.

407. Outre une meilleure articulation des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux avec les documents d'urbanisme, le développement d'une approche systémique de ces instruments de gestion de la biodiversité nécessite de s'intéresser également aux moyens permettant d'assurer, au terme de l'engagement conclu entre les parties, la pérennisation des gains écologiques qui ont été obtenus sur les terrains mobilisés.

§2.- LA PÉRENNISATION DES GAINS ÉCOLOGIQUES GÉNÉRÉS PAR LE RECOURS AUX INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

408. La « pérennité » constitue une thématique privilégiée des réflexions consacrées aux dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Dans le cadre d'un PSE, les prestations doivent en principe être réalisées de manière continue jusqu'à l'échéance du délai convenu par les parties. S'agissant des compensations écologiques, le Code de l'environnement formalise l'obligation pour le maître d'ouvrage de maintenir les mesures

¹⁶⁷⁴ *Ibid.*

¹⁶⁷⁵ Art. L. 131-1 et L. 131-7 du C. urb.

¹⁶⁷⁶ SDAGE Rhône Méditerranée 2016-2021, préc., p. 88.

¹⁶⁷⁷ SDAGE Adour-Garonne 2016-2021, préc., p. 108.

compensatoires durant « pendant toute la durée des atteintes »¹⁶⁷⁸. Une autre interrogation concerne l'identification des moyens utilisables pour pérenniser, au-delà du délai fixé par les parties ou déterminé par l'autorité administrative compétente, les effets bénéfiques pour la biodiversité obtenus du fait de la mise en œuvre des mesures compensatoires et des prestations de services environnementaux. En l'état du droit, aucun fondement juridique ne semble pourtant permettre de maintenir dans le temps les gains écologiques générés par ces instruments. Confronté au silence du législateur sur ces questions (§1), il apparaît envisageable de mobiliser une pluralité de solutions existantes pour assurer cette pérennité (§2).

A.- LE SILENCE DU LÉGISLATEUR SUR LA PÉRENNISATION DES GAINS ÉCOLOGIQUES OBTENUS PAR LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

409. La loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a significativement renforcé la portée des obligations qui pèsent sur les porteurs de projet et les outils dont ils disposent pour satisfaire au mieux leurs obligations de compensation écologique. Toutefois, il est frappant d'observer que la période qui s'étend à partir de la « fin » de l'atteinte a été singulièrement occultée par le législateur. Aucune disposition ne permet en effet de garantir dans le temps, postérieurement à leur réalisation, le maintien des gains écologiques qui ont été obtenus par la réalisation des mesures compensatoires. Isabelle Doussan a ainsi pu souligner que, lorsque l'obligation de compensation prend fin, « l'affectation écologique du site n'est plus assurée »¹⁶⁷⁹. Dans le même sens, le rapport rendu dans le cadre de la commission du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité relève qu'« au-delà des durées prescrites dans les arrêtés d'autorisation et de dérogation, rien ne permet aujourd'hui de garantir la pérennité des mesures de compensation »¹⁶⁸⁰. Pourtant débattue par les parlementaires à l'occasion des discussions sur le projet de loi relatif à la biodiversité, la question du maintien de l'affectation écologique des terrains ayant accueillis des mesures compensatoires, à l'expiration de l'engagement convenu par les parties, ou d'une obligation de compensation, a été refusée au nom de la « liberté contractuelle »¹⁶⁸¹. Une fois l'obligation de compensation écologique

¹⁶⁷⁸ Art. L. 163-1-1 du C. env.

¹⁶⁷⁹ DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 104.

¹⁶⁸⁰ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 146.

¹⁶⁸¹ DOUSSAN I., « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », préc., p. 165 et s.

éteinte, ou à l'expiration de l'agrément de site naturel de compensation, le propriétaire ou le gestionnaire des terrains préalablement affectés à la réalisation de mesures compensatoires pourront ainsi librement décider de changer l'usage ou la destination de leur bien.

410. En l'état du droit, le régime juridique relatif à la compensation des atteintes à la biodiversité aboutit dès lors à créer une situation assez paradoxale. La loi exige en effet que les mesures compensatoires soient « effectives pendant toute la durée des atteintes »¹⁶⁸². Toutefois, lorsque l'autorité administrative compétente considèrera que le projet, plan ou programme ayant justifié la réalisation de mesures compensatoires ne produit plus d'incidence négative sur l'environnement, le débiteur de l'obligation de compenser ne sera plus tenu de réaliser/ou de faire réaliser les mesures compensatoires qui lui avaient été prescrites. En principe, ces atteintes ne devraient être considérées comme finies qu'à la condition que le(s) espace(s) impactés par le projet ou l'activité soient retourné(s) à leur état initial. Dans le cas où le retour à l'état initial de ce site serait incomplet ou impossible, mais considéré comme suffisant par l'autorité administrative compétente pour libérer le débiteur de son obligation de compenser, nous serions alors confrontés à une possible perte nette de biodiversité, qui ne serait pourtant pas compensée. De manière assez paradoxale, le niveau global de biodiversité peut ainsi être potentiellement plus important tant que durent les atteintes du projet, plan ou programme – puisque celles-ci devront être compensées – qu'à compter du moment où ces atteintes seront supposées avoir cessées – puisqu'il n'existera plus d'obligation de mettre en œuvre des mesures compensatoires.

411. L'absence de pérennité semble, *a priori*, plus préoccupante en matière de compensation écologique que de paiements pour services environnementaux. À la différence de la compensation écologique, les mécanismes de paiements pour services environnementaux n'interviennent en effet pas pour atténuer ou contrebalancer les incidences négatives d'un projet, plan ou programme sur l'environnement. Il apparaîtrait toutefois intéressant, d'un point de vue écologique, de pérenniser les effets positifs pour la biodiversité obtenus par la mise en œuvre de ces dispositifs. Par principe, le prestataire ne s'engage à réaliser un service environnemental que parce qu'il est incité à le faire en contrepartie d'un paiement ou d'un avantage de toute nature. Les engagements contractés dans le cadre d'un paiement pour service environnemental relevant, pour l'essentiel, de la volonté des parties, aucune disposition juridique ne permet de garantir le maintien des prestations réalisées à la fin du délai convenu

¹⁶⁸² Art. L. 163-1-1 al. 2 du C. env.

entre les parties. Sauf incitation économique, nouvel engagement contractuel ou contrainte réglementaire, les propriétaires et/ou les gestionnaires de ces terrains pourront librement l'affecter à un nouvel usage, qui ne sera pas nécessairement écologique¹⁶⁸³. Selon l'article 544 du Code civil, le propriétaire dispose en effet d'une liberté quasi-totale dans l'usage qu'il peut faire de son bien : « la propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

412. L'affectation écologique d'un bien par contrat étant nécessairement temporaire, il convient dès lors d'envisager les solutions permettant de pérenniser les gains obtenus par la mise en œuvre de mesures compensatoires ou de prestations de services environnementaux.

B.- LES SOLUTIONS JURIDIQUES MOBILISABLES POUR ASSURER LA PÉRENNISATION DES GAINS ÉCOLOGIQUES

413. Dans le silence de la loi, deux voies semblent pouvoir être mobilisées pour pérenniser les gains écologiques qui pourraient être obtenus à l'issue de la réalisation de mesures compensatoires ou de prestations de services environnementaux : soit utiliser les perspectives offertes par les mécanismes de protection foncière et la négociation contractuelles (1), soit prioriser le recours à certaines opérations de gestion de la biodiversité (2).

1.- Les perspectives offertes par la négociation contractuelle et les mécanismes de protection foncière

414. À l'issue de la réalisation de mesures compensatoires, ou de prestations de services environnementaux, la pérennité des gains écologiques qui ont été éventuellement obtenus peut être assurée par le maintien de l'affectation écologique des terrains mobilisés. Ce maintien peut intervenir, en premier lieu, en amont de la réalisation de mesures compensatoires ou de prestations de services environnementaux et faire l'objet, soit de contrats spécifiques, soit de clauses contenues dans les contrats de compensation écologique ou de prestations de services environnementaux. Signée le 10 août 2010 pour une durée de 8 ans, la convention-cadre relative à l'expérimentation d'offre de compensation signée entre la CDC Biodiversité et le Ministère

¹⁶⁸³ V. notamment sur ce point : DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 146.

de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement Durable et de la Mer (MEEDDM) prévoyait, dans son article 5, l'engagement de la CDC Biodiversité de « garantir la vocation écologique des sites concernés par chaque opération au-delà de la durée de gestion conservatoire, et en cas de cession, privilégier la cession des terrains à un organisme dont la nature des garanties apportées permet de conclure de façon certaine au maintien de la vocation écologique du site »¹⁶⁸⁴. Cette initiative pourrait inciter les collectivités locales qui contractualisent avec des opérateurs de compensation écologique ou des prestataires de services environnementaux publics ou privés de prévoir des clauses permettant d'assurer le maintien, au terme de l'engagement, de la vocation écologique des terrains mobilisés. Le prestataire et/ou le propriétaire étant libres de ne pas s'engager au terme du contrat, il est par conséquent préférable de négocier les conditions permettant d'assurer le maintien de l'affectation écologique du ou des terrains mobilisés pour la réalisation de mesures compensatoires, ou d'une prestation de services environnemental de la manière la plus anticipée possible.

415. En second lieu, il paraît envisageable de recourir à des mécanismes réglementaires de protection et/ou d'acquisition foncière. En Allemagne les mesures compensatoires sont « enregistrées dans un registre par le Département du Sénat, qui à son tour garantit leur statut de protection et leur pérennité dans le temps (l'inscription dans ce registre entraîne une servitude sur le terrain, répercutée sur le cadastre) »¹⁶⁸⁵. En l'absence de disposition équivalente en droit français, le rapport réalisé dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité envisage notamment la cession des terrains de compensation aux Conservatoires d'espaces naturels, au Conservatoire du littoral voire à des collectivités territoriales, ou bien encore la possibilité de préempter ces terrains dans le cadre de la compétence des départements en matière d'espaces naturels sensibles¹⁶⁸⁶. Outre ces solutions, il pourrait également être envisagé de mobiliser notamment des instruments réglementaires de protection des espaces naturels, comme les arrêtés de protection des biotopes et des habitats naturels¹⁶⁸⁷, le dispositif Natura 2000¹⁶⁸⁸ ou bien encore

¹⁶⁸⁴ V. annexe : Convention cadre MEEDDM – CDC Biodiversité relative à l'expérimentation d'offre de compensation 2010-2018, signée le 10 août 2010.

¹⁶⁸⁵ WENDE W., BRUNS E., QUÉTIER F., « L'expérience allemande de la compensation écologique », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, préc., p. 62.

¹⁶⁸⁶ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 147.

¹⁶⁸⁷ Art. L. 411-1 et s. et R. 411-15 et s. du C. env.

¹⁶⁸⁸ Art. L. 414-1 à L. 414-7 et R. 414-1 à R. 414-29 du C. env.

les réserves naturelles nationales ou régionales¹⁶⁸⁹. Mises en œuvre pour la plupart sans contrepartie financière, ces solutions présentent l'inconvénient de décourager les opérateurs de compensation et les prestataires de services environnementaux de s'engager s'il existe un risque, à terme, que les possibilités d'usage ou destination de leur(s) bien(s) soient limitées. Parmi les solutions proposées, seules les acquisitions de terrains par les conservatoires d'espaces naturels, le Conservatoire du littoral, voire les collectivités territoriales, semblent de nature à moins inquiéter les acteurs économiques et propriétaires privés. Reposant sur l'acquisition par une personne publique d'espaces naturels afin de leur garantir une protection sur le long terme, ces solutions demeurent néanmoins coûteuses pour les finances publiques.

416. Autofinancée par le prélèvement d'une part de la taxe départementale d'aménagement¹⁶⁹⁰, la politique des espaces naturels sensibles semble constituer une solution *a priori* intéressante dans le cadre des dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique. Héritiers des « périmètres sensibles » créés en 1959 pour préserver le littoral d'un risque d'urbanisation excessif¹⁶⁹¹, les espaces naturels sensibles sont issus de la loi du 18 juillet 1985¹⁶⁹². Instruments « mal-aimés »¹⁶⁹³, les ENS constituent néanmoins, pour Michel Prieur, un outil « inédit » de protection de l'environnement¹⁶⁹⁴. Selon l'article L. 113-8 du Code de l'urbanisme, les départements sont en effet compétents « pour élaborer et mettre en œuvre une politique de protection, de gestion et d'ouverture au public des espaces naturels sensibles, boisés ou non, destinée à préserver la qualité des sites, des paysages, des milieux naturels et des champs naturels d'expansion des crues et d'assurer la sauvegarde des habitats naturels selon les principes posés à l'article L. 101-2 [du Code de l'urb.] ». Ce dispositif présente ainsi l'intérêt de permettre une protection d'espaces à la fois souple, pérenne et résolument tournée vers l'ouverture au public. D'une part, la compétence dont bénéficient les départements d'instaurer une zone de préemption n'implique en aucun cas une préemption automatique des terrains situés dans la zone concernée¹⁶⁹⁵. Le régime des ENS n'exclut également pas la possibilité pour les départements de réaliser des acquisitions amiables sur des

¹⁶⁸⁹ Art. L. 332-1 à L. 332-27 et R. 332-1 à R. 332-81 du C. env.

¹⁶⁹⁰ Art. L. 113-10 et L. 331-3 et s. du C. urb.

¹⁶⁹¹ Décret n° 59-768 du 26 juin 1959 tendant à préserver le caractère du littoral Provence - Côte d'Azur, JO du 27 juin 1959, p. 6424.

¹⁶⁹² Loi n° 85-729 du 18 juillet 1985 relative à la définition et à la mise en œuvre de principes d'aménagement, JO du 19 juillet 1985, p. 8152.

¹⁶⁹³ PRIEUR, M., « Quel avenir pour les espaces naturels sensibles ? », *RJE*, 2/2006, p. 185.

¹⁶⁹⁴ *Ibid.*, p. 187.

¹⁶⁹⁵ Art. L. 215-1 du C. urb.

terrains situés en dehors de toute zone de préemption¹⁶⁹⁶. D'autre part, la création de zones de préemption s'inscrit également dans le cadre d'une démarche largement concertée. Le prix d'acquisition des terrains préemptés sera déterminé, en premier lieu, par le propriétaire et les titulaires du droit de préemption dans le cadre d'une procédure amiable¹⁶⁹⁷. Si ces zones sont situées dans des communes dotées d'un plan local d'urbanisme approuvé, elles ne pourront être créées qu'avec l'accord de la commune ou de l'établissement public de coopération intercommunale compétent¹⁶⁹⁸. Les organisations professionnelles agricoles et forestières devront également être obligatoirement consultées sur la délimitation des zones de préemption¹⁶⁹⁹. Enfin, l'acquisition et la gestion d'espaces naturels étant coûteuses, la politique des ENS présente l'intérêt de pouvoir être financée par le produit d'une part de la taxe d'aménagement spécialement affectée au département¹⁷⁰⁰. Dotée de potentialités pour la protection de la biodiversité, la politique départementale en matière d'ENS « mériterait d'être davantage valorisée »¹⁷⁰¹. Celle-ci étant mise en œuvre de manière très disparate, se pose par conséquent la question de savoir si le département constitue l'échelon territorial le plus adapté pour mener à bien la politique des espaces naturels sensibles¹⁷⁰².

417. En l'absence de disposition dédiée, il est ainsi possible de maintenir les gains écologiques obtenus en utilisant des instruments de protection foncière ou la liberté offerte par les contrats. Il paraît toutefois possible de maintenir ces gains en favorisant également la réalisation d'opérations de gestion de la biodiversité que les propriétaires et gestionnaires de terrains auront intérêt à maintenir postérieurement au terme de l'engagement.

2.- Le recours à des mesures de gestion de la biodiversité pérennes par nature

418. Les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sont assez largement associés à l'idée selon laquelle les gains écologiques obtenus ne peuvent être pérennisés qu'à la condition qu'un nouvel engagement soit conclu ou de bénéficier de nouvelles contreparties, de préférence monétaires. Certains auteurs ont même

¹⁶⁹⁶ Art. L. 331-3 du C. urb.

¹⁶⁹⁷ Art. L. 215-14 du C. urb.

¹⁶⁹⁸ Art. L. 215-1 du C. urb.

¹⁶⁹⁹ Art. L. 215-3 du C. urb.

¹⁷⁰⁰ Art. L. 331-3 du C. urb.

¹⁷⁰¹ LEFEBVRE T., MONCORPS S., *Les espaces protégés français : une pluralité d'outils au service de la conservation de la biodiversité*, préc, p. 98.

¹⁷⁰² V. infra. §. n° 552.

pu souligner un risque que des acteurs puissent se livrent à un chantage écologique : « Si vous ne me payez pas, je détruis »¹⁷⁰³. Il nous semble important de relever que les gains obtenus du fait de la réalisation de mesures compensatoires ou de prestations de services environnementaux peuvent être amenés à perdurer dès lors que le propriétaire et/ou le prestataire retirent un bénéfice, pas seulement économique, mais également social ou écologique, du maintien de l'affectation écologique de son terrain qui perdure à l'issue de la fin de l'engagement.

Dans un article consacré aux « paiements pour services écosystémiques "non monétaires" », Adrien Bodard relève qu'« afin de pérenniser la rétribution de pratiques vertueuses d'un point de vue écologique, il semble donc avisé de recourir à d'autres formes de PSE, non monétaires, qui augmenteraient indirectement le revenu des acteurs concernés »¹⁷⁰⁴. À titre d'exemple, « le soutien spécifique à l'agriculture biologique (AB) récompense quant à lui des pratiques agricoles particulièrement respectueuses de l'environnement propices à la limitation des pesticides : l'agriculteur doit par exemple privilégier les méthodes de prévention vis-à-vis des organismes nuisibles, préférentiellement aux méthodes de luttes, en pratiquant notamment la rotation des cultures »¹⁷⁰⁵. Au terme de l'engagement, nous pouvons supposer que l'agriculteur qui a opéré sa transition vers l'agriculture biologique, ou qui est encore en transition, a un intérêt économique relativement limité à revenir vers un mode d'agriculture plus conventionnel. De la même manière, la plantation et la gestion d'arbres sur des surfaces agricoles ou forestières au titre, soit de la compensation carbone, de la compensation écologique ou de paiements pour services environnementaux peut s'inscrire pleinement comme un moyen de soutenir également une démarche d'agroforesterie. Dans cette hypothèse, le propriétaire ou le gestionnaire des terrains concernés ont un intérêt économique à conserver les arbres plantés dans la mesure où ces derniers contribuent non seulement à améliorer la productivité des parcelles concernées (meilleure gestion de la lumière, de l'eau et des engrais), à favoriser l'adaptation des forêts et des espaces agricoles au changement climatique, ou bien encore à diversifier à long terme ses sources de revenus (vente de bois d'œuvre ou de bois énergie)¹⁷⁰⁶.

De la même manière, la réhabilitation, la restauration, la préservation ou la gestion des milieux bocagers semble constituer un enjeu particulièrement intéressant dans le cadre des

¹⁷⁰³ V. supra. §. n° 191.

¹⁷⁰⁴ BODARD A., « Des paiements pour services écosystémiques "non monétaires", un instrument adapté à la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau ? », préc., p. 371.

¹⁷⁰⁵ THÉVENOT G., « Utilisation durable des pesticides : quel rôle pour les paiements pour services environnementaux », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 416-417.

¹⁷⁰⁶ V. notamment en ce sens : <https://www.agroforesterie.fr/definition-agroforesterie.php>

paiements pour services environnementaux. Du fait de l'importance écologique de ces milieux pour la biodiversité¹⁷⁰⁷, nous pourrions envisager, par analogie avec la politique de remembrement des espaces agricoles initiée à partir des années 1950¹⁷⁰⁸, que leur reconstitution sur l'ensemble du territoire soit financée par la puissance publique. De la même manière que les espaces agricoles « remembrés » n'ont pas démembrés au terme de la participation de l'État aux frais d'échange et à l'expiration des exemptions temporaires d'impôts fonciers, la pratique révèle que les milieux forestiers et bocagers ne sont pas détruits à l'issue des engagements contractés dans le cadre des dispositifs de paiements pour services environnementaux¹⁷⁰⁹. Non seulement les propriétaires et gestionnaires des terrains concernés peuvent avoir un intérêt économique à maintenir ces bocages, mais peuvent également avoir une sensibilité écologique qui les inciteraient à conserver en dehors de tout intérêt économique.

419. Soumis au respect du critère d'équivalence écologique¹⁷¹⁰, les dispositifs de compensation écologique offrent *a priori* une latitude moins importante que les paiements pour services environnementaux dans le choix des mesures de gestion écologique à réaliser. Toutefois, le recours à des incitations fiscales, notamment des exonérations temporaires de taxe foncière sur les propriétés bâties et non bâties, ou encore l'utilisation de « labels » ou de « certifications » peuvent constituer des solutions intéressantes pour pérenniser l'affection écologique des terrains utilisés, non seulement pour la réalisation de mesures compensatoires, sans avoir à verser de contrepartie financière¹⁷¹¹. Si le recours à la compensation doit être minimisé, compte tenu des incertitudes qui pèsent sur son efficacité, les paiements pour services environnementaux doivent s'imposer comme un moyen permettant d'accompagner les territoires vers des comportements vertueux, et non comme une source de revenus pérenne.

¹⁷⁰⁷ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 54.

¹⁷⁰⁸ Loi n° 1071 du 9 mars 1941 sur la réorganisation de la propriété foncière et le remembrement, JO du 18 avril 1941, p. 1658 ; Décret n° 54-1251 du 20 décembre 1954 tendant à accélérer l'aménagement foncier agricole et le remembrement, JO du 22 décembre 1954, p. 11999.

¹⁷⁰⁹ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

¹⁷¹⁰ V. supra. §. n° 311 et s.

¹⁷¹¹ V. supra. §. n° 185.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

420. Aux incertitudes scientifiques sur le degré de connaissance dont nous disposons des dynamiques du vivant, s'ajoutent de nombreux doutes sur la capacité des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux à assurer une protection pérenne de la biodiversité. Si le contrat présente des garanties de flexibilité, la diversité des solutions offertes par le droit commun des contrats ou le régime des baux peine à constituer des solutions pleinement satisfaisantes pour la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux. Le plus souvent, la pérennité des opérations de gestion de la biodiversité ne peut en effet être obtenue qu'au prix d'un renouvellement dans le temps des engagements contractés. Les instruments plus récents, au rang desquels l'obligation réelle environnementale ou bien encore la fiducie, ne rencontrent pas encore, en dépit de leurs atouts théorique, le succès escompté en pratique.

421. Afin de contrebalancer ces différentes limites, la pérennité des mesures de gestion de la biodiversité peut être assurée en procédant à l'intégration plus poussée des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux dans les documents de planification du territoire. En particulier, la planification écologique et la planification d'urbanisme offrent des perspectives intéressantes pour améliorer non seulement la cohérence dans la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux, mais également de permettre de maintenir sur le long terme l'affectation écologique des terrains mobilisés. Dans le silence de la loi, il peut être envisagé non seulement d'utiliser le recours à la négociation contractuelle, mais également des mécanismes de protection réglementaire, d'acquisition foncière ou bien encore de privilégier des mesures de gestion de la biodiversité dont la pérennité peut être assurée sans contrepartie financière.

CONCLUSION DU TITRE 1

422. La raison d'être des instruments qualifiés d'« économiques » réside dans leur supposée plus grande efficacité que les instruments réglementaires – *command and control* – pour assurer la protection de l'environnement. La démonstration d'une moindre – ou d'une absence – d'efficacité de ces instruments par rapport à des formes plus traditionnelles de protection juridique serait, dès lors, de nature à remettre quelque peu en cause leur légitimité. Or, la mise en œuvre des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux se heurte à de nombreuses incertitudes à la fois sur l'état de nos connaissances scientifiques ainsi que sur notre capacité opérationnelle à agir sur la biodiversité et les écosystèmes et à gérer leurs dynamiques évolutives. Ces instruments participant d'une logique de « flexibilité »¹⁷¹², leur mise en œuvre, qui repose essentiellement sur le contrat, peinent à offrir des garanties de pérennité suffisantes. Pourtant, la logique défendue par les opérateurs de compensation écologique, au rang desquels la CDC Biodiversité, repose le plus souvent sur l'idée selon laquelle mieux vaut essayer de compenser plutôt que de ne rien faire¹⁷¹³.

423. Bien qu'*a priori* favorables à la biodiversité, les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux peuvent être à l'origine, directement ou indirectement, de dégradations écologiques irréversibles. Le fait que ces dispositifs permettent de réhabiliter, restaurer, préserver ou gérer la biodiversité ne doit en aucun cas servir d'alibi pour ne pas avoir à éviter les atteintes qui lui sont causées. Dès lors, les (trop) nombreuses incertitudes associées à leur mise en œuvre justifient qu'une place plus importante soit accordée au principe de prévention pour limiter, en amont, les sources de dégradation de l'environnement, auxquelles les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux ne constituent qu'une réponse aux résultats incertains et coûteuse. Aux doutes portant sur leur efficacité écologique, s'ajoutent également des interrogations sur le caractère suffisant – ou non – de l'encadrement juridique de ces dispositifs.

¹⁷¹² AUBERTIN C., PINTO F., « Compenser plutôt que reconquérir », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, p. 127 ; V. également sur la « flexibilité » du droit : CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », in CLAM J., MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 36 et s.

¹⁷¹³ THIEVENT Ph., « La pratique de la compensation écologique », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 7, pp. 17-20.

TITRE 2.- L'ENCADREMENT JURIDIQUE INSATISFAISANT DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

424. Gage de souplesse et d'efficacité, la mobilisation privilégiée de l'outil contractuel et du marché pour la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux ne justifie en aucune manière un recul de l'encadrement juridique. L'urgence environnementale, corrélée au succès grandissant des approches économiques pour la protection de la biodiversité et des écosystèmes, nous impose, à l'inverse, de doter ces instruments d'un cadre juridique qui soit à la fois rigoureux, souple et protecteur. Si la loi ne peut pas tout prévoir, le cadre juridique des mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique nous interroge néanmoins sur sa capacité à présenter les garanties suffisantes pour aboutir à une protection effective de la biodiversité et des écosystèmes. Les principes directeurs du droit de l'environnement consacrés à l'article L. 110-1 II du Code de l'environnement, notamment les principes de prévention, d'information et de participation, de solidarité écologique ou bien encore de non-régression, apparaissent en effet particulièrement malmenés. La portée normative du cadre juridique de ces instruments, de même que son accessibilité, son intelligibilité et son efficacité doivent par conséquent être évaluées et discutées. *In fine*, c'est la mise en œuvre opérationnelle de ces instruments, et notamment leur finalité écologique, qui se trouve possiblement compromise. Nous verrons ainsi que le déploiement des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, et leur capacité à constituer des outils pertinents de protection de la biodiversité et des écosystèmes, se heurte à la dispersion des règles qui leur sont applicables (**Chapitre 1**) ainsi qu'à une régulation juridique trop insuffisante (**Chapitre 2**).

CHAPITRE 1.- LA FRAGMENTATION DU RÉGIME JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

425. À l'observation, les dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique ne semblent pas confrontés à la même réalité juridique. Si la compensation des atteintes à la biodiversité dispose d'un cadre juridique propre, les paiements pour services environnementaux ne semblent pas bénéficier, à l'inverse, d'un cadre juridique dédié. Néanmoins, ces instruments ont en commun d'être soumis à dispositions juridiques éparpillées dans une pluralité de textes et à des degrés normatifs différents. Ce faisant,

l'identification du régime juridique des mécanismes de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique apparaît difficile. Dès lors, se pose la question de savoir, d'une part, quel(s) régime(s) juridique(s) doit-on appliquer à ces instruments et, d'autre part, si cette pluralité de régimes juridiques est de nature à nuire à la qualité du droit qui leur est applicable ? Le fait que des règles juridiques soient nombreuses ne préjuge en aucun cas de la qualité d'un régime juridique. Au contraire, des dispositions qui seraient trop nombreuses, dispersées et/ou faiblement articulées entre elles peuvent nuire à l'intelligibilité, à la cohérence et/ou à l'efficacité d'un régime juridique. L'encadrement des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux relevant d'une grande diversité de régimes juridiques, le plus souvent autonomes les uns par rapport aux autres (**Section 1**), il convient par conséquent de déterminer dans quelle mesure une mise en cohérence de ces régimes peut être envisagée (**Section 2**).

SECTION 1.- LA COEXISTENCE D'UNE PLURALITÉ DE RÉGIMES JURIDIQUES AUTONOMES

426. La récente codification, par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, d'un nouveau chapitre au sein du Code de l'environnement consacré à la « compensation des atteintes à la biodiversité » nous invite à analyser l'évolution du régime juridique des compensations écologiques. Cette réflexion nous permettra de voir, qu'en dépit des récents efforts du législateur pour renforcer et « simplifier » les dispositions juridiques relatives à l'obligation de compensation écologique, celles-ci sont encore assez largement dispersées dans le cadre de législations sectorielles (§1). Si le cadre juridique des compensations écologiques est dispersé, celui-ci se compose néanmoins de dispositions juridiques dédiées. En dépit de l'engouement dont font l'objet les paiements pour services environnementaux, ces dispositifs ne bénéficient pas encore d'un régime juridique propre en droit français. Par conséquent, leur mise en œuvre est encadrée par une pluralité de régimes juridiques distincts (§2).

§1.- L'ÉPARPILLEMENT DU RÉGIME JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES

427. Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas n'avait pas manqué de souligner les lacunes et le manque de cohérence des régimes juridiques des compensations

écologiques¹⁷¹⁴. Si les évolutions contenues dans la loi du 8 août 2016 renforcent *a priori* le régime juridique des compensations écologiques, leur analyse nous invite néanmoins à la prudence dans la mesure où, comme le souligne Sylvie Caudal, « le discours officiel [...] fait souvent passer pour de la modernisation ce qui n'est en fait qu'une régression »¹⁷¹⁵. Nous verrons ainsi que, confrontées jusqu'à présent à la coexistence d'une pluralité de formes de compensations écologiques (A), les incertitudes qui entourent le nouveau régime juridique des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité sont relativement nombreuses (B).

A.- LA COEXISTENCE D'UNE PLURALITÉ DE FORMES DE DISPOSITIFS DE COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES

428. La diversité des procédures et documents susceptibles d'exiger des mesures compensatoires aboutit à une dispersion du régime juridique de l'obligation de compensation écologique (1). Issue de législations distinctes, l'obligation de compensation écologique se caractérise ainsi par une grande diversité d'objectifs et de finalités (2).

1.- La diversité des dispositions législatives et réglementaires formalisant l'obligation de compensation écologique

429. Le régime juridique des compensations écologiques demeure très intimement lié à celui des études d'impacts et autres rapports d'évaluation des incidences sur l'environnement. Ces études et rapports sont le plus souvent intégrés dans le cadre d'une procédure d'évaluation environnementale, qui peut être définie comme un processus permettant de décrire et d'apprécier les incidences notables directes et indirectes de projets, activités, plans et programmes sur l'environnement et la santé humaine. Ce processus est constitué de l'élaboration d'un rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement, de la réalisation de consultations en vue de leur prise en compte par l'autorité administrative compétente pour autoriser le projet ou approuver le plan ou programme, et de l'examen de ces éléments par cette autorité en vue de rendre la décision d'autorisation ou d'approbation¹⁷¹⁶. L'évaluation

¹⁷¹⁴ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., 629 p.

¹⁷¹⁵ CAUDAL S., « Quels instruments juridiques pour la modernisation du droit de l'environnement ? », in DOUSSAN I. (dir.), *Les futurs du droit de l'environnement. Simplification, modernisation, régression*, Bruylant, 2016, p. 119.

¹⁷¹⁶ MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, préc., p. 237.

environnementale ne saurait donc se confondre pas avec les rapports d'évaluation des incidences sur l'environnement (étude d'impact des projets, rapport sur les incidences environnementales des plans et programmes), dans la mesure où ceux-ci constituent seulement des documents susceptibles, dans certains cas prévus par la loi, de s'insérer dans un processus d'évaluation environnementale. Dans le cas où ces projets, activités, plans ou programmes seraient soumis à évaluation environnementale, les porteurs de projets ou les autorités responsables de l'élaboration du plan ou du programme devront présenter, dans leur rapport d'évaluation des incidences sur l'environnement, les mesures destinées à éviter ou réduire les incidences du projet, activité, plan ou programme sur l'environnement. À défaut, les incidences résiduelles notables qui n'auront pu être ni évitées ni réduites devront être compensées. Si l'évaluation environnementale s'impose comme un cadre privilégié de la mise en œuvre de la séquence « ERC », cette dernière est appliquée au sein d'une pluralité de législations sectorielles possédant chacune leur propre mécanisme d'évitement, de réduction, et de compensation¹⁷¹⁷. Comme le souligne Marthe Lucas, « la complexité du droit applicable à la compensation écologique s'explique notamment par la dissémination hétérogène de l'obligation de compensation dans notre droit positif sans qu'aucune réflexion n'ait été entreprise en amont pour en définir des modalités communes »¹⁷¹⁸.

430. En l'absence de cadre réglementaire commun, l'objectif et la finalité de la compensation écologique sont ainsi susceptibles de varier fortement d'une disposition à l'autre¹⁷¹⁹. Pourtant, comme le souligne Chantal Cans, « si l'on se réfère aux travaux préparatoires de la loi du 10 juillet 1976, il n'apparaît pas que le législateur ait entendu créer une multitude de procédures distinctes les unes des autres, avec des exigences variables selon l'objet sur lequel elles porteraient »¹⁷²⁰. Compte tenu de l'objectif unique des dispositifs d'évaluation environnementale – prendre en compte les considérations d'environnement lors de la réalisation d'un projet – la diversification des procédures peut paraître « injustifiée »¹⁷²¹. En matière de

¹⁷¹⁷ V. infra. §. n° 463.

¹⁷¹⁸ LUCAS M., « Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ? Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale », préc., p. 640.

¹⁷¹⁹ V. notamment, sur ce point : LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 103 et s. ; ETRILLARD C., « La compensation écologique : une opportunité pour les agriculteurs ? », *RDR*, n° 441, mars 2016, étude 10, pp. 12-18. ; DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 46 et s.

¹⁷²⁰ CANS C., « Variations autour d'une innovation environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », in *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 468.

¹⁷²¹ *Ibid.*, p. 471.

projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagement, les mesures compensatoires doivent ainsi « garantir [la fonctionnalité du site endommagé] de manière pérenne », et « permettre de conserver globalement et, si possible, d'améliorer la qualité environnementale des milieux »¹⁷²². S'agissant du régime relatif aux sites Natura 2000, ces mêmes mesures visent à « maintenir la cohérence globale du réseau Natura 2000 »¹⁷²³ et garantir sa capacité « à assurer la conservation des habitats naturels et des espèces »¹⁷²⁴. En cas d'atteinte aux espèces de faune et de flore sauvages protégées, la délivrance d'une dérogation ne peut intervenir qu'à condition qu'elle « ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle »¹⁷²⁵, et de contenir la description « des mesures d'atténuation ou de compensation mises en œuvre, ayant des conséquences bénéfiques pour les espèces concernées »¹⁷²⁶. L'existence de telles disparités d'une législation à l'autre est encore plus manifeste en ce qui concerne l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme, dans la mesure où ces derniers sont assujettis « dans le cadre des procédures qui leur sont propres » aux dispositions du Code de l'urbanisme¹⁷²⁷.

431. Dès lors, en l'absence de méthodologie commune sur l'application de la séquence « ERC », le gouvernement élaborera en 2012 de nouvelles orientations sous la forme d'une « doctrine nationale »¹⁷²⁸, elle-même assortie un an plus tard de « lignes directrices »¹⁷²⁹. Consacrant notamment la priorité donnée à l'évitement, puis à la réduction, le respect de l'équivalence écologique, la mise en œuvre des mesures en priorité à proximité du site impacté, la généralisation d'objectifs de résultat, ou bien encore la nécessité d'annuler un projet en cas d'absence de faisabilité des mesures compensatoires, ces documents ont permis des avancées notables pour la mise en œuvre de la compensation. Néanmoins, ces lignes et doctrine n'étant

¹⁷²² Art. 1^{er} du décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements, JO du 30 décembre 2011, p. 22701, texte n° 13 ; codifié à l'art. R. 122-14 du C. env.

¹⁷²³ Art. 8 de l'ord. n° 2001-321 du 11 avril 2001, préc ; codifié à l'art. L. 414-4 du C. env.

¹⁷²⁴ Art. 1^{er} du décret n° 2010-365 du 9 avril 2010 relatif à l'évaluation des incidences Natura 2000, JO du 11 avril 2010, p. 6880, texte n° 5 ; codifié à l'art. R. 414-23 du C. env.

¹⁷²⁵ Art. 86 de la loi n° 2006-11 du 5 janvier 2006 d'orientation agricole, préc.

¹⁷²⁶ Arrêté du 19 février 2007 fixant les conditions de demande et d'instruction des dérogations définies au 4^o de l'art. L. 411-2 du C. env. portant sur des espèces de faune et de flore sauvages protégées, JO du 19 avril 2007, p. 7015, texte n° 30.

¹⁷²⁷ Art. 1 al. 3 du décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977, préc.

¹⁷²⁸ Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL), *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, préc.

¹⁷²⁹ Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc.

assorties que d'une finalité méthodologique, elles n'auront force de droit qu'à condition d'être reprises par les dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

432. Dans ce contexte de fragmentation du régime juridique des compensations écologiques, la consécration, par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, d'un nouveau chapitre dédié à la compensation des atteintes à la biodiversité a permis de renforcer de manière assez significative le régime juridique des dispositifs de compensation écologique.

2.- Le renforcement du régime juridique de la compensation écologique

433. À l'issue de la loi « Biodiversité », certains auteurs ont pu relever que le régime des compensations écologiques se retrouvait renforcé¹⁷³⁰. Il convient en effet de souligner que le législateur s'est risqué à définir, à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement, les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité comme « les mesures prévues au 2° du II de l'article L. 110-1 et rendues obligatoires par un texte législatif ou réglementaire pour compenser, dans le respect de leur équivalence écologique, les atteintes prévues ou prévisibles à la biodiversité occasionnées par la réalisation d'un projet de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification ». Révélant « une certaine ambition scientifique, et au minimum la volonté de dépasser une approche purement quantitative »¹⁷³¹, la loi précise également à l'article L. 110-1 II du Code de l'environnement le champ de la compensation des atteintes à la biodiversité, qui ne se limite pas seulement aux « atteintes à la biodiversité », mais inclut également celles qui seraient causées « aux services qu'elle fournit ». Si le Code n'explicite pas s'il entend viser par-là des services écosystémiques ou des services écologiques, il ajoute toutefois que les mesures compensatoires doivent tenir compte « des espèces, des habitats

¹⁷³⁰ DUPONT V., LUCAS M., « La loi pour la reconquête de la biodiversité : vers un renforcement du régime juridique de la compensation écologique ? », préc., p. 164 ; V. également en ce sens : « La récente loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages a tout d'abord apporté un renforcement et une clarification des règles relatives à la compensation des atteintes à la biodiversité et, plus largement, à la séquence ERC » : DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 13 ; BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, préc., p. 163 ; PETITIMBERT R., « La compensation comme instrument de management du vivant. Un point de vue depuis la science politique », préc., p. 660.

¹⁷³¹ VAN LANG A., « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI*, 2016, p. 586.

naturels et des fonctions écologiques affectées »¹⁷³². Plus encore, la loi reprend pour l'essentiel et donne force juridique obligatoire à la doctrine et aux lignes directrices sur la séquence « ERC ». Particulièrement dense, l'article L. 163-1 du Code de l'environnement contient une pluralité de critères et d'objectifs, au rang desquels un « objectif d'absence de perte nette », qui doit tendre vers un « gain de biodiversité ». Le législateur introduit également une obligation de résultat, et impose que les mesures de compensation soient effectives durant toute la durée des atteintes. Enfin, dès lors que les atteintes liées à un projet ne pourront être ni évitées, ni réduites, ni compensées de façon satisfaisante, celui-ci ne sera pas autorisé en l'état.

Antérieurement à la loi « Biodiversité », le juge administratif refusait « de faire de la suffisance de la compensation une condition de légalité des arrêtés, renvoyant l'appréciation de la cohérence du dispositif de compensation à l'exécution des actes administratifs »¹⁷³³. Selon l'avocat Thomas Dubreuil, les nouvelles dispositions codifiées à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement contribuent à faire explicitement du caractère satisfaisant de la compensation « une condition de délivrance de l'autorisation administrative [...] ». Si l'on met ces nouvelles dispositions en perspective avec l'analyse des juges nantais dans le cadre du dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes, les magistrats ne pourront ainsi plus se contenter de renvoyer en grande partie à l'exécution des autorisations, mais devront analyser la crédibilité du système en prenant en compte les garanties qui sont apportées par le pétitionnaire au moment où l'autorité compétente devait autoriser le projet »¹⁷³⁴. Sur le fondement de ces dispositions, le juge administratif a ainsi été en mesure de reconnaître que l'absence d'élément permettant d'évaluer les gains de biodiversité pouvant être attendus sur les sites de compensation entachait l'autorisation environnementale délivrée par l'autorité préfectorale d'une erreur manifeste d'appréciation¹⁷³⁵. Cette lacune pourra toutefois être régularisée par la réalisation de l'analyse

¹⁷³² Art. L. 163-1 II du C. env.

¹⁷³³ DUBREUIL T., « Mesures compensatoires : le dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les apports de la loi Biodiversité », préc., p. 625.

¹⁷³⁴ *Ibid.*, pp. 626-627.

¹⁷³⁵ « Les requérantes relèvent, d'autre part, ainsi que le conseil national de protection de la nature (CNPN) l'a souligné dans ses avis du 8 janvier et du 11 avril 2018, que ni l'étude d'impact ni aucune pièce jointe au dossier de demande d'autorisation ne comporte d'élément, ou même de méthode d'analyse quantitative, permettant d'estimer les gains de biodiversité envisageables sur les sites de compensation retenus. Si à la suite du premier avis du CNPN, la société du Grand Paris s'est engagée à réaliser des inventaires et si l'arrêté litigieux prévoit en son article 27.4 qu'une méthode d'analyse quantitative des gains potentiels apportés par les mesures de compensation sera développée par le pétitionnaire avant le 31 décembre 2019, ces études à venir, dont les résultats sont incertains, ne peuvent être regardées comme permettant de démontrer que les mesures de compensation prévues sont suffisantes. Par suite, à la date du présent jugement, aucune étude empirique ni aucune projection scientifique ne permet d'évaluer les gains de biodiversité pouvant être attendus sur les sites de compensation retenus et, partant, d'apprécier si le projet, dans sa globalité, tend vers l'objectif de l'absence de perte nette de biodiversité prévu par

quantitative des gains de biodiversité induits par les dispositifs envisagés et par la prévision de mesures de compensation complémentaires¹⁷³⁶.

434. Jusqu'à la loi du 2 mars 2018¹⁷³⁷, la rédaction des dispositions relatives au contenu des études d'impact a pu créer une certaine ambiguïté sur le caractère obligatoire des mesures compensatoires¹⁷³⁸. La formulation successivement adoptée par la loi du 10 juillet 1976¹⁷³⁹, puis la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010¹⁷⁴⁰, pouvaient sous-entendre que la présence des mesures compensatoires dans l'étude d'impact était facultative. Dans sa rédaction initiale, l'article 2 de la loi du 10 juillet 1976 exigeait seulement de l'étude d'impact qu'elle contienne « au minimum une analyse de l'état initial du site et de son environnement, l'étude des modifications que le projet y engendrerait et les mesures envisagées pour supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables pour l'environnement »¹⁷⁴¹. Le choix rédactionnel du législateur, qui pouvait laisser penser que le maître d'ouvrage pouvait s'exonérer de réaliser des mesures compensatoires à condition de justifier cette impossibilité a indiscutablement contribué à réduire l'effectivité de la séquence « ERC »¹⁷⁴². En n'utilisant

l'article L. 411-2 précité. L'arrêté attaqué doit, par conséquent, être regardé comme entaché d'une erreur manifeste d'appréciation en ce qu'il estime, sans disposer d'aucun élément quantitatif précis, que les mesures de compensation prévues sont suffisantes pour permettre le maintien dans un état de conservation favorable des populations des espèces protégées auxquelles il est porté atteinte » : TA de Montreuil, 15 nov. 2019, req. n° 1902037, *souligné par nous*.

¹⁷³⁶ « D'autre part, il résulte de l'instruction que l'erreur manifeste entachant l'arrêté litigieux quant à l'appréciation de la suffisance des mesures de compensation prévues est susceptible d'être régularisée par la réalisation de l'analyse quantitative des gains de biodiversité induits par les dispositifs envisagés et, éventuellement, par la prévision de mesures de compensation complémentaires » : *Ibid.*, *souligné par nous*.

¹⁷³⁷ Loi n° 2018-148 du 2 mars 2018 ratifiant les ordonnances n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes et n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des 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, JO du 3 mars 2018, texte n° 1.

¹⁷³⁸ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 228.

¹⁷³⁹ L'étude d'impact « comprend au minimum une analyse de l'état initial du site et de son environnement, l'étude des modifications que le projet y engendrerait et les mesures envisagées pour supprimer, réduite et, si possible, compenser les conséquences dommageables pour l'environnement » : art. 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976, préc., *souligné par nous*.

¹⁷⁴⁰ L'étude d'impact « comprend au minimum une description du projet, une analyse de l'état initial de la zone susceptible d'être affectée et de son environnement, l'étude des effets du projet sur l'environnement ou la santé humaine, y compris les effets cumulés avec d'autres projets connus, les mesures proportionnées envisagées pour éviter, réduire et, lorsque c'est possible, compenser les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine [...] » : art. 230 de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010, préc., *souligné par nous*.

¹⁷⁴¹ *Souligné par nous*.

¹⁷⁴² V. notamment en ce sens : BILLET Ph., « De la relativité de la neutralité environnementale en matière de compensation écologique », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 10, p. 23 ; DANTEC R., *Rapport sur la réalité des*

plus la formule « lorsque c'est possible », la nouvelle rédaction de l'article L. 122-1 du Code de l'environnement issue de la loi de ratification du 2 mars 2018 semble ne plus laisser aujourd'hui d'ambiguïté sur l'obligation pour le porteur du projet de prévoir, quoi qu'il arrive, des mesures compensatoires en cas d'atteintes qui ne peuvent être suffisamment évitées ou réduites¹⁷⁴³. Nous pouvons toutefois regretter sur ce point un certain décalage rédactionnel entre la partie législative et la partie réglementaire du Code de l'environnement. L'article R. 122-5 II dispose en effet que l'étude d'impact comporte notamment « les mesures prévues par le maître de l'ouvrage pour [...] compenser, lorsque cela est possible, les effets négatifs notables du projet sur l'environnement ou la santé humaine qui n'ont pu être ni évités ni suffisamment réduits. S'il n'est pas possible de compenser ces effets, le maître d'ouvrage justifie cette impossibilité »¹⁷⁴⁴. L'article R. 122-13 I du Code de l'environnement énonce également toujours que « les mesures compensatoires mentionnées au I de l'article L. 122-1-1 [du C. env.] [...] doivent permettre de conserver globalement et, si possible, d'améliorer la qualité environnementale des milieux »¹⁷⁴⁵. Cette coexistence de dispositions *a priori* contradictoires relativise ainsi quelque peu l'harmonisation du régime juridique des dispositifs de compensation écologique opérée par le législateur en 2016. Une évolution rédactionnelle apparaît, par conséquent, souhaitable.

435. En 2012, Marthe Lucas appelait de ses vœux la nécessité « que le législateur étende au plus vite l'obligation légale de compenser à l'ensemble des ouvrages ou installations, peu importe la législation qui les autorise »¹⁷⁴⁶. Si la doctrine a pu souligner que la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 « est venue entériner un régime juridique commun à la majorité des mesures de compensation »¹⁷⁴⁷, les dispositions relatives à la « compensation des atteintes à la biodiversité » présentent quelques lacunes qui contribuent à en limiter quelque peu la portée. Si la loi institue bien « une véritable obligation de compensation »¹⁷⁴⁸, il est à regretter que la loi limite sur ce point les mesures de compensation des atteintes à la biodiversité aux seules mesures « rendues obligatoires par un texte législatif ou réglementaire » en matière de

mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures, préc., p. 29 et s.

¹⁷⁴³ Art. 2 de la loi n° 2018-148 du 2 mars 2018, préc.

¹⁷⁴⁴ *Souligné par nous*.

¹⁷⁴⁵ *Souligné par nous*.

¹⁷⁴⁶ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 254.

¹⁷⁴⁷ STEICHEN P., « La compensation préalable des atteintes à la biodiversité dans le cadre des projets d'aménagement », préc., p. 720 ; V. également en ce sens : DUBREUIL T., « Mesures compensatoires : le dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les apports de la loi Biodiversité », préc., p. 625.

¹⁷⁴⁸ VAN LANG A., « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », préc., p. 586.

projet de travaux ou d'ouvrage ou d'activités, ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification¹⁷⁴⁹. Ce faisant, nous pouvons déplorer que le législateur ne crée aucune obligation générale de compenser les atteintes à la biodiversité. De surcroît, le champ d'application de ces dispositions se révèle doublement réducteur, dans la mesure où il se limiterait aux seules « atteintes à la biodiversité ». Les lignes directrices nationales sur la séquence « ERC » énoncent en effet que cette séquence « s'applique à toutes les composantes de l'environnement »¹⁷⁵⁰. Le contraste à l'égard notamment des dispositions relatives à l'étude d'impact est saisissant, dans la mesure où ces dernières imposent de décrire les incidences notables d'un projet sur « 1° La population et la santé humaine ; 2° La biodiversité [...] ; 3° Les terres, le sol, l'eau, l'air et le climat ; 4° Les biens matériels, le patrimoine culturel et le paysage ; 5° L'interaction entre les facteurs mentionnés aux 1° à 4° »¹⁷⁵¹. Une telle réduction opérée par le législateur du champ des mesures compensatoires, si elle s'explique par l'engouement rencontré par le concept de biodiversité, apparaît curieuse.

436. Si la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a globalement renforcé l'encadrement juridique des compensations écologiques, cette évolution, bien que louable, est néanmoins contrebalancée par une régression du régime juridique des compensations écologiques.

B.- LA RÉGRESSION DU RÉGIME JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES

437. Si la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 contribue à apporter quelques évolutions notables au régime juridique des compensations écologiques, celui-ci fait dans le même temps l'objet, à la fois d'une réduction du champ des opérations soumises à évaluation environnementale (1), mais également d'une réduction de la compétence du Conseil National de la Protection de la Nature en matière d'autorisations environnementales (2).

¹⁷⁴⁹ Art. 69 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 ; codifié à l'art. L. 163-1 I du C. env.

¹⁷⁵⁰ Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 3.

¹⁷⁵¹ Art. L. 122-1 III du C. env.

1.- La réduction du champ des opérations soumises à évaluation environnementale

438. Jusqu'à la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010, et ses décrets d'application successifs, tous les travaux, ouvrages et aménagements pouvaient en principe être soumis à étude d'impact dès lors que ceux-ci étaient susceptibles de « par l'importance de leurs dimensions ou leurs incidences sur le milieu naturel » de porter atteinte à ce dernier¹⁷⁵². Par exception, la loi du 10 juillet 1976 prévoyait la possibilité que certains ouvrages, limitativement énumérés, puissent être dispensés d'étude d'impact « en raison de la faiblesse de leurs répercussions sur l'environnement »¹⁷⁵³. En complément de l'étude d'impact des projets de travaux, ouvrages et aménagements, l'ordonnance n° 2004-489 du 3 juin 2004¹⁷⁵⁴, et ses décrets d'application successifs¹⁷⁵⁵, ont créé un dispositif d'évaluation environnementale de certains plans et documents ayant une incidence notable sur l'environnement. Le régime juridique de l'étude d'impact des projets et de l'évaluation environnementale des plans et programmes sera par la suite profondément réformé par loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010¹⁷⁵⁶. Celle-ci met en place un système qui distingue, d'une part, les projets, plans et programmes soumis à évaluation de leurs incidences sur l'environnement de manière systématique et, d'autre part, ceux pour lesquels l'autorité administrative compétente (le plus souvent le préfet de région) détermine, après un examen au cas par cas, si une telle évaluation doit être réalisée. Exception faite du retrait de l'examen au cas par cas des défrichements soumis à autorisation et portant sur une superficie totale de moins de 0,5, hectare, le champ d'application des projets soumis à étude

¹⁷⁵² Art. 2 de loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature, préc.

¹⁷⁵³ *Ibid.* ; les catégories de travaux, ouvrages et aménagements exemptés d'étude d'impact seront listées en annexe du décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977, préc.

¹⁷⁵⁴ Ord. n° 2004-489 du 3 juin 2004 portant transposition de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, JO du 5 juin 2004, p. 9979, texte n° 23 ; et son décret d'application n° 2005-613 du 27 mai 2005, JO du 29 mai 2005, p. 9523, texte n° 73

¹⁷⁵⁵ Décret n° 2005-613 du 27 mai 2005 pris pour l'application de l'ordonnance n° 2004-489 du 3 juin 2004 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, préc. ; décret n° 2005-608 du 27 mai 2005 relatif à l'évaluation des incidences des documents d'urbanisme sur l'environnement et modifiant le code de l'urbanisme, JO du 29 mai 2005, texte n° 47.

¹⁷⁵⁶ Art. 230 et s. de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, préc. ; codifié aux art. L. 122-1 et s. du C. env. ; pour les projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements publics et privés, V. : art. 1^{er} du décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements, préc. ; codifié à l'art. R. 122-2 du C. env. ; pour les plans et programmes V. art. 1^{er} du décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 relatif à l'évaluation de certains plans et documents ayant une incidence sur l'environnement, JO du 4 mai 2012, p. 7884, texte n° 2, codifié à l'art. R. 122-17 du C. env.

d'impact restera stable entre 2011 et 2016¹⁷⁵⁷. Nous avons même assisté à un élargissement de l'étude d'impact systématique au concernant les travaux de forages soumis à autorisation¹⁷⁵⁸. Sur la même période, le champ d'application des plans et programmes soumis à évaluation environnementale a suivi un chemin similaire à celui des projets¹⁷⁵⁹.

439. Concrétisant les propositions du rapport Vernier de modernisation de l'évaluation environnementale¹⁷⁶⁰, l'ordonnance du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes et son décret d'application du 11 août 2016 instaurent, afin de permettre à la France de se mettre en conformité avec le droit européen relatif à l'évaluation des incidences de certains projets sur l'environnement¹⁷⁶¹, un processus commun aux projets, plans et programmes : l'évaluation environnementale¹⁷⁶². Ces textes auront également pour conséquence de faire basculer de nombreux projets qui étaient soumis à une étude d'impact systématique vers un processus d'évaluation environnementale selon une procédure de cas par cas¹⁷⁶³. Alors qu'en 2015 l'Autorité environnementale avait été saisie de 58 dossiers soumis à la procédure de décision au « cas par cas »¹⁷⁶⁴, 217 décisions de cas par cas ont été rendues en 2019¹⁷⁶⁵.

Puisant sa source dans une volonté politique de faciliter la réalisation des projets¹⁷⁶⁶, une trajectoire inverse se dessine depuis 2016 entre, d'un côté, les projets et, de l'autre, les plans et programmes. L'évolution la plus marquante concerne les installations classées pour la

¹⁷⁵⁷ Le champ d'application des projets est resté relativement inchangé du décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 jusqu'au décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, JO du 14 août 2016, texte n° 4.

¹⁷⁵⁸ Art. 4 du décret n° 2014-118 du 11 février 2014 modifiant le décret n° 2006-649 du 2 juin 2006 relatif aux travaux miniers, aux travaux de stockage souterrain et à la police des mines et des stockages souterrains ainsi que l'annexe à l'article R. 122-2 du code de l'environnement, JO du 13 février 2014, p. 2500, texte n° 17.

¹⁷⁵⁹ Le champ d'application des plans et programmes est resté relativement inchangé du décret n° 2012-616 du 2 mai 2012 jusqu'au décret n° 2016-1110 du 11 août 2016, préc.

¹⁷⁶⁰ VERNIER J., *Moderniser l'évaluation environnementale*, mars 2015, 96 p.

¹⁷⁶¹ 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, JOUE n° L 124 du 25 avril 2014, p. 1.

¹⁷⁶² Ord. n° 2016-1058 du 3 août 2016 relative à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, JO du 5 août 2016, texte n° 10 ; Décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, préc.

¹⁷⁶³ Annexe à l'art. R. 122-2 du C. env.

¹⁷⁶⁴ Autorité environnementale, *Rapport annuel 2015*, p. 12.

¹⁷⁶⁵ *Ibid.*, p. 27.

¹⁷⁶⁶ ULLMANN G., « L'évaluation environnementale des projets : une peau de chagrin (1/7) », *Actu-Environnement Le Mensuel*, n° 388, en ligne : <https://www.actu-environnement.com/ae/news/evaluation-environnementale-projets-32604.php4>.

protection de l'environnement. Alors qu'antérieurement au décret du 11 août 2016 l'ensemble des IPCE soumis à autorisation faisaient l'objet d'une étude d'impact systématique, ne sont à présent soumis à évaluation environnementale systématique qu'une liste très limitative d'installations classées pour la protection de l'environnement¹⁷⁶⁷. Dès lors, l'ensemble des autres installations soumises à autorisation ou à enregistrement qui ne relèvent pas de la colonne de l'évaluation environnementale systématique sont à présent inscrites par défaut dans la colonne des installations soumises à l'examen au cas par cas. Selon Aude Farinetti, au prétexte de simplifier, le pouvoir réglementaire génère au contraire une complexification et une dérégulation du droit des ICPE¹⁷⁶⁸. Quelques améliorations méritent toutefois d'être signalées. Dans le cas où une ICPE ne serait pas soumise à étude d'impact, le porteur de projet devra tout de même joindre à son dossier de demande d'autorisation une étude d'incidence environnementale¹⁷⁶⁹. Si cette étude est moins exigeante que l'étude d'impact du point de vue de son contenu, elle permet néanmoins de s'assurer de la prise en compte des considérations d'environnement dans les projets faisant l'objet d'une demande d'autorisation environnementale. Plus encore, l'article L. 122-1 du Code de l'environnement énonce que « lorsqu'un projet est constitué de plusieurs travaux, installations, ouvrages ou autres interventions dans le milieu naturel ou le paysage, il doit être appréhendé dans son ensemble, y compris en cas de fractionnement dans le temps et dans l'espace et en cas de multiplicité de maîtres d'ouvrage, afin que ses incidences sur l'environnement soient évaluées dans leur globalité ». Ce faisant, des ICPE soumises à autorisation qui ne relevaient jusqu'à présent pas du champ de l'évaluation environnementale systématique pourront faire l'objet d'une telle évaluation en raison de leur inscription dans un projet plus global.

Sur la même période, si l'on peut relever la suppression de l'évaluation environnementale systématique des plans pluriannuels régionaux de développement forestier et des zones d'actions prioritaires pour l'air, le décret du 11 août 2016 intègre pas moins de 17 nouveaux documents dans le champ des plans et programmes soumis automatiquement à

¹⁷⁶⁷ Art. 1^{er} du décret n° 2016-1110 du 11 août 2016, préc.

¹⁷⁶⁸ « Il n'est donc de toute évidence ici nullement question de simplifier le droit applicable qui se trouve considérablement compliqué par la réforme. En revanche, il s'agit bien d'un allègement des contraintes procédurales applicables à certains exploitants qui échappent désormais au champ de l'étude d'impact systématique, et donc d'une simplification, au sens d'allègement, des exigences qui leur sont imposées » : FARINETTI A., « L'évolution du champ d'application de l'évaluation environnementale des installations classées pour la protection de l'environnement : entre simplification de dérégulation », *RJE*, 3/2018, p. 480.

¹⁷⁶⁹ Art. R. 181-14 du C. env.

évaluation environnementale¹⁷⁷⁰. De surcroît, celui-ci offre la possibilité de soumettre les plans locaux d'urbanisme et les cartes communales qui ne relèvent pas de l'évaluation environnementale systématique à évaluation environnementale dans le cadre de la procédure au cas par cas¹⁷⁷¹. Entre 2016 et 2019, le champ des plans et programmes soumis à évaluation environnementale a connu une certaine stabilité, à la différence de celui des projets. Le décret n° 2018-435 du 4 juin 2018 modifiant des catégories de projets, plans et programmes relevant de l'évaluation environnementale, s'est en effet montré particulièrement régressif. Celui-ci a notamment retiré du champ de l'évaluation environnementale systématique les modifications, même substantielles, des sites « Seveso » existants. Seules sont encore assujettis à évaluation environnementale systématique les créations d'établissements Seveso et les modifications faisant entrer un établissement dans cette catégorie¹⁷⁷². Sont également exclus du cas par cas les forages géothermiques de minime importance au sens de l'article L. 112-3 du code minier¹⁷⁷³. Il retire plus encore de l'évaluation systématique notamment de nombreuses canalisations en matière de transport d'eau chaude, de vapeur d'eau, de gaz ou de certains fluides dangereux, ou encore des travaux, constructions et opérations d'aménagement. Plus encore, le décret n° 2020-559 du 12 mai 2020 modifie de nouveau la nomenclature des ICPE, et fait basculer certaines installations d'un régime d'autorisation vers un régime d'autorisation ou

¹⁷⁷⁰ « [...] 8° Programmation pluriannuelle de l'énergie prévue aux articles L. 141-1 et L. 141-5 du code de l'énergie ; [...] 10° Plan climat air énergie territorial prévu par l'article R. 229-51 du code de l'environnement ; [...] 25° Programme national de la forêt et du bois prévu par l'article L. 121-2-2 du code forestier ; 26° Programme régional de la forêt et du bois prévu par l'article L. 122-1 du code forestier ; [...] 42° Schéma directeur territorial d'aménagement numérique mentionné à l'article L. 1425-2 du code général des collectivités territoriales ; 43° Directive territoriale d'aménagement et de développement durable prévue à l'article L. 172-1 du code de l'urbanisme ; 44° Schéma directeur de la région d'Ile-de-France prévu à l'article L. 122-5 ; 45° Schéma d'aménagement régional prévu à l'article L. 4433-7 du code général des collectivités territoriales ; 46° Plan d'aménagement et de développement durable de Corse prévu à l'article L. 4424-9 du code général des collectivités territoriales ; 47° Schéma de cohérence territoriale et plans locaux d'urbanisme intercommunaux comprenant les dispositions d'un schéma de cohérence territoriale dans les conditions prévues à l'article L. 144-2 du code de l'urbanisme ; 48° Plan local d'urbanisme intercommunal qui tient lieu de plan de déplacements urbains mentionnés à l'article L. 1214-1 du code des transports ; 49° Prescriptions particulières de massif prévues à l'article L. 122-24 du code de l'urbanisme ; 50° Schéma d'aménagement prévu à l'article L. 121-8 du code de l'urbanisme ; 51° Carte communale dont le territoire comprend en tout ou partie un site Natura 2000 ; 52° Plan local d'urbanisme dont le territoire comprend en tout ou partie un site Natura 2000 ; 53° Plan local d'urbanisme couvrant le territoire d'au moins une commune littorale au sens de l'article L. 321-2 du code de l'environnement ; 54° Plan local d'urbanisme situé en zone de montagne qui prévoit la réalisation d'une unité touristique nouvelle soumise à autorisation en application de l'article L. 122-19 du code de l'urbanisme » : art. 1^{er} du décret n° 2016-1110 du 11 août 2016, préc. ; modifiant l'art. R. 122-17 du C. env.

¹⁷⁷¹ Art. 1^{er} du décret n° 2016-1110 du 11 août 2016, préc. ; modifiant l'art. R. 122-17 du C. env.

¹⁷⁷² Art. 1^{er} du décret n° 2018-435 du 4 juin 2018 modifiant des catégories de projets, plans et programmes relevant de l'évaluation environnementale, JO du 5 juin 2018, texte n° 28.

¹⁷⁷³ *Ibid.*

d'enregistrement. Le « renforcement » prétendu de l'examen au cas par cas cache ainsi en réalité une régression très sensible du champ des projets soumis à évaluation environnementale.

Saisi d'un recours tendant à obtenir l'annulation pour excès de pouvoir du décret n° 2018-239 du 3 avril 2018, le Conseil d'État a pourtant retenu, dans le prolongement de son arrêt du 8 décembre 2017¹⁷⁷⁴, une conception particulièrement souple du principe de non-régression¹⁷⁷⁵. Le juge administratif énonce que le déclassement d'un projet antérieurement soumis à l'obligation d'évaluation environnementale après un examen au cas par cas n'est contraire au principe de non-régression de la protection de l'environnement que si ce projet, eu égard à sa nature, à ses dimensions et à sa localisation et compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, est susceptible d'avoir des incidences notables sur l'environnement ou la santé humaine¹⁷⁷⁶. Plus récemment, le Conseil d'État a également retenu que l'application d'un régime d'enregistrement à certaines ICPE précédemment soumises à un régime d'autorisation et à évaluation environnementale systématique n'est pas contraire au principe de régression, dans la mesure où les activités soumises à enregistrement susceptibles d'avoir des incidences notables sur l'environnement doivent faire l'objet d'une évaluation environnementale en vertu de la combinaison des articles L. 122-1 et L. 512-7-2 du Code de l'environnement. Sur le fondement de la jurisprudence de la CJUE et du Conseil d'État¹⁷⁷⁷, certains auteurs préconisent dès lors l'introduction en droit français de « clauses filets » qui permettraient notamment à l'autorité environnementale de « rattraper » certains projets qui pourraient être situés en dessous des critères et des seuils définis par voie réglementaire¹⁷⁷⁸.

440. Régulièrement réformé depuis 2016, le régime juridique de l'évaluation environnementale des projets est ainsi globalement affaibli, là où il aurait dû être renforcé¹⁷⁷⁹. Au prétexte d'être simplifié et clarifié¹⁷⁸⁰, les dispositions du Code de l'environnement relatives à ces évaluations sont également devenues une source de difficulté importante pour les acteurs impliqués, et en particulier les porteurs de projets¹⁷⁸¹. À ce constat, s'ajoute une réduction préoccupante de la compétence du CNPN en matière d'autorisations environnementales.

¹⁷⁷⁴ CE, 8 déc. 2017, Fédération Allier Nature, req. n° 404391.

¹⁷⁷⁵ CE, 9 oct. 2019, Associations France Nature Environnement et Guyane Nature Environnement req. n° 420804.

¹⁷⁷⁶ *Ibid.*

¹⁷⁷⁷ CE, 8 déc. 2017, Fédération Allier Nature, req. n° 404391, préc.

¹⁷⁷⁸ RIBOT C., « Évaluation environnementale et participations citoyennes », *RJE*, 3/2019, p. 544.

¹⁷⁷⁹ Entretien réalisé le 6 mai 2020 auprès de M. Gabriel Ullmann, préc.

¹⁷⁸⁰ MONNOYER-SMITH L., « Avant-propos », in COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Évaluation environnementale. Guide d'interprétation de la réforme du 3 août 2016*, août 2017, p. 4.

¹⁷⁸¹ Entretien réalisé le 14 septembre 2020 auprès de M. Eric Bruyère, préc.

2.- La neutralisation de la compétence du Conseil national de la protection de la nature en matière d'autorisations environnementales

441. L'évolution du cadre juridique des compensations écologiques apparaît d'autant plus préoccupante que nous assistons à un récent détricotage des compétences du Conseil national de la protection de la nature (CNPN) en matière d'autorisation environnementale. Créé par décret en 1946¹⁷⁸², le CNPN avait initialement pour seul objet de participer à la mise en œuvre de la politique des parcs nationaux et des réserves naturelles. Ses compétences furent très sensiblement élargies par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, qui lui confie « pour mission d'apporter, par ses avis, une expertise scientifique et technique » sur les questions de biodiversité terrestre, aquatique et marine¹⁷⁸³. Ses compétences, ses modalités de fonctionnement et sa composition furent par la suite précisées par une série de décrets¹⁷⁸⁴. Le décret n° 2017-81 du 26 janvier 2017 introduit notamment une obligation de consultation systématique du CNPN sur tout projet pour lequel l'autorisation environnementale tiendrait lieu de dérogation « espèces protégées »¹⁷⁸⁵. Au prétexte de dématérialiser la procédure d'autorisation environnementale, de mieux proportionner les consultations, de lancer plus rapidement l'enquête publique et de fluidifier la fin de la procédure¹⁷⁸⁶, le décret n° 2019-1352 du 12 décembre 2019 a fait de la saisine du CNPN pour les projets en matière de dérogation « espèces protégées », qui était la règle, l'exception. Le législateur lui substitue la compétence d'un « Conseil scientifique régional du patrimoine naturel » (CSRPN)¹⁷⁸⁷, dont les membres sont nommés par le préfet de région après avis du conseil régional¹⁷⁸⁸. Le CNPN ne peut donc

¹⁷⁸² Décret n° 46-2847 du 27 novembre 1946 instituant un Conseil national de la protection de la nature, JO du 8 décembre 1946, p. 1433.

¹⁷⁸³ Art. 14 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc.

¹⁷⁸⁴ Décret n° 2017-81 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale, préc. ; décret n° 2017-82 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale, préc. ; décret n° 2017-626 du 25 avril 2017, préc. ; décret n° 2017-342 du 17 mars 2017 relatif au Conseil national de la protection de la nature, JO du 18 mars 2017, texte n° 3 ; décret n° 2018-1054 du 29 novembre 2018 relatif aux éoliennes terrestres, à l'autorisation environnementale et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit de l'environnement, JO du 1 décembre 2018, texte n° 2.

¹⁷⁸⁵ Art. R. 181-28 du C. env., dans sa rédaction antérieure au décret n° 2019-1352 du 12 décembre 2019 portant diverses dispositions de simplification de la procédure d'autorisation environnementale, JO du 14 décembre 2019, texte n° 5.

¹⁷⁸⁶ Objectifs énoncés dans le descriptif du décret relatif à la simplification de la procédure d'autorisation environnementale, soumis à consultation publique du 16/04/2019 au 06/05/2019 : <http://www.consultations-publiques.developpement-durable.gouv.fr/decret-relatif-a-la-simplification-de-la-procedure-a1941.html>

¹⁷⁸⁷ Art. R. 181-28 du C. env.

¹⁷⁸⁸ Art. L. 411-1 A et R. 411-22 du C. env.

plus être saisi que dans deux hypothèses. La première, lorsque « la dérogation dont l'autorisation environnementale tient lieu concerne une espèce figurant sur la liste établie en application de l'article R. 411-8-1 [du Code de l'environnement] ». Très restrictive, cette liste ne concerne que les animaux appartenant à une espèce de vertébrés protégée au titre de l'article L. 411-1 du Code de l'environnement et « menacée d'extinction en France en raison de la faiblesse, observée ou prévisible, de ses effectifs et dont l'aire de répartition excède le territoire d'un département »¹⁷⁸⁹. La deuxième hypothèse permet au CNPN d'être saisi pour avis lorsque « la dérogation dont l'autorisation environnementale tient lieu concerne une espèce figurant sur la liste établie en application de l'article R. 411-13-1 [du Code de l'environnement] ». Cet article ouvre en effet la possibilité au ministre chargé de la protection de la nature de fixer seul, par arrêté, une liste d'espèces animales et végétales, distincte de celle élaborée en application de l'article R. 411-8-1 du Code de l'environnement, à laquelle il ne sera possible de déroger qu'après avis du CNPN. Si cette dernière disposition présente l'intérêt de contrebalancer quelque peu la réduction du champ de compétence du CNPN, et d'attribuer une compétence exclusive au ministre chargé de l'environnement, on ne peut que constater que le champ de compétence du CNPN ressort globalement fortement réduit. Cette évolution peut sembler fâcheuse, dans la mesure où cette institution peut être louée pour la qualité de son expertise scientifique et technique en matière d'autorisations environnementales.

442. Même imparfait, le régime juridique de la compensation écologique a néanmoins le mérite d'encadrer dans une assez large mesure la mise en œuvre de ces dispositifs. Tel n'est pas le cas des paiements pour services environnementaux, qui se développent sans pour autant bénéficier encore d'un régime juridique dédié en droit français.

§2.- L'ABSENCE DE RÉGIME JURIDIQUE PROPRE AUX PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

443. Comme le souligne une étude commandée par le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation consacrée au déploiement des paiements pour services environnementaux en agriculture, ces dispositifs « ne renvoient pas à un régime juridique particulier »¹⁷⁹⁰. En l'absence de régime juridique dédié aux paiements pour services environnementaux, il

¹⁷⁸⁹ Art. R. 411-8 du C. env.

¹⁷⁹⁰ DUVAL L. et al., *Guide à destination des services de l'État et de ses opérateurs : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture*, préc, p. 7.

existerait ainsi une pluralité de régimes juridiques applicables à ces instruments : droit commun des contrats issus du Code civil et du Code de l'environnement, droit des baux issus du Code rural, droit des contrats publics et de la commande publique, etc. La mise en œuvre des paiements pour services environnementaux étant encore embryonnaire en droit interne, l'expérimentation française menée par les agences de l'eau offre des informations intéressantes sur leur régime. D'une part, les « paiements pour services environnementaux » financés par ces agences sont indépendants des paiements agroenvironnementaux et climatiques et les aides à l'agriculture biologique définies par le règlement (UE) n°1305/2013 et non cumulables avec ceux-ci¹⁷⁹¹. D'autre part, comme ont pu le souligner certains auteurs¹⁷⁹², dès lors que les paiements pour services environnementaux sont financés par des personnes publiques, ces dernières ont l'obligation de respecter les prescriptions du droit de la concurrence, à savoir essentiellement le droit de la commande publique (A) et le droit des aides d'État (B).

A.- L'INDISPENSABLE RESPECT PAR LES PERSONNES PUBLIQUES DU DROIT DE DE LA COMMANDE PUBLIQUE

444. Si le droit des marchés publics peut *a priori* sembler inadapté pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux du fait de son excessive rigidité (1), celui-ci offre néanmoins quelques perspectives intéressantes qu'il convient d'identifier (2).

1.- La rigidité du droit des marchés publics pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux

445. Le droit de la concurrence s'applique aux activités économiques, indifféremment de la qualité d'une personne. Les personnes publiques sont en effet tenues de ne pas perturber le libre jeu de la concurrence lorsqu'elles assurent directement des activités économiques sur un marché concurrentiel. La jurisprudence du Conseil d'État énonce sur ce point que si les personnes publiques souhaitent prendre en charge une activité économique, indépendamment de leurs missions de service public, « elles ne peuvent légalement le faire que dans le respect

¹⁷⁹¹ Considérant 36 de la décision de la Commission européenne, Aide d'État/France SA.55052 (2019/N), préc.

¹⁷⁹² V. notamment en ce sens : ETRILLARD C., « Contrats et écosystèmes agricoles. Des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux », préc., p. 301 et s. ; LANGLAIS A., « Les paiements pour services environnementaux comme réponse pertinente d'une agriculture durable », in DEMEESTER M.-L., MERCIER V. (dir.), préc., p. 404 et s.

tant de la liberté du commerce et de l'industrie que du droit de la concurrence »¹⁷⁹³. Pour exercer leurs missions, les personnes publiques ont en effet besoin d'acquérir des biens meubles, immeubles ou encore des services. Lorsqu'elles ne sont pas en mesure d'utiliser leurs propres moyens pour satisfaire leurs missions, celles-ci sont alors contraintes de se tourner vers des fournisseurs en mesure de leur fournir ces biens ou ces services et d'utiliser, pour ce faire, des contrats spécifiques : les contrats de la commande publique¹⁷⁹⁴. Selon l'article 2 du Code de la commande publique, les contrats de la commande publique sont définis comme « les contrats conclus à titre onéreux par un acheteur ou une autorité concédante, pour répondre à ses besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, avec un ou plusieurs opérateurs économiques ». Ces contrats peuvent prendre la forme, soit de contrats de marchés publics, soit des contrats de concession¹⁷⁹⁵. L'action des personnes publiques se révèle ainsi strictement encadrée, afin notamment de garantir les principes d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique, de liberté d'accès et de transparence des procédures¹⁷⁹⁶. Comme le souligne Hélène Hoepffner à propos de la compensation écologique¹⁷⁹⁷, et Liliane Icher concernant les paiements pour services environnementaux¹⁷⁹⁸, chacun de ces deux dispositifs est susceptible, dans la mesure où il serait conclu à la demande d'une personne publique, d'être soumis au droit de la commande publique.

446. Mécanisme incitatif, un paiement pour service environnemental ne peut en principe pas être constitué dès lors qu'il serait réalisé par une personne publique de sa propre initiative. En revanche, une prestation de service environnemental peut être confiée par une personne publique à un prestataire public ou privé qui sera chargé de la réaliser. L'objectif recherché par la personne publique n'est pas donc d'assurer elle-même le service, ou de se fournir les moyens d'assurer elle-même ce service, mais d'exiger d'un opérateur économique la réalisation d'une prestation de service environnemental. De fait, les contrats de prestation de services environnementaux n'ont *a priori* pas pour objet de confier « l'exécution de travaux ou la gestion

¹⁷⁹³ CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, req^o 275531, Rec. p. 272 ; sur le respect par les personnes publiques du droit de la concurrence, V. également : CE, 3 nov. 1997, Société Yonne Funéraire, Société Interarbres, Société Million et Marais, req. n^o 169907, Rec. p. 406.

¹⁷⁹⁴ Art. L. 1 du CCP.

¹⁷⁹⁵ Art. L. 2 du CCP.

¹⁷⁹⁶ Art. L. 3 du CCP.

¹⁷⁹⁷ HOEPFFNER H., « La commande publique de compensation environnementale : un impensé de la loi Biodiversité », préc., pp. 243-267.

¹⁷⁹⁸ ICHER L., « La dépense publique en matière environnementale : l'exemple de la protection des sols », préc., p. 182 et s.

d'un service à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation de l'ouvrage ou du service »¹⁷⁹⁹, mais plutôt de permettre à une personne publique de satisfaire un besoin « en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent »¹⁸⁰⁰. Dès lors qu'ils seraient soumis au droit de la commande publique, les paiements pour services environnementaux s'assimileraient, par conséquent, non pas à des contrats de concession, mais à des marchés publics¹⁸⁰¹.

Tout comme la compensation des atteintes à la biodiversité, les paiements pour services environnementaux semblent susceptibles de mobiliser, au regard de leur objet et la nature des obligations contractées, deux types de marchés : d'une part les marchés de travaux¹⁸⁰², d'autre part les marchés de services¹⁸⁰³. Constitueraient ainsi des marchés de services les missions nécessitant de procéder ou d'assister la personne publique dans la recherche et l'expertise de terrains destinés à la mise en place d'un PSE, la définition des opérations pertinentes à entreprendre d'un point de vue écologique, le conventionnement avec les opérateurs privés et/ou publics (sécurisation des terrains, gestion écologique, rémunération, etc.) ou bien encore le suivi de ces mesures dans le temps. La réalisation d'une prestation de service environnemental se traduisant par des mesures de réhabilitation, de restauration, de préservation et de gestion d'éléments de la biodiversité, celle-ci semble relever, en elle-même, plutôt d'activités de travaux que de services. Un avis de marché « renaturation du ruisseau du Merdy à Hennebont » est ainsi explicitement référencé comme marché de travaux d'exécution¹⁸⁰⁴ et comme « travaux d'amélioration de l'environnement » (Code CPV : 45262640-9) au regard du règlement (CE) n° 213/2008 du 28 novembre 2007¹⁸⁰⁵. Cette double qualification se retrouve

¹⁷⁹⁹ Art. 1121-1 du CCP.

¹⁸⁰⁰ Art. 1111-1 du CCP.

¹⁸⁰¹ Selon l'art. L. 1111-1 du CCP, « un marché est un contrat conclu par un ou plusieurs acheteurs soumis au présent code avec un ou plusieurs opérateurs économiques, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services, en contrepartie d'un prix ou de tout équivalent ».

¹⁸⁰² Selon l'article L. 1111-2 du Code de la commande publique, « Un marché de travaux a pour objet : 1° Soit l'exécution, soit la conception et l'exécution de travaux dont la liste figure dans un avis annexé au présent code ; 2° Soit la réalisation, soit la conception et la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux exigences fixées par l'acheteur qui exerce une influence déterminante sur sa nature ou sa conception. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

¹⁸⁰³ Selon l'article L. 1111-4 du Code de la commande publique, « un marché de services a pour objet la réalisation de prestations de services ».

¹⁸⁰⁴ Marché public ou privé n° 5032497, publié le 22/11/19 sur la plate-forme Mégalis Bretagne.

¹⁸⁰⁵ Règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007 modifiant le règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV) et les directives 2004/17/CE et 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil relatives aux procédures en matière de marchés publics, en ce qui concerne la révision du CPV, JOUE n° L 74 du 15 mars 2008, p. 1.

également dans un avis de marché relatif à la réalisation « travaux de génie écologique dans le cadre de la mise en œuvre [de] mesures de compensation écologique »¹⁸⁰⁶.

447. Très encadré, le droit de la commande publique apparaît quelque peu en décalage avec la flexibilité qui caractérise les paiements pour services environnementaux. Longtemps qualifiés d'administratifs en application de critères jurisprudentiels, les marchés publics constituent des contrats publics par détermination de la loi¹⁸⁰⁷. De surcroît, les paiements pour services environnementaux peuvent supposer de mobiliser un acteur déterminé en fonction de critères écologiques et/ou des droits de propriété détenus sur les terrains concernés. Il apparaît dès lors peu pertinent de procéder à une mise en concurrence systématique des potentiels prestataires de services environnementaux, d'autant plus que les agriculteurs sont explicitement reconnus comme des interlocuteurs à privilégier pour la mise en œuvre de ces dispositifs. Pourtant, l'article L. 2152-7 du Code de la commande publique dispose que « le marché est attribué au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base d'un ou plusieurs critères objectifs, précis et liés à l'objet du marché ou à ses conditions d'exécution ». Si ces exigences ont pour objet d'assurer le respect d'un principe d'égalité de traitement des candidats à l'attribution d'un contrat de la commande publique¹⁸⁰⁸, il n'apparaît pas possible, à première vue, d'accorder une priorité dans l'attribution de marchés de prestations de services environnementaux à des catégories d'organismes bien déterminés, tels que les agriculteurs. Très encadré, le droit de la commande publique offre toutefois un certain nombre de marges de manœuvre susceptibles d'être utilisées pour faciliter la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux.

2.- Les potentialités offertes par le droit de la commande publique pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux

448. Si le Code de la commande publique exige, par principe, un strict respect des règles de publicité et de mise en concurrence, il permet également, par exception, à l'acheteur public de s'affranchir de ces obligations dans le cadre de marchés publics « de gré à gré »¹⁸⁰⁹. Il lui sera

¹⁸⁰⁶ Avis de marché « Travaux de génie écologique - Mise en œuvre des mesures de compensation écologique - ZAC du Triangle de Gonesse (95) », Marché public ou privé n° 4906909, publié le 3 octobre 2019 sur le site Achatpublic et le 1^{er} octobre 2019 au BOAMP.

¹⁸⁰⁷ Art. L. 6 du CPP.

¹⁸⁰⁸ Art. L. 3 al. 1 du CCP.

¹⁸⁰⁹ Art. L. 2122-1 et s. et R. 2122-1 et s. du CCP.

ainsi possible de déroger notamment à l'obligation de publicité et de mise en concurrence pour répondre à un besoin de faible montant, notamment lorsque sa valeur estimée est inférieure à 40 000 euros hors taxes, ou « lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé », notamment pour « des raisons techniques »¹⁸¹⁰. Sur le fondement de ces dispositions, il pourrait être envisagé de confier la réalisation, sur des espaces à enjeux écologiques préalablement identifiés, de prestations de services environnementaux à des personnes disposant de connaissances et de compétences techniques intéressantes (propriétaires fonciers, exploitants agricoles, associations de protection de l'environnement, etc.) ainsi que d'un fort degré d'implantation locale.

449. Le Code de la commande publique permet également à une personne publique, en fonction du montant du marché, de s'inscrire dans le cadre d'une procédure adaptée (MAPA). Plus contraignante que la procédure « de gré à gré », celle-ci permet à l'acheteur de définir librement les modalités de passation de certains marchés en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation des opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat¹⁸¹¹. L'acheteur peut ainsi notamment alléger les formalités de publicité du marché, raccourcir les délais ou encore simplifier la procédure. Cette exception apparaît intéressante pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux, puisqu'elle s'applique en fonction de seuils monétaires respectivement fixés, pour les autorités publiques centrales (État, établissements publics, etc.) à 139 000 € HT en matière de services et de 5 350 000 € HT en matière de travaux¹⁸¹². Corrélée à la procédure adaptée, la possibilité de tenir compte dans la passation des marchés publics de critères d'attributions relatifs à la qualité, à la proximité (délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique) ou encore environnementaux (protection de la biodiversité, du climat ou encore des services rendus par les écosystèmes) offre des marges de manœuvre pour permettre de garantir une certaine flexibilité dans la mise en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux.

¹⁸¹⁰ Art. R. 2122-3 du CPP.

¹⁸¹¹ Art. L. 2123-1 et R. 2123-4 du CCP.

¹⁸¹² Avis relatif aux seuils de procédure et à la liste des autorités publiques centrales en droit de la commande publique, JO du 10 décembre 2019, texte n° 53.

450. Dans le cas où la contrepartie à la réalisation d'un service environnemental ne prendrait pas la forme d'une rémunération d'une prestation de service, mais d'une aide, les personnes publiques se doivent de respecter également le droit des aides d'État.

B.- LES CONTRAINTES LIÉES AU RESPECT DU RÉGIME JURIDIQUE DES AIDES D'ÉTAT

451. Comme nous avons pu précédemment le démontrer, les paiements pour services environnementaux consistent, en principe, à rémunérer une prestation de service. Il est dès lors surprenant de constater que l'expérimentation de « paiements pour services environnementaux » repose sur l'attribution d'« aides » – ou de « subventions » – versées aux exploitants agricoles en contrepartie d'actions ou de modalités de gestion des terres qui améliorent ou maintiennent l'état de l'environnement. Dans ce contexte, la mise en œuvre de ces dispositifs est susceptible de se heurter à l'interdiction de principe des aides d'État (1). Ce régime se révélant fortement contraignant, il convient par conséquent d'envisager les perspectives offertes par les mesures agro-environnementales et climatiques pour rémunérer les services environnementaux rendus par les exploitants agricoles (2).

1.- Les paiements pour services environnementaux à l'épreuve de l'interdiction de principe des aides d'État

452. Dès lors que la contrepartie à la réalisation d'un paiement pour service environnemental prendrait la forme d'une aide, celle-ci est susceptible de se heurter à l'interdiction de principe des aides publiques nationales par le droit international et le droit de l'Union européenne. Justifiée au nom de la libre concurrence, cette interdiction est tantôt évoquée par certains auteurs comme un obstacle potentiel à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux, tantôt ignorée. Cette question a d'ailleurs fait l'objet en 2016 d'une étude financée par le ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt, dont la mission consistait à « dégager les modalités d'une meilleure rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture et d'élaborer des propositions pour améliorer l'incitation économique des exploitants à adopter des MAE efficaces d'un point de vue

environnemental, tout en respectant les règles de l'OMC et celles de la PAC »¹⁸¹³. En dépit de ce qu'une première analyse pourrait laisser penser, le droit européen et international offre un certain nombre de perspectives, non seulement pour rendre les outils du second pilier plus incitatifs, mais également pour permettre le développement de paiements pour services environnementaux en dehors du régime de la politique agricole commune.

453. Préalablement à l'identification des obstacles et des marges de manœuvre dont bénéficie la France pour accorder des aides dans le cadre d'un système de paiements pour services environnementaux, il convient tout d'abord de revenir sur la nature des contraintes imposées par le droit international et le droit européen. En droit international, l'article premier de l'Accord sur les subventions et les mesures compensatoires (Accord « SMC »), signé dans le cadre de l'Organisation mondiale de commerce (OMC) reconnaît ainsi l'existence d'une « subvention » dès lors que les pouvoirs publics, ou tout organisme public d'un État membre, accordent à un organisme une contribution financière, ou un soutien aux revenus ou aux prix, qui auraient pour effet de conférer à ce dernier un avantage¹⁸¹⁴. Selon l'article 107 du TFUE (ex-article 87 TCE), constitue une aide d'État « les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Formulées différemment, ces deux définitions reposent en réalité sur les deux mêmes critères, d'une part l'origine publique du financement et, d'autre part, la création de distorsions dans les échanges¹⁸¹⁵. En dépit de ce que l'on pourrait légitimement penser, les aides à agriculture en faveur de la protection de l'environnement ne font pas exception. Si le GATT du 30 octobre

¹⁸¹³ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final, préc.*, p. 6.

¹⁸¹⁴ « 1.1 Aux fins du présent accord, une subvention sera réputée exister : a) 1) s'il y a une contribution financière des pouvoirs publics ou de tout organisme public du ressort territorial d'un Membre (dénommés dans le présent accord les "pouvoirs publics"), c'est-à-dire dans les cas où : i) une pratique des pouvoirs publics comporte un transfert direct de fonds (par exemple, sous la forme de dons, prêts et participation au capital social) ou des transferts directs potentiels de fonds ou de passif (par exemple, des garanties de prêt) ; ii) des recettes publiques normalement exigibles sont abandonnées ou ne sont pas perçues (par exemple, dans le cas des incitations fiscales telles que les crédits d'impôt) ; iii) les pouvoirs publics fournissent des biens ou des services autres qu'une infrastructure générale, ou achètent des biens ; iv) les pouvoirs publics font des versements à un mécanisme de financement, ou chargent un organisme privé d'exécuter une ou plusieurs fonctions des types énumérés aux alinéas i) à iii) qui sont normalement de leur ressort, ou lui ordonnent de le faire, la pratique suivie ne différant pas véritablement de la pratique normale des pouvoirs publics ; ou a) 2) s'il y a une forme quelconque de soutien des revenus ou des prix au sens de l'article XVI du GATT de 1994 ; et b) si un avantage est ainsi conféré. »

¹⁸¹⁵ DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, préc., p. 42 et s.

1947 laissait une grande marge de manœuvre aux États signataires en matière de soutiens à l'agriculture¹⁸¹⁶, l'Accord sur l'agriculture conclu dans le cadre du Cycle de l'Uruguay (1986-1994) en restreint rigoureusement l'usage au nom de la lutte contre les restrictions et distorsions de concurrence¹⁸¹⁷. L'article 6 de cet accord formalise ainsi l'engagement des États parties de réduire les dispositifs de soutien interne en faveur des producteurs agricoles. Ce dernier prévoit toutefois, en annexe, un certain nombre d'exceptions regroupées au sein de trois catégories : les aides de la boîte « orange », de la boîte « bleue » et de la boîte verte ». Ont ainsi été autorisées les aides de la boîte verte, qui concernent tout spécifiquement des mesures de soutien dont les effets sur les échanges et la production de biens agricoles sont nuls ou minimes¹⁸¹⁸. Bien que le montant des versements soit « limité aux coûts supplémentaires ou aux pertes de revenu découlant de l'observation du programme public »¹⁸¹⁹, les critères fixés par l'Accord sur l'agriculture sont toutefois apparus « relativement imprécis »¹⁸²⁰. Du fait de l'adhésion des six États fondateurs de la Communauté économique européenne au GATT, l'influence du droit du commerce international sur le droit de l'Union communautaire va se manifester assez visiblement dans le cadre du processus de création de la politique agricole commune¹⁸²¹.

454. Dans sa rédaction initiale¹⁸²², l'article 92 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne (Traité CEE) disposait que « sauf dérogations prévues par le présent Traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit, qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions »¹⁸²³. Afin de permettre la mise en

¹⁸¹⁶ Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (General Agreement on Tariffs and Trade – GATT), signé le 30 octobre 1947.

¹⁸¹⁷ L'Accord sur l'agriculture constitue l'un des nombreux accords adoptés dans le cadre du Cycle de l'Uruguay (1986-1994). Il constitue l'un des accords de l'« Annexe IA Accords multilatéraux sur le commerce des marchandises » qui accompagnent l'« Acte final » signé en 1994 à Marrakech.

¹⁸¹⁸ Paragraphe 1 de l'Annexe 2 de l'Accord sur l'agriculture.

¹⁸¹⁹ Paragraphe 12 de l'Annexe 2 de l'Accord sur l'agriculture.

¹⁸²⁰ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 13.

¹⁸²¹ Les six États fondateurs de la CEE décidèrent, conformément à l'article 24 du GATT, de soumettre le Traité CEE – Traité de Rome – du 25 mars 1957 à un examen de compatibilité avec le GATT.

¹⁸²² L'appellation Traité CEE est remplacée par « Traité instituant la Communauté européenne » (Traité CE) suite à la signature du Traité de Maastricht du 7 février 1992.

¹⁸²³ Art. 92 du Traité instituant la Communauté Économique Européenne du 25 mars 1957, JOCE n° P 152 du 13 juillet 1967, p. 2. L'article 92 du traité CEE est aujourd'hui codifié à l'article 107 du TFUE (ex-article 87 TCE).

place d'une politique agricole commune, l'article 42 du Traité CEE ouvrait, par exception, la possibilité au Conseil d'autoriser l'octroi d'aides à l'agriculture, notamment, pour la protection des exploitations défavorisées par des conditions structurelles ou naturelles, ou dans le cadre de programmes de développement économique. Les aides à destination des agriculteurs qui s'engagent à protéger l'environnement n'étant pas explicitement incluses dans la liste limitative des aides compatibles avec le marché commun, ces dernières pouvaient ainsi s'assimiler, dans un premier temps, à des aides publiques au regard des critères fixés à l'article 92 du Traité CEE. En application de l'article 42 du traité CEE, le règlement (CEE) n° 797/85 du Conseil du 12 mars 1985¹⁸²⁴, prolongé par le règlement n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992¹⁸²⁵, a ainsi mis en place un nouveau régime d'aides bénéficiant aux agriculteurs qui s'engagent à protéger l'environnement et entretenir l'espace naturel. Afin de s'assurer de la conformité de ce dispositif avec le droit européen des aides d'États, et les engagements des États signataires du GATT, ces mesures ne furent autorisées qu'à la condition de « compenser les agriculteurs de leurs pertes de revenu dues à une réduction de la production et /ou à une augmentation des coûts de production ainsi que pour le rôle qu'ils jouent dans l'amélioration de l'environnement »¹⁸²⁶. Les faibles montants proposés et la rigidité du cadre juridique sont largement dénoncés comme la cause du faible caractère attractif de ces programmes en France et en Europe¹⁸²⁷. Tout l'intérêt est donc de déterminer dans quelle mesure l'interdiction de principe des aides d'État constitue un obstacle sérieux pour le développement des paiements pour services environnementaux en dehors du cadre contraignante de la politique agricole commune.

455. Selon l'article 108§3 du TFUE (ex-article 88 TCE), tout financement public remplissant les critères énoncés à l'article 107§1 du TFUE constitue une aide d'État et doit obligatoirement être notifié à la Commission européenne. Il convient de souligner que ce n'est pas parce qu'une aide est qualifiée « d'aide d'État » que celle-ci est nécessairement illégale. Il reviendra en effet à la Commission de valider ce régime d'aide si celui-ci ne porte pas atteinte à la concurrence. En l'absence de notification, ou en cas de maintien d'un régime d'aide qui aurait été déclaré incompatible avec le marché intérieur par la Commission, celle-ci peut enjoindre l'État ou les opérateurs économiques concernés à rembourser les sommes indument perçues. Sur le

¹⁸²⁴ Règlement (CEE) n° 797/85 du Conseil du 12 mars 1985, préc.

¹⁸²⁵ Règlement (CEE) n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992, préc.

¹⁸²⁶ Considérant 12 du règlement (CEE) n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992, préc.

¹⁸²⁷ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 54 et s.

fondement de l'article 108§3 du TFUE, la France a notifié en juillet 2019 un régime d'aide à la Commission européenne dédié à la « Valorisation des services environnementaux et incitation à la performance environnementale des exploitations ». Ce régime a été déclaré compatible avec le marché intérieur, conformément à l'article 107(3)(c) du TFUE, par la Commission européenne dans une décision du 18 février 2020¹⁸²⁸. Bien que ce régime d'aide ait été autorisé pour une durée limitée, jusqu'au 31 décembre 2021, celui-ci présente l'intérêt de permettre aux agences de l'eau d'échapper aux contraintes financières du régime des aides *de minimis*, sur lequel certaines avaient pu se fonder de manière transitoire¹⁸²⁹.

456. En vertu de l'article 94 du Traité CEE, le Conseil européen a en effet été autorisé à prendre tout règlement utile pour l'application des dispositions relatives aux aides accordées par les États et dispenser certaines catégories d'aides de l'obligation de notification à la Commission¹⁸³⁰. Sur ce fondement, et au regard de l'expérience acquise par la Commission, le Conseil a choisi d'attribuer compétence à cette dernière pour exempter, par un règlement (CE) n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998, certaines aides de l'obligation de notification¹⁸³¹. Celui-ci a permis d'instaurer un double système d'exemptions : par catégories et de *minimis*¹⁸³². Par dérogation au droit commun, la Commission peut en effet exempter de notification les aides de *minimis*¹⁸³³, dont le plafond par bénéficiaire est fixé à 20 000 euros sur trois ans¹⁸³⁴. Or, dans la mesure où les paiements pour services environnementaux peuvent parfois porter sur de petites sommes, cette possibilité n'est ainsi pas à minimiser, comme en témoigne le recours à ce dispositif pour la protection du grand Hamster d'Alsace¹⁸³⁵. Les marges de manœuvres

¹⁸²⁸ Décision de la Commission européenne, Aide d'État/France SA.55052 (2019/N), préc.

¹⁸²⁹ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

¹⁸³⁰ L'art. 94 du traité CEE est aujourd'hui codifié à l'article 109 du TFUE (ex-article 89 TCE).

¹⁸³¹ Cette compétence a été attribuée à la Commission par le règlement n° 994/98 du Conseil du 7 mai 1998 sur l'application des articles 92 et 93 du traité instituant la Communauté européenne à certaines catégories d'aides d'État horizontales, JOCE n° L 142 du 14 mai 1998, p. 1. Celle-ci a par la suite fait l'objet d'une codification par le Traité de Lisbonne à l'article 108§4 du TFUE (ex-article 88 TCE) : « 4. La Commission peut adopter des règlements concernant les catégories d'aides d'État que le Conseil a déterminées, conformément à l'article 109, comme pouvant être dispensées de la procédure prévue au paragraphe 3 du présent article. »

¹⁸³² Art. 1 et 2 du règlement (CE) n° 994/98 du 7 mai 1998, préc.

¹⁸³³ Art. 2 du règlement (CE) n° 994/98 du 7 mai 1998, préc.

¹⁸³⁴ Règlement (UE) 2019/316 de la Commission du 21 février 2019 modifiant le règlement (UE) no 1408/2013 relatif à l'application des articles 107 et 108 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne aux aides *de minimis* dans le secteur de l'agriculture, JOUE n° L 51 du 22 février 2019, p. 1.

¹⁸³⁵ Instruction technique DGPE/SDPE/2015-1148 22/12/2015 : Aide "de minimis" à destination des exploitations agricoles maintenant des bandes de blé et de luzerne non récoltées favorables au grand Hamster d'Alsace et modalités de mise en œuvre au titre de l'année 2015.

financières du régime *de minimis* étant réduites, il peut dès lors sembler intéressant d'évaluer les perspectives offertes par les mesures agro-environnementales et climatiques de la PAC.

2.- La sous-utilisation des perspectives offertes par les mesures agroenvironnementales et climatiques de la politique agricole commune

457. Le régime juridique issu de la politique de développement rural de la PAC présente de nombreux inconvénients pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux. D'une part, Carole Hermon et Isabelle Doussan soulignent la « particulière complexité du système mis en place par la PAC »¹⁸³⁶. Les auteurs ajoutent que « l'impression dominante est en effet celle d'un assemblage de règles [...] dont la cohérence n'apparaît pas aisément »¹⁸³⁷. En dépit de l'existence d'une plateforme dédiée (« telepac »), les personnes physiques ou morales qui souhaitent contracter sont invitées à se rapprocher de leur direction départementale des Territoires et de la Mer (DDTM). D'autre part, le public visé est très restreint, puisqu'il se limite, pour l'essentiel, aux personnes physiques ou morales exerçant une activité agricole¹⁸³⁸. Plus encore, le dispositif n'est pas assez incitatif, dans la mesure où les coûts éligibles sont les surcoûts ou les pertes générées par les engagements¹⁸³⁹. À titre d'exemple, dans le cadre de la mesure API – Amélioration du potentiel pollinisateur des abeilles, qui consiste à maintenir sur l'exploitation un nombre de colonies d'abeilles en vue notamment d'améliorer le service de pollinisation, les « coûts éligibles sont les pertes de revenu générées par les engagements »¹⁸⁴⁰ et le « montant unitaire s'élève à 21€/an/colonie »¹⁸⁴¹. Si le bénéficiaire de l'aide doit s'engager à mettre à disposition un minimum de 72 ruches, le montant de l'aide qui lui est versée reste limité (72 x 21€ = 1512€/an) par rapport aux prix pratiqués dans le cadre de contrats de pollinisation, où les tarifs moyens sont situés entre 20 et 30 € HT par ruche pour deux semaines de mise à disposition. Enfin, les contrats sont conclus pour une courte durée, généralement de 5 ans. L'objectif sous-jacent des réflexions favorables au déploiement des paiements pour services environnementaux est, selon nous, de s'extraire du cadre juridique fortement contraint

¹⁸³⁶ HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, préc., p. 301.

¹⁸³⁷ *Ibid.*

¹⁸³⁸ Art. D. 341-8 du C. rur.

¹⁸³⁹ « Les paiements devraient contribuer à couvrir les coûts supplémentaires et les pertes de revenus résultant des engagements contractés et ne devraient porter que sur les engagements qui vont au-delà des exigences et normes obligatoires correspondantes, conformément au principe du "pollueur-payeur" » : Considérant 22 du règlement (UE) n° 1305/2013 du 17 décembre 2013, préc.

¹⁸⁴⁰ Document cadre national pour la programmation 2014 – 2020, version 9.1 du 3 juin 2020, p. 145.

¹⁸⁴¹ *Ibid.*, p. 146.

de la politique agricole commune. Le but poursuivi est ainsi, d'une part, de renforcer l'attractivité de ces dispositifs en ne limitant plus les contreparties aux seuls coûts d'opportunité et, d'autre part, de mobiliser des outils plus largement négociés et moins strictement encadrés. En dépit de sa rigidité, la politique de développement rural accorde un certain nombre de marges de manœuvre qui restent pourtant sous-exploitées par la France.

458. En premier lieu, le rapport rendu en 2016 à l'initiative du ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt révèle une sous-utilisation, par la France, des marges de manœuvre importantes dont elle bénéficie pourtant pour calculer le niveau des paiements¹⁸⁴². Ce document révèle notamment un décalage significatif, sur la période 2007-2013, entre la France et les autres pays membres de l'UE dans les montants moyens des paiements accordés à l'hectare¹⁸⁴³. La France serait ainsi le pays dont le pourcentage des aides consacrées à la protection de l'environnement est l'un des plus faibles des pays européens¹⁸⁴⁴. En second lieu, la France se distinguerait des autres pays étudiés « par une dispersion du budget sur un grand nombre de mesures »¹⁸⁴⁵. De surcroît, les « coûts organisationnels et de transaction [...] : coût d'acquisition de l'information, coût d'apprentissage des compétences techniques nécessaires à l'adoption de nouvelles pratiques, ainsi que les coûts de gestion et d'administration du contrat » seraient insuffisamment pris en compte et compensés depuis 2005, ce qui expliquerait le manque d'attractivité de ces dispositifs¹⁸⁴⁶. Le document propose dès lors de recourir à des critères rémunérant plus généreusement les mesures entreprises et de mobiliser, de façon systématique, la possibilité de prendre compte les coûts de transaction. Plus encore, « la France privilégie de façon très majoritaire les notifications individuelles d'aides ou de régimes et délaisse l'intégration des aides projetées dans les régimes généraux d'exemptions déjà prévus

¹⁸⁴² DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 61 et s.

¹⁸⁴³ *Ibid.*

¹⁸⁴⁴ « La France consacre 2 à 3 % de ses aides (hors SIEG et ferroviaire) aux objectifs environnementaux alors que la moyenne européenne s'établit à 24 %, que l'Allemagne y consacre 37 % et le Royaume-Uni 35 %. Cette situation peut s'expliquer soit par une plus faible mobilisation des aides d'État dans les politiques environnementales, soit par un défaut de notification des administrations en charge de la politique environnementale » : WAHL T., THOMAS J., KRIEFF D., VANDERHEYDEN G., *Les aides d'État*, Rapport n° 2014-M-094-02, Inspection générale des finances, 2015, p. 11 et s.

¹⁸⁴⁵ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 62.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*, pp. 54-55.

par la Commission »¹⁸⁴⁷. En dernier lieu, certaines catégories d'exonération ou de réduction d'impôt, notamment les exonérations de taxe foncière sur la propriété non bâtie, échapperaient à la qualification d'aide d'État¹⁸⁴⁸. L'ensemble des possibilités ainsi offertes par le droit européen confirme, une fois encore, l'intérêt qu'il y aurait de ne pas limiter la contrepartie à la réalisation d'un service environnemental à une rémunération strictement monétaire¹⁸⁴⁹.

459. Si la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux et des compensations écologiques se révèle *in fine* assez fortement encadrée. La fragmentation des dispositions relatives à ces dispositifs, ainsi que l'absence d'articulation explicitement envisagée entre ces deux instruments, nous invitent par conséquent à déterminer dans quelle mesure il serait possible d'envisager une mise en cohérence de leurs cadres juridiques.

SECTION 2.- LA MISE EN COHÉRENCE DU CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

460. Les récentes évolutions législatives et réglementaires intervenues depuis la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 ont permis, dans une certaine mesure, de renforcer la cohérence des compensations écologiques. L'instauration, en particulier, de l'autorisation environnementale, ou encore la création d'un chapitre du Code de l'environnement dédié à la « Compensation des atteintes à la biodiversité », contribuent juridiquement à simplifier et à uniformiser la mise en œuvre de ces dispositifs. Cette dynamique de mise en cohérence est cependant encore loin de déboucher sur un régime juridique unique de la compensation écologique. Opérant essentiellement par renvois, les nouvelles dispositions contenues aux articles L. 163-1 et suivants du Code de l'environnement se superposent, sans pour autant remplacer, celles qui sont propres à chaque réglementation susceptible d'exiger la réalisation de mesures compensatoires. À la différence de la compensation écologique, les paiements pour services environnementaux ne bénéficient pas d'un régime juridique dédié. C'est par conséquent une pluralité de régimes juridiques (droit commun des contrats, droit des aides d'état, droit de la concurrence, etc.) qui viennent en régir l'usage. Ce constat nous invite par conséquent à déterminer si une rationalisation du cadre juridique des compensations écologiques et des paiements pour services environnementaux est possible (§1). Compte tenu

¹⁸⁴⁷ WAHL T., THOMAS J., KRIEFF D., VANDERHEYDEN G., *Les aides d'État*, préc., spéc. p. 1 et p. 12 et s.

¹⁸⁴⁸ BLUMANN C., « La réforme de la PAC », *RTD eur.*, 1993, p. 247.

¹⁸⁴⁹ V. supra. §. n° 183 et s.

des nombreux points communs entre ces deux dispositifs, il conviendra également d'identifier les perspectives d'articulation juridique et opérationnelle susceptibles d'exister entre eux (§2).

§1.- LA RATIONNALISATION DU CADRE JURIDIQUE PROPRE À CHAQUE INSTRUMENT

461. Eu égard à la complexité et à l'hétérogénéité du régime juridique des compensations écologiques, une tentative de rationalisation de celui-ci n'apparaît pas chose aisée. Les différentes dispositions fondant la réalisation de mesures compensations s'appliquent en effet à des objets relativement distincts qui ne se limitent pas à la seule biodiversité¹⁸⁵⁰. De plus, les exigences que ces différents textes formalisent se révèlent parfois propres à chaque objet. Périlleuse, une démarche de mise en cohérence exige ainsi de concilier la diversité de ces enjeux tout en garantissant, en application du principe de non-régression¹⁸⁵¹, de maintenir le niveau de protection de l'environnement offert par les textes existants (A). En l'absence de cadre juridique spécifique, la démarche peut se révéler, *a priori*, plus aisée en matière de paiements pour services environnementaux que de compensation écologique. Compte tenu de la souplesse qui caractérise les PSE, l'intérêt de créer un régime juridique dédié est toutefois limité (B).

A.- L'ÉVOLUTION INDISPENSABLE DU CADRE JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES

462. Du fait de la dispersion des dispositions relatives aux compensations écologiques dans une pluralité de dispositions législatives et réglementaires, il convient de se demander s'il pourrait être envisagé d'unifier ces régimes juridiques préexistants (1). Si un effort de mise en cohérence s'avère indispensable, il convient également de se demander si le champ d'application des compensations écologiques ne mériterait pas d'être réévalué (2).

1.- L'opportunité d'unifier le cadre juridique des compensations écologiques

463. Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas avait pu souligner « l'articulation incomplète des compensations »¹⁸⁵², qui constituent un des éléments de la

¹⁸⁵⁰ V. supra. §. n° 435.

¹⁸⁵¹ Art. L. 110-1 II du C. env.

¹⁸⁵² LUCAS, M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 186 et s.

séquence « ERC ». Dans le même sens, Gilles Martin a pu relever que « notre droit ne dit toujours rien ou presque [...] sur l'articulation entre les différentes mesures de compensation qui peuvent être arrêtées aux termes de procédures connexes mais qui conservent néanmoins une certaine autonomie »¹⁸⁵³. Si l'ensemble de la séquence « ERC », dont découlent le plus souvent les mesures compensatoires, a été rattaché par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 au principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement¹⁸⁵⁴, celle-ci est encore appliquée au sein d'une pluralité de législations sectorielles possédant chacune leur propre mécanisme d'évitement, de réduction, et de compensation : évaluation environnementale des projets, plans et programmes ainsi qu'une grande diversité de procédures environnementales (autorisation, déclaration ou enregistrement au titre des « ICPE », autorisation ou déclaration au titre de la loi sur l'eau, évaluation des incidences « Natura 2000 », dérogations « espèces protégées »)¹⁸⁵⁵. Soulignant la nécessité « d'un effort de mise en cohérence juridique de la séquence "ERC" »¹⁸⁵⁶, Hélène Bras relève « qu'en la matière, il n'y a pas de cadre unifié, pas d'uniformité du cadre juridique mais qu'il existe un ensemble assez hétérogène de régimes juridiques distincts (défrichement, Natura 2000, destructions d'espèces, impacts sur l'eau, etc.) qui concernent des situations ou des actes administratifs disparates (documents de planification ou bien des autorisations pour la réalisation de projets). Ce foisonnement a rendu plus complexe et plus hétérogène le droit de l'ERC »¹⁸⁵⁷. L'auteure conclut que « la fragmentation des procédures est préjudiciable à la transparence du projet et à la sécurité juridique »¹⁸⁵⁸. Si le cadre juridique de la séquence « ERC » est encore fragmenté du fait de la coexistence de dispositions spécifiques, un important travail d'harmonisation du droit applicable à la détermination des mesures d'évitement, de réduction et de compensation a été opéré, depuis 2011, par voie législative et réglementaire.

464. Outre le fait que nous avons assisté à une « quasi-disparition du contenu particulier de certaines études d'impact »¹⁸⁵⁹, l'ordonnance du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation

¹⁸⁵³ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 21.

¹⁸⁵⁴ Art. L. 110-1 II du C. env.

¹⁸⁵⁵ V. notamment sur ce point : COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Évaluation environnementale. Guide d'aide à la définition des mesures ERC*, préc., p. 16.

¹⁸⁵⁶ BRAS H., « Présentation contentieuse de la séquence "éviter, réduire compenser" », préc., p. 553.

¹⁸⁵⁷ *Ibid.*, p. 552 ; V. également dans le même sens : DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 45.

¹⁸⁵⁸ *Ibid.*, p. 554 ; *Ibid.*, p. 45.

¹⁸⁵⁹ PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 116 et s.

environnementale¹⁸⁶⁰, et ses deux décrets d'application¹⁸⁶¹, ont en effet contribué à harmoniser le régime des autorisations préalables à la réalisation de projets et donc, par là même, le droit applicable à l'évaluation des incidences de ces projets sur l'environnement. Sont désormais soumises à « autorisation environnementale », les autorisations délivrées en application des législations sur l'eau et sur les installations classées pour la protection de l'environnement¹⁸⁶². Alors qu'il était jusqu'à présent possible qu'un même projet soit soumis à l'obtention d'autorisations administratives indépendantes au titre de plusieurs législations, il n'y a plus désormais qu'une autorisation environnementale « unique », qui pourra, lorsque le projet y est soumis, également tenir lieu de dérogation « espèces protégées », absence d'opposition au titre du régime d'évaluation des incidences Natura 2000 ou bien encore autorisation de défrichement¹⁸⁶³. Sont ainsi regroupées au sein d'un même chapitre du Code de l'environnement non seulement des dispositions qui s'appliquent à une grande diversité de projets, installations, ouvrages et travaux, mais qui relèvent également d'une pluralité de codes (Code de l'environnement, Code de l'urbanisme, Code de l'énergie, Code forestier, Code de la défense, Code des postes et des communications électroniques, Code du patrimoine)¹⁸⁶⁴.

Bien que cette réforme participe d'une volonté « de simplifier les procédures pour faciliter la vie des entreprises sans régression de la protection de l'environnement »¹⁸⁶⁵, certains auteurs ont pu faire part de leur crainte d'un recul des exigences environnementales¹⁸⁶⁶. Outre le raccourcissement des délais d'instruction des demandes d'autorisation, qui peut se faire au détriment de leur qualité, on pourrait craindre également une dilution de la prise en compte des enjeux environnementaux. Là où un même projet pouvait auparavant être soumis à plusieurs procédures d'évaluation de ses incidences sur l'environnement au titre de législations distinctes, l'ordonnance du 26 janvier 2017 impose à présent au maître d'ouvrage de réaliser une étude d'impact – ou à défaut une étude d'incidence environnementale – globale accompagnée de mesures compensatoires elles aussi globales. En pratique, le risque de dilution reste limité, dans

¹⁸⁶⁰ Ord. n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, préc.

¹⁸⁶¹ Décret n° 2017-81 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale, préc. ; Décret n° 2017-82 du 26 janvier 2017 relatif à l'autorisation environnementale, préc.

¹⁸⁶² Art. L. 181-1 du C. env.

¹⁸⁶³ Art. 1 de l'ord. n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale ; codifié à l'art. L. 181-2 I du C. env.

¹⁸⁶⁴ Art. L. 181-2 du C. env.

¹⁸⁶⁵ Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2017-80 du 26 janvier 2017 relative à l'autorisation environnementale, JO du 27 janvier 2017, texte n° 17.

¹⁸⁶⁶ V. notamment en ce sens : WERNERT G., « L'autorisation environnementale, une simplification en trompe-l'œil du droit de l'environnement », *RJE*, 3/2018, pp. 585-599 ; COMBE M., « Le régime juridique de l'obligation de compensation écologique », préc., pp. 13-16.

la mesure où l'étude d'impact – ou à défaut l'une étude d'incidence environnementale – qui est jointe aux dossiers de demande d'autorisation reste instruite par des services administratifs distincts en fonction des aspects environnementaux concernés (services de la police de l'eau, service services des installations classées, etc.)¹⁸⁶⁷. Les différents régimes applicables demeurent ainsi pleinement mis en œuvre, mais au sein d'un véhicule administratif commun.

465. Si certains auteurs ont pu souligner que la loi du 8 août 2016 « est venue entériner un régime juridique commun à la majorité des mesures de compensation »¹⁸⁶⁸, le législateur laisse toutefois subsister une certaine ambiguïté quant au champ d'application des articles L. 163-1 et suivants du Code de l'environnement. Bien que les articles L. 163-1 à L. 163-5 aient vocation à s'appliquer à l'ensemble des dispositions du Code de l'environnement qui exigent la réalisation de mesures compensatoires, l'indépendance des législations fait en revanche obstacle à ce qu'elles s'appliquent aux mesures prévues par le Code de l'urbanisme¹⁸⁶⁹. L'article L. 122-4-VI du Code de l'environnement dispose en effet que « par dérogation aux dispositions du présent code, les plans et programmes mentionnés aux articles L. 104-1 et L. 104-2 du code de l'urbanisme font l'objet d'une évaluation environnementale dans les conditions définies au chapitre IV du titre préliminaire du code de l'urbanisme ». Par analogie avec le régime juridique relatif à l'autorisation environnementale, nous pourrions également envisager de référencer, à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement, l'ensemble des dispositions qui exigent la réalisation de mesures compensatoires. Il nous semble également plus pertinent de parler de « Compensation écologique » ou de « Compensation des atteintes à l'environnement », plutôt que de se limiter à la seule « Compensation des atteintes à la biodiversité »¹⁸⁷⁰. Ainsi, nous pourrions envisager de reformuler l'article L. 163-1 I du Code de l'environnement de la manière suivante : « Les mesures de compensation écologique sont les mesures prévues au 2° du II de l'article L. 110-1 et rendues obligatoires par un texte législatif ou réglementaire, pour compenser, dans le respect de leur équivalence écologique, notamment, les atteintes prévues ou prévisibles à l'environnement occasionnées par la réalisation d'un projet

¹⁸⁶⁷ Entretien réalisé le 14 septembre 2020 auprès de M. Eric Bruyère, préc.

¹⁸⁶⁸ STEICHEN P., « La compensation préalable des atteintes à la biodiversité dans le cadre des projets d'aménagement », préc., p. 720 ; V. également en ce sens : DUBREUIL T., « Mesures compensatoires : le dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les apports de la loi Biodiversité », préc., p. 625.

¹⁸⁶⁹ « Suivant le principe de l'indépendance des législations, et contrairement aux apparences, le nouveau régime posé par la loi du 8 août 2016 ne s'applique toujours pas à l'ensemble des mesures compensatoires » : LUCAS M., « Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ? Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale », préc., p. 643.

¹⁸⁷⁰ V. supra. §. n° 435.

de travaux ou d'ouvrage ou par la réalisation d'activités ou l'exécution d'un plan, d'un schéma, d'un programme ou d'un autre document de planification ».

466. Si un effort de mise en cohérence du régime juridique des compensations écologiques s'avère indispensable, il convient également d'envisager de faire évoluer le champ d'application des compensations écologiques.

2.- L'évolution du champ d'application des compensations écologiques

467. La question du champ d'application des compensations écologiques souligne principalement trois types d'enjeux. Le premier concerne l'opportunité de conserver le régime relatif à la réparation de certains dommages causés à l'environnement (responsabilité environnementale), sur le fondement des articles L. 160-1 et suivants du Code de l'environnement. La doctrine n'a pas manqué de souligner que, limité du point de vue de son champ d'application matériel et temporel¹⁸⁷¹, ce régime de réparation n'a jamais été appliqué à ce jour¹⁸⁷². La consécration par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 dans le Code civil d'un nouveau régime de réparation du préjudice écologique « pur » nous interroge par conséquent sur l'utilité du régime de réparation issu du Code de l'environnement. Ouverte à une grande diversité de personnes morales ayant un intérêt à agir¹⁸⁷³, cette action permet d'imposer à toute personne responsable de réparer le préjudice écologique dont elle est responsable¹⁸⁷⁴. De surcroît, le préjudice est défini de manière extensive comme « une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement »¹⁸⁷⁵. Cette approche permet ainsi d'intégrer non seulement les éléments de l'environnement mais également, de manière additionnelle, les fonctions et services rendus par les écosystèmes. Si la réparation du préjudice doit s'effectuer « par priorité en nature », en cas d'impossibilité de droit ou de fait ou d'insuffisance des mesures de réparation, le responsable

¹⁸⁷¹ BILLET Ph., « Clefs de lecture du nouveau régime de responsabilité environnementale », *JCP A*, n° 20, 2009, p. 2115 ; *JCP E*, n° 26, 2009, p. 1661.

¹⁸⁷² HAY J., « Compensation en nature des dommages accidentels. Rapprochements et divergences entre les régimes français et américain », préc., p. 77.

¹⁸⁷³ « L'action en réparation du préjudice écologique est ouverte à toute personne ayant qualité et intérêt à agir, telle que l'Etat, l'Office français de la biodiversité, les collectivités territoriales et leurs groupements dont le territoire est concerné, ainsi que les établissements publics et les associations agréées ou créées depuis au moins cinq ans à la date d'introduction de l'instance qui ont pour objet la protection de la nature et la défense de l'environnement » : art. 1248 du C. civ.

¹⁸⁷⁴ Art. 1246 du C. civ.

¹⁸⁷⁵ Art. 1247 du C. civ.

peut être condamné par le juge judiciaire à verser des dommages et intérêts, affectés à la réparation de l'environnement¹⁸⁷⁶. Ces mesures de réparation semblent ainsi s'assimiler à des mesures complémentaires ou compensatoires exigées par l'article L. 162-9 du Code de l'environnement dans le cadre du régime juridique relatif à la responsabilité environnementale. Il conviendrait, dès lors, d'intégrer explicitement ce dispositif dans le champ d'application des articles L. 163-9 et suivants du Code de l'environnement, afin notamment d'étendre les critères prévus par ces dispositions (équivalence écologique, proximité, obligation de résultat, etc.) aux mesures de réparation prévues par le Code civil. Au-delà de cette hypothèse, il convient également d'envisager l'opportunité d'intégrer, dans le champ d'application des compensations écologiques, un dispositif de compensation carbone.

468. Devenu un enjeu central du droit de la protection de l'environnement, le changement climatique est peu appréhendé par les dispositifs de compensation écologique. Pourtant, la réalisation projets, plans et programmes sur l'environnement a, d'une part, des incidences notables sur le climat. L'article L. 122-1 III du Code de l'environnement exige l'évaluation environnementale permette « de décrire et d'apprécier de manière appropriée, en fonction de chaque cas particulier, les incidences notables directes et indirectes d'un projet sur les facteurs suivants : [...] 2° La biodiversité, [...] ; 3° Les terres, le sol, l'eau, l'air et le climat »¹⁸⁷⁷. Dans le même sens, l'article R. 122-5 du Code de l'environnement énonce que l'étude d'impact doit contenir « Une description des incidences notables que le projet est susceptible d'avoir sur l'environnement résultant, entre autres : [...] des incidences du projet sur le climat et de la vulnérabilité du projet au changement climatique ». D'autre part, quelle serait l'efficacité d'une compensation écologique qui serait vulnérable à court, moyen ou long terme aux effets du changement climatique ? Les changements climatiques ayant en effet « un impact négatif sur la biodiversité et les écosystèmes »¹⁸⁷⁸, l'équivalence écologique et la pérennité des mesures compensatoires peuvent dès lors se retrouver fortement diminuées. L'écologue Roxane Sansilvestri souligne ainsi, à propos de la compensation d'un écosystème forestier détruit, que le recours à une « restauration "simple" de celui-ci ou à la préservation d'un système forestier "équivalent", ne semble pas totalement pertinent dans ce contexte dynamique et évolutif du

¹⁸⁷⁶ Art. 1249 du C. civ.

¹⁸⁷⁷ *Souligné par nous.*

¹⁸⁷⁸ MULONGOY K. J., CUNG A., « Les approches d'atténuation et d'adaptation aux changements climatiques fondées sur les écosystèmes », *RJE*, NSP/2011, p. 29.

changement climatique »¹⁸⁷⁹. L’auteure insiste, par conséquent, sur la nécessité de mieux intégrer l’adaptation au changement climatique comme un paramètre lors d’élaboration des mesures compensatoires¹⁸⁸⁰. Cette orientation pourrait ainsi se traduire notamment par une meilleure prise en compte de l’aire de répartition des espèces migratoires, de privilégier des espèces alternatives plus robustes ou bien encore de renforcer le patrimoine génétique des espèces existantes¹⁸⁸¹. Ce faisant, la compensation ne serait plus strictement écologique, mais deviendrait également climatique¹⁸⁸². La prise en compte des enjeux climatiques apparaît particulièrement indispensable en matière de création de sites naturels de compensation, dans la mesure où ces derniers sont en principe implantés pour une longue durée. Pourtant, la question climatique demeure singulièrement absente des dispositions relatives à l’agrément des sites naturels de compensation¹⁸⁸³, des deux dossiers de demande d’agrément de site naturel de compensation des sites de « Mare à Palfour » et de « Cossure »¹⁸⁸⁴, ainsi que de l’arrêté du 24 avril 2020 portant agrément du site naturel de compensation de « Cossure »¹⁸⁸⁵.

469. S’il apparaît indispensable de faire évoluer le cadre juridique des compensations écologiques, nous verrons que l’intérêt de consacrer un régime juridique dédié explicitement aux « paiements pour services environnementaux » se révèle limité.

B.- L’INTÉRÊT D’UN RÉGIME JURIDIQUE DÉDIÉ AUX PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX

470. Dans nos précédents développements, nous avons démontré qu’en l’absence de régime juridique dédié aux paiements pour services environnementaux, ces dispositifs sont soumis à une pluralité de régimes juridiques distincts¹⁸⁸⁶. Si certaines législations étrangères ont doté ces

¹⁸⁷⁹ SANSILVESTRI R. et al., « Intégrer le facteur climatique dans la compensation écologique. L’exemple des systèmes forestiers », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 184.

¹⁸⁸⁰ *Ibid.*, p. 183.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, p. 185 et s.

¹⁸⁸² *Ibid.*, p. 186.

¹⁸⁸³ Art. D. 163-1 et s. du C. env.

¹⁸⁸⁴ Dossier de demande d’agrément n° 400288, en tant que site naturel de compensation, du site de Mare à Palfour, préc. ; Dossier de demande d’agrément n° 509962, en tant que site naturel de compensation, du domaine de Cossure, préc.

¹⁸⁸⁵ Arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d’un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

¹⁸⁸⁶ V. supra. §. n° 443 et s.

dispositifs d'un régime juridique propre (1), l'intérêt de créer en France un régime juridique dédié aux paiements pour services environnementaux nous paraît assez réduit (2).

1.- Les exemples étrangers en matière de paiements pour services environnementaux

471. Incontournable dans la littérature consacrée aux paiements pour services environnementaux¹⁸⁸⁷, le Costa Rica est considéré comme pionnier pour avoir mobilisé la notion de « service environnemental » et développé un programme de paiements pour services environnementaux en vue de résoudre le problème de la déforestation¹⁸⁸⁸. La quatrième loi forestière – *Ley Forestal* – costaricienne du 13 février 1996¹⁸⁸⁹ a institué un Programme de paiements pour services environnementaux – *El Programa por Pago de Servicios Ambientales* (PPSA), dont l'exécution a été confiée au Fonds national de financement forestier (*Fondo Nacional de Financiamiento Forestal – FONAFIFO*). Les services environnementaux (*servicios ambientales*) sont définis comme « ceux qui sont fournis par la forêt et les plantations forestières et qui affectent directement la protection et l'amélioration de l'environnement. Ces derniers sont : l'atténuation des émissions de gaz à effet de serre (fixation, réduction, séquestration, stockage et absorption), la protection de l'eau à usage urbain, rural ou hydroélectrique, la protection de la biodiversité pour la conservation et l'utilisation durable, la recherche scientifique et pharmaceutique et l'amélioration génétique, la protection des écosystèmes, des formes de vie et des paysages naturels à des fins touristiques et scientifiques »¹⁸⁹⁰. Bien que les services environnementaux définis par la loi costaricienne

¹⁸⁸⁷ V. notamment, à titre d'exemple : LE COQ J.-F. et al., « La mise en politique des services environnementaux : la genèse du Programme de paiements pour services environnementaux au Costa Rica », *Vertigo*, vol. 12, n° 3, déc. 2012, en ligne [<http://journals.openedition.org/vertigo/12920>] ; PESCHE D., LE COQ J.-F., « Informations et jeux d'acteurs autour d'une politique environnementale : le cas du programme de paiements pour services environnementaux au Costa Rica », in *Développement durable et territoires*, vol. 7, n° 1, avril 2016, en ligne [<http://developpementdurable.revues.org/11241>] ; PESCHE et al., « Dynamique des dispositifs de paiements pour services environnementaux : les apports de l'analyse des politiques Publiques », *Développement durable et territoires*, vol. 7, n° 1, avril 2016, en ligne [<http://developpementdurable.revues.org/11233>] ; HRABANSKI M. et al., « La diffusion de la notion de service écosystémique au Costa Rica, en France, à Madagascar, au Brésil et au Cambodge », préc., pp. 161-180 ; FERNANDEZ FERNANDEZ E., « Le système de paiement pour services environnementaux du Costa Rica », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 193-204.

¹⁸⁸⁸ LE COQ J.-F. et al., « La mise en politique des services environnementaux : la genèse du Programme de paiements pour services environnementaux au Costa Rica », préc., §. n° 28 ; SANCHEZ-CHAVES O., NAVARRETE-CHACON G., « La experiencia de Costa Rica en el pago por servicios ambientales: 20 años de lecciones aprendidas », *Revista De Ciencias Ambientales*, 51(2), Julio-Diciembre 2017, p. 196.

¹⁸⁸⁹ Ley Forestal n° 7575 del 13 de febrero de 1996, n° Gaceta 72 del 16 de abril 1996, Alcance n° 21.

¹⁸⁹⁰ « Los que brindan el bosque y las plantaciones forestales y que inciden directamente en la protección y el mejoramiento del medio ambiente. Son los siguientes: mitigación de emisiones de gases de efecto invernadero

s'apparentent en réalité à des services écologiques – ou écosystémiques –, ce texte présente néanmoins la particularité de doter ce dispositif d'un régime juridique dédié. Si le régime juridique Costaricien est largement reconnu en doctrine comme un exemple type d'expérimentation de paiements pour services environnementaux, la définition qu'il retient de ces dispositifs se révèle quelque peu éloignée de celles qui sont les plus classiquement retenues par la doctrine économique relative aux paiements pour services environnementaux¹⁸⁹¹. Ce dispositif est en effet loin de reposer sur des transactions entre « usagers » et « fournisseurs » de services environnementaux. Mis en œuvre par le FONAFIFO, le PPSA est financé par des fonds presque exclusivement publics (Banque mondiale et État du Costa Rica notamment)¹⁸⁹². Plus encore, le montant de la rémunération ne résulte pas d'une négociation entre les cocontractants, mais est évalué sur la base des « coûts d'opportunités »¹⁸⁹³. Enfin, son objet reste limité, puisqu'il concerne exclusivement les services écosystémiques qui sont rendus par les milieux forestiers : « *el bosque y las plantaciones forestales* ».

472. En Europe, les initiatives qui développent des paiements pour services environnementaux demeurent relativement rares. La Suisse a toutefois pu être identifiée comme mobilisant de tels dispositifs¹⁸⁹⁴. Située en dehors de l'Union européenne, la Suisse a développé son propre régime de politique agricole, régi par la loi fédérale du 3 octobre 1951 sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne¹⁸⁹⁵. De manière concomitante à la réforme de la politique agricole commune de l'Union européenne initiée par le règlement n° 2078-92 du Conseil du 30 juin 1992¹⁸⁹⁶, la politique agricole Suisse sera dotée, par la loi sur l'agriculture du 9 octobre 1992, d'un dispositif innovant de « paiements directs

(fijación, reducción, secuestro, almacenamiento y absorción), protección del agua para uso urbano, rural o hidroeléctrico, protección de la biodiversidad para conservarla y uso sostenible, científico y farmacéutico, investigación y mejoramiento genético, protección de ecosistemas, formas de vida y belleza escénica natural para fines turísticos y científicos » : art. 3° de la Ley Forestal n° 7575, préc., *traduit par nous*.

¹⁸⁹¹ V. supra. §. n° 22.

¹⁸⁹² PESCHE et al., « Dynamique des dispositifs de paiements pour services environnementaux : les apports de l'analyse des politiques Publiques », préc., §. n° 9.

¹⁸⁹³ SANCHEZ-CHAVES O., NAVARRETE-CHACON G., « La experiencia de Costa Rica en el pago por servicios ambientales: 20 años de lecciones aprendidas », préc., p. 205.

¹⁸⁹⁴ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 10.

¹⁸⁹⁵ Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur l'amélioration de l'agriculture et le maintien de la population paysanne, RO 1953 1095 ; remplacée par la loi fédérale sur l'agriculture du 29 avril 1998, RO 1998 3033.

¹⁸⁹⁶ V. supra. §. n° 41 et s.

complémentaires » et de « contributions pour des prestations écologiques particulières »¹⁸⁹⁷. Si le premier visait à assurer un revenu équitable aux agriculteurs situés dans des zones de production difficiles, notamment de montagne, le deuxième était destiné à inciter les agriculteurs à mettre en place « des formes de production particulièrement respectueuses de l'environnement ou de la protection des animaux, telles que la culture biologique, la production intégrée ou l'élevage contrôlé en liberté dans le secteur animal »¹⁸⁹⁸. Les conditions, la procédure et le montant des contributions des paiements directs sont à présent encadrés par une ordonnance du 23 octobre 2013 sur les paiements directs versés dans l'agriculture (Ordonnance sur les paiements directs – OPD)¹⁸⁹⁹. Ces dispositions organisent ainsi un système hétérogène de contributions versées aux exploitants agricoles en contrepartie de leur participation à la préservation de l'environnement. Ces contributions peuvent ainsi prendre la forme de soutiens à l'activité productive, à condition toutefois de respecter un certain nombre de « prestations écologiques requises » (PER) strictement énumérées (part de surfaces dédiées à promotion de la biodiversité, assolement régulier, réduction de l'utilisation de produits phytosanitaires, etc.)¹⁹⁰⁰. Des contributions peuvent également être versées pour compenser la production dans des zones ou des conditions difficiles (surfaces en pente ou en forte pente, zones des collines et de montagnes, etc.)¹⁹⁰¹ ou encore en cas d'engagement volontaire d'agriculteurs à protéger la biodiversité au-delà des obligations réglementaires (prairies extensives, pâturages boisés, haies, bosquets champêtres, jachères florales, etc.)¹⁹⁰². Si le régime juridique helvétique en matière de politique agricole possède à l'évidence de nombreux éléments de convergences avec la PAC, ce dernier « ne distingue pas, comme c'est le cas dans l'Union européenne, les soutiens à l'activité productive (1^{er} pilier) des soutiens au développement rural (2nd pilier), mais elle sépare les paiements directs généraux liés aux prestations écologiques requises (équivalent de la conditionnalité liée aux aides du premier pilier dans l'UE) et les paiements écologiques liés à des prestations écologiques spécifiques et volontaires (au delà des prestations requises), ainsi que les paiements spécifiques réservés aux territoires ayant des conditions de production

¹⁸⁹⁷ V. notamment sur ce point : LEHMANN B., STUCKI E., « Les paiements directs, instrument central de la politique agricole suisse », *Économie rurale*, n° 241, 1997, pp. 34-42.

¹⁸⁹⁸ Loi sur l'agriculture du 9 octobre 1992, FF 1992 VI 111.

¹⁸⁹⁹ Ordonnance sur les paiements directs versés dans l'agriculture (Ordonnance sur les paiements directs, OPD) du 23 octobre 2013, RO 2013 4145.

¹⁹⁰⁰ Art. 12 et s. de l'ordonnance sur les paiements directs versés dans l'agriculture, préc.

¹⁹⁰¹ *Ibid.*, art. 42 et s.

¹⁹⁰² *Ibid.*, art. 55 et s.

difficiles (diverses catégories de montagnes) »¹⁹⁰³. Assimilés à des systèmes mettant en œuvre des dispositifs de paiements pour services environnementaux, les régimes juridiques Suisse et le Costaricain ne sont que très imparfaitement dédiés à ces dispositifs.

2.- L'opportunité de la création d'un régime juridique dédié aux paiements pour services environnementaux

473. Force est de constater qu'il n'existe, à ce jour, aucun régime juridique particulier aux paiements pour services environnementaux en droit français. Pourtant, le Plan Biodiversité présenté en juillet 2018 prévoyait de consacrer « 150 [millions d'euros] d'ici 2021 dans le cadre du 11^e programme des agences de l'eau pour expérimenter, sans attendre la prochaine PAC, de nouveaux outils de paiement pour services environnementaux (PSE) ». Cet objectif n'est pas resté lettre morte, dans la mesure où une vaste démarche d'expérimentation des paiements pour services environnementaux en droit français a été confiée aux Agences de l'eau¹⁹⁰⁴. De la même manière, des Sénateurs ont été à l'initiative, en 2018, sur le fondement de l'article 34-1 de la Constitution, d'une proposition de résolution « en faveur de la création de paiements pour services environnementaux rendus par les agriculteurs »¹⁹⁰⁵. De surcroît, nous avons également constaté que, si les paiements pour services environnementaux ne font pas l'objet d'un régime dédié, leur mise en œuvre relève d'une pluralité de régimes juridiques distincts¹⁹⁰⁶. En l'absence de régime juridique propre, la création d'un cadre juridique dédié à ces instruments est-elle nécessaire ? Selon Alexandra Langlais, le développement de ces instruments « ne justifie pas nécessairement de créer un nouveau cadre juridique dédié aux paiements pour services environnementaux »¹⁹⁰⁷. De la même manière, si le récent guide du Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, consacré au déploiement des paiements pour services environnementaux en agriculture, relève que ces dispositifs « ne renvoient pas à un régime juridique

¹⁹⁰³ KROLL J.-C., BARJOLLE D., JOUEN M., « Politiques agricoles et de développement rural. Comparaisons entre la Suisse et la France », *Économie rurale*, n° 315, 2010, §. 21, *en ligne* [<http://journals.openedition.org/economierurale/2535>].

¹⁹⁰⁴ V. supra. §. n° 174, 204 et 335.

¹⁹⁰⁵ Doc. Sénat, Session ordinaire de 2018-2019, Proposition de résolution n° 86 en faveur de la création de paiements pour services environnementaux rendus par les agriculteurs, 29 octobre 2018.

¹⁹⁰⁶ V. supra. §. n° 443 et s.

¹⁹⁰⁷ LANGLAIS A., « À la recherche d'une définition juridique des paiements pour services environnementaux ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 52.

particulier »¹⁹⁰⁸, il ne recommande pas pour autant d'aller « jusqu'à définir un cadre réglementaire propre aux PSE »¹⁹⁰⁹. Les paiements pour services environnementaux se caractérisant par une certaine flexibilité, nous concédons que la création d'un régime juridique dédié à ces dispositifs peut laisser craindre une rigidification de leur mise en œuvre. C'est d'ailleurs le choix qui a été fait par le législateur et le Gouvernement, qui privilégient le recours à des « guides », pourtant dépourvus de portée juridique¹⁹¹⁰.

474. D'un autre côté, l'intérêt de la création d'un cadre juridique dédié aux paiements pour services environnementaux possède de solides arguments. Une telle démarche permettrait, tout d'abord, une structuration conceptuelle et juridique de ces dispositifs. Hétérogènes, les paiements pour services environnementaux demeurent encore largement indéterminés d'un point de vue juridique. Ceux-ci prennent des formes distinctes qui, à l'image des mesures agroenvironnementales du second pilier de la PAC, ne sont pas considérées par la doctrine comme susceptibles d'être qualifiés de paiements pour services environnementaux¹⁹¹¹. L'intérêt d'un régime juridique serait ainsi de déterminer des critères de qualification juridique (types de prestations, la nature des contreparties susceptibles d'être utilisées, etc.) et d'organiser des modalités de contrôles spécifiques ou encore de prévoir des sanctions adaptées en cas de non-respect des obligations contractées. L'analyse révèle, sur ce point, que les mesures agroenvironnementales du second pilier de la PAC peuvent constituer des sources d'inspiration non seulement pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux, mais également des opérations réalisées dans le cadre de la compensation écologique¹⁹¹².

La question du financement des paiements pour services environnementaux est également un aspect déterminant. Nous avons sur ce point insisté, dans nos précédents développements, sur l'intérêt de retenir une notion large de paiement, en vue notamment de faire bénéficier les propriétaires qui s'engagent dans une démarche de paiement pour service

¹⁹⁰⁸ DUVAL L. et al., *Guide à destination des services de l'État et de ses opérateurs : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture*, préc. p. 7.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*, p. 20.

¹⁹¹⁰ DUVAL L. et al., *Guide à destination des services de l'État et de ses opérateurs : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture. Étude réalisée pour le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation*, préc., 42 p. ; DUVAL L. et al., *Guide à destination des acteurs privés : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture*, préc., 65 p. ; DUVAL L. et al., *Guide à destination des collectivités territoriales : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture*, préc., 68 p.

¹⁹¹¹ V. supra. §. n° 186 et s.

¹⁹¹² Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc. ; Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc. ; V. annexe : Exemples de rémunération pour la mise en œuvre de mesures compensatoires sur des terres agricoles.

environnemental d'exonérations de taxes sur la propriété bâtie ou non-bâtie¹⁹¹³. Faute d'existence formelle des paiements pour services environnementaux, il peut être difficile pour l'administration des impôts de concéder de telles exonérations à la demande de collectivités souhaitant mettre en place des paiements pour services environnementaux. Il peut ainsi se révéler intéressant de créer des dispositions dédiées à ce mécanisme pour trouver et attribuer des financements. La loi de la politique nationale de ressources hydriques brésilienne de 1997 (PNRH) permet ainsi la « captation de ressources financières pour le soutien de projets de PSE »¹⁹¹⁴. Dans le même sens, l'article 46 de la loi forestière du 13 février 1996 donne compétence au Fonds national pour le financement forestier (FONAFIFO) pour percevoir les ressources financières pour les paiements pour services environnementaux¹⁹¹⁵. Le système repose sur le principe pollueur-payeur (via notamment une taxe sur les combustibles fossiles), le principe usager-payeur (redevance sur l'utilisation de l'eau), des emprunts auprès d'agences et de banques internationales ou encore des dons obtenus auprès d'agences publiques ou d'entreprises privées¹⁹¹⁶. Ainsi, la loi n° 8591 sur l'agriculture biologique costaricienne du 28 juin 2007¹⁹¹⁷ « a reconnu qu'un paiement devait être fait aux producteurs biologiques [...] et a établi que 0,1% de la taxe aux hydrocarbures devait être destiné à ce paiement »¹⁹¹⁸.

Enfin, la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux nécessite d'être pleinement intégrée dans les instruments de planification¹⁹¹⁹ et faire l'objet d'une régulation adaptée¹⁹²⁰. L'absence d'évaluation environnementale des sites utilisés pour la réalisation des prestations de services environnementaux¹⁹²¹, ou encore de contrôle des compétences des prestataires de services environnementaux¹⁹²², apparaissent préoccupants d'un point de vue écologique. De surcroît, il nous paraît également important de ne pas restreindre ces dispositifs

¹⁹¹³ V. supra. §. n° 185.

¹⁹¹⁴ TEIXEIRA CAVALCANTE A. R., FERREIRA MACEDO D'ISEP C., MAZAUDOUX O., « PSE et droits fonciers au Brésil », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 182.

¹⁹¹⁵ FERNANDEZ FERNANDEZ E., « Le système de paiement pour services environnementaux du Costa Rica », préc., p. 194.

¹⁹¹⁶ *Ibid.*, p. 195 et s.

¹⁹¹⁷ Ley Desarrollo, Promoción y Fomento de la Actividad Agropecuaria Orgánica n° 8591 del 28 de junio del 2007, n° Gaceta 155 del 14 de agosto 2007.

¹⁹¹⁸ FERNANDEZ FERNANDEZ E., « Le système de paiement pour services environnementaux du Costa Rica », préc., p. 193.

¹⁹¹⁹ V. supra. §. n° 384 et s.

¹⁹²⁰ V. infra. §. n° 545 et s.

¹⁹²¹ V. supra. §. 289 et s.

¹⁹²² V. infra. §. 532 et s.

à la protection des seuls services écosystémiques¹⁹²³ ou de limiter la contractualisation aux agriculteurs¹⁹²⁴. Au regard de ces éléments, nous pensons que la flexibilité inhérente à ces dispositifs peut ainsi s'accommoder d'un encadrement juridique qui leur soit dédié.

475. Nous proposons, par conséquent, d'intégrer dans le Livre 1^{er} du Code de l'environnement un nouveau Titre dédié aux « Instruments contractuels de protection de l'environnement ». Au sein de ce Titre, nous pourrions envisager de créer un Chapitre relatif aux « Paiements pour services environnementaux » tel que proposé ci-dessous. Nous proposons également de déplacer, dans ce nouveau Chapitre, les dispositions relatives à l'obligation réelle environnementale : l'intégration qu'en a fait le législateur dans un chapitre du Code de l'environnement relatif aux « Dispositions communes à certaines institutions » est non seulement curieuse, mais contribue également à neutraliser la visibilité du mécanisme.

Titre IV : Instruments contractuels de protection de l'environnement

Chapitre 1^{er} : Paiements pour services environnementaux

Article L. XXX

Le paiement pour service environnemental est un engagement volontaire par lequel un prestataire s'engage, en dehors de toute obligation légale ou réglementaire, à restaurer, préserver ou améliorer la qualité et la diversité des écosystèmes en contrepartie d'un paiement ou d'un avantage de toute nature.

Les paiements pour services environnementaux peuvent être utilisés à des fins de compensation, à condition toutefois de satisfaire aux exigences prévues au Chapitre III du Titre VI du Livre 1^{er} du présent code.

Les paiements pour services environnementaux peuvent prendre la forme d'une obligation réelle environnementale en application des dispositions du présent chapitre.

¹⁹²³ V. supra. §. n° 174.

¹⁹²⁴ V. supra. §. n° 341.

En contrepartie des engagements souscrits, les titulaires de droits réels et personnels portant sur les terrains objet du présent contrat peuvent bénéficier d'une exonération temporaire de taxe foncière sur les propriétés bâties ou non-bâties dans les conditions fixées par le code général des impôts.

Sauf dans les cas où le contrat est administratif par détermination de la loi ou par application de critères jurisprudentiels, les litiges relatifs à l'exécution de ce contrat sont portés devant la juridiction judiciaire.

Chapitre 2 : Obligation réelle environnementale

Article L. XXX

Les propositions de modifications sont soulignées par nous.

Les propriétaires de biens immobiliers peuvent conclure un contrat avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement en vue de faire naître à leur charge, ainsi qu'à la charge des propriétaires ultérieurs du bien, les obligations réelles que bon leur semble, dès lors que de telles obligations ont pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques.

Les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation et comme support de prestations de services environnementaux.

[...]

§2.- LES PERSPECTIVES D'ARTICULATIONS JURIDIQUES ENTRE INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

476. En dépit d'éléments de convergences conceptuels et matériels, nous avons démontré dans nos précédents développements que les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux demeuraient des instruments juridiquement

distincts. Pour autant, il nous semble non seulement que des perspectives d'articulation sont possibles entre ces instruments, mais également que celles-ci peuvent, sous conditions, être encouragées. Dans le silence de la loi, il convient de déterminer, en particulier, dans quelle mesure il est possible de cumuler, sur un même espace, une pluralité de mesures de compensation écologique (A). En raison d'un rapprochement à la fois théorique et pratique opéré entre compensations écologiques et paiements pour services environnementaux, nous déterminerons ensuite si les paiements pour services environnementaux peuvent être utilisés pour satisfaire une obligation de compensation écologique (B).

A.- LES MODALITÉS DE CUMUL DES MESURES DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE SUR UN MÊME ESPACE

477. À la différence de certains auteurs¹⁹²⁵, nous considérons que la possibilité de cumuler, sur un même espace, plusieurs mesures de compensation ne doit pas être catégoriquement écartée. Les questionnements relatifs au cumul des compensations écologiques concernent la mutualisation de plusieurs mesures de compensation sur un même espace (1) ainsi que le cumul entre mesures de compensation écologique et compensation carbone (2).

1.- La mutualisation sous-condition des mesures de compensation écologique

478. La question du cumul des mesures de compensation écologique demeure largement ignorée par le Code de l'environnement. L'article L. 163-1 II se contente seulement de disposer qu'« une même mesure peut compenser différentes fonctionnalités ». Selon la doctrine nationale relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel, « les mêmes mesures (c'est à dire les mêmes actions réalisées sur les même (sic) parcelles) peuvent être valablement proposées au titre de plusieurs procédures si elles répondent aux différents impacts concernés [...]. Une même mesure compensatoire sur une parcelle donnée ne peut pas servir à compenser les impacts issus de plusieurs projets, ni au même moment, ni dans le temps »¹⁹²⁶. Les lignes directrices sur la séquence « ERC » se montreront plus souple sur la question de la mutualisation du foncier. Elles énoncent qu'« un même site peut être le support de plusieurs mesures compensatoires (visant différentes composantes des milieux

¹⁹²⁵ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., pp. 461-462.

¹⁹²⁶ Ministère de l'Écologie, du Développement durable, des Transports et du Logement (MEDDTL), *Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel*, préc., p. 4.

naturels) pour un même projet ou pour un programme de travaux dont les projets sont réalisés simultanément »¹⁹²⁷. Elles posent toutefois une série de quatre conditions cumulatives : « le site est adéquat à l'ensemble des mesures au regard des critères ci-dessus (objectif et principes clés) ; la synergie d'actions est conforme aux objectifs de la compensation pour chaque composante des milieux naturels (ex. : plusieurs espèces inféodées au même habitat) ; en termes d'équivalence écologique et de potentialités, le site répond (ou répondra en fonction de la gestion menée) aux exigences biologiques des espèces concernées sur leur cycle annuel ; l'existence d'éventuelles interactions défavorables et significatives est peu probable (ex : compétition intra ou inter-spécifique) »¹⁹²⁸. Ces textes étant dépourvus de portée juridique, rien n'interdit explicitement d'organiser un cumul de mesures compensatoires sur un même espace.

479. En pratique, lorsque des mesures ont pour objet de compenser les incidences différentes sur l'environnement d'un même projet, leur cumul sur un même espace peut se révéler pertinent d'un point de vue écologique¹⁹²⁹. À défaut, le maître d'ouvrage ou le pétitionnaire seraient contraints de procéder à un fractionnement de leurs mesures compensatoires, qui ne permettraient pas de faire émerger un écosystème équivalent mais une pluralité de compensations écologiques situées sur des sites distincts. En raison de la complémentarité entre certaines espèces, par exemple certaines espèces d'oiseaux et d'amphibiens, une séparation de mesures de compensation sur deux espaces distincts peut en effet se révéler non seulement inefficace d'un point de vue écologique, mais également générer une pression foncière inutile¹⁹³⁰. Dans le même sens, l'écologue Baptiste Regnery relève qu'« en théorie, il n'est pas impossible que la compensation écologique permette de densifier, sous certaines conditions, des composantes de la biodiversité [...]. Cette densification a d'autant plus de chance d'être effective que le nombre d'espèces à compenser est faible et que les espaces accueillant les mesures compensatoires présentent des potentialités élevées d'amélioration écologique »¹⁹³¹. Selon l'auteur, la densification écologique peut néanmoins entraîner également certaines contraintes. Celle-ci peut en effet aboutir à une réduction de la taille moyenne des milieux, ce

¹⁹²⁷ Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 126.

¹⁹²⁸ *Ibid.*

¹⁹²⁹ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc. ; Entretien réalisé le 15 mai 2020 auprès de Me. Emmanuel Wormser, préc.

¹⁹³⁰ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

¹⁹³¹ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 107.

qui peut porter préjudice à certaines espèces qui nécessitent de grands habitats¹⁹³², ou du fait du chevauchement de niches écologiques¹⁹³³.

D'un point de vue juridique, Marthe Lucas a pu relever que « le juge [administratif] affirme l'impossibilité d'utiliser des mesures compensatoires déjà existantes pour compenser un second projet porté par le même maître d'ouvrage »¹⁹³⁴. En pratique, les services administratifs chargés de l'instruction des dossiers de demande d'autorisation environnementale rejettent les mesures de compensation écologique utilisées pour compenser les incidences sur l'environnement d'autres projets, plans ou programmes¹⁹³⁵. Rien ne semble toutefois s'opposer à ce que l'on utilise, non pas des mesures compensatoires déjà existantes, mais le terrain d'assiette de ces mesures pour y réaliser de nouvelles mesures compensatoires. L'analyse de quelques contrats de compensation écologique, que nous avons pu nous procurer, révèle que l'opérateur de compensation écologique peut prévoir des clauses l'autorisant à exploiter et valoriser les terrains utilisés à des fins de compensation à condition de respecter leur affectation et de ne pas remettre en cause les obligations qu'il a souscrites¹⁹³⁶.

480. Outre les articulations qui pourraient être envisagées entre mesures compensatoires, issues possiblement de projets distincts, nous pourrions également envisager leurs possibilités de cumul à l'égard d'un dispositif *a priori* distinct : la compensation carbone.

2.- L'hypothèse d'un cumul entre compensations écologiques et compensation carbone

481. La question d'une éventuelle articulation entre compensation écologique et compensation carbone demeure un enjeu largement occulté par le droit. Celle-ci est également singulièrement absente du « Guide d'aide à la définition des mesures ERC », publié en 2018 par le Commissariat général au développement durable¹⁹³⁷. Si la compensation carbone a pour objet de contrebalancer les émissions de CO₂ liées aux activités humaines, celle-ci tend à regrouper une pluralité de dispositifs distincts. Elle se fonde, tout d'abord, sur le système

¹⁹³² *Ibid.*

¹⁹³³ *Ibid.*, p. 108.

¹⁹³⁴ LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espairs portés par la jurisprudence », préc., p. 199.

¹⁹³⁵ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

¹⁹³⁶ Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra être révélée.

¹⁹³⁷ COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Évaluation environnementale. Guide d'aide à la définition des mesures ERC*, préc.

d'échange de droits d'émissions de gaz à effet de serre (GES), issu du protocole de Kyoto adopté le 11 décembre 1997 lors de la troisième session de la Conférence des Parties contractantes à la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (CCNUCC). Signé par la France et l'Union européenne le 29 avril 1998, ce texte sera approuvé en droit français par une loi du 10 juillet 2000¹⁹³⁸ et en droit communautaire par une décision du Conseil européen du 25 avril 2002¹⁹³⁹. Ce protocole entrera finalement en vigueur le 16 février 2005, suite à la ratification de la Russie le 18 novembre 2004¹⁹⁴⁰. Afin de contribuer à la réalisation des engagements de la Communauté européenne et de ses États membres souscrits dans le cadre du protocole de Kyoto, la directive 2003/87/CE du 13 octobre 2003 établit un système communautaire d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté¹⁹⁴¹. Cette directive sera transportée en droit français par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre¹⁹⁴², suivie de son décret d'application du 19 août 2004¹⁹⁴³. Ces dispositions vont ainsi créer, à destination d'installations et activités limitativement énumérées, eu égard à leurs incidences en termes de rejet de gaz à effet de serre, un système d'autorisation et d'affectation, par l'État, de quotas annuels d'émission de gaz à effet de serre. L'objectif de ce dispositif consiste à inciter les entreprises à réduire leurs émissions en les obligeant, en cas de rejets excédent les quotas qui lui ont été attribués annuellement, à acquérir des quotas supplémentaires sur un marché de quotas auprès d'entreprises dont les quotas n'auraient pas été utilisés. Si ce dispositif doit en principe aboutir à une réduction des émissions de gaz à effet de serre, les quotas émis ne représentent pas, à la différence des unités de compensation, une « valeur écologique » qui

¹⁹³⁸ Loi n° 2000-645 du 10 juillet 2000 autorisant l'approbation du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques (ensemble deux annexes), JO n°0159 du 11 juillet 2000, p. 10483, texte n° 5.

¹⁹³⁹ Décision du Conseil européen du 25 avril 2002 relative à l'approbation, au nom de la Communauté européenne, du protocole de Kyoto à la convention-cadre des Nations unies sur les changements climatiques et l'exécution conjointe des engagements qui en découlent (2002/358/CE), JOCE n° L 130 du 15 mai 2002, p. 1.

¹⁹⁴⁰ VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, préc., p. 145.

¹⁹⁴¹ Directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté et modifiant la directive 96/61/CE du Conseil, JOUE n° L 275 du 25 octobre 2003, p. 32.

¹⁹⁴² Ord. n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, JO du 17 avril 2004, p. 7089, texte n° 46.

¹⁹⁴³ Décret n° 2004-832 du 19 août 2004 pris pour l'application des articles L. 229-5 à L. 229-19 du code de l'environnement et relatif au système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre, JO du 21 août 2004, p. 14979, texte n° 35.

serait créée sur une certaine surface et pendant une certaine durée¹⁹⁴⁴. Bien qu'il soit le plus connu, il n'est pas le seul instrument de compensation carbone.

482. À côté de ce marché « réglementaire » de quotas de gaz à effet de serre, coexiste également un « marché volontaire du carbone », qui « permet à des entités (entreprises, particuliers ou ONG) d'acquérir volontairement, c'est-à-dire hors du cadre réglementaire et de toute obligation légale, des crédits carbone afin de compenser leurs émissions de GES »¹⁹⁴⁵. Bien que ce marché soit « en plein essor »¹⁹⁴⁶, celui-ci demeure faiblement encadré juridiquement¹⁹⁴⁷. Pourtant, à la différence des quotas de gaz à effet de serre, les crédits carbone générés dans le cadre de cette démarche reposent, notamment, sur la réalisation d'actions écologiques. Créé à par le ministère de la Transition écologique et solidaire, le label « Bas-Carbone » permet ainsi à toute personne physique ou morale intéressée de valoriser économiquement leurs initiatives de réduction d'émissions de gaz à effet de serre¹⁹⁴⁸. Ainsi, la personne qui souhaite entreprendre, à titre d'exemple, un projet de séquestration de carbone, peut demander à bénéficier du Label Bas-Carbone. En contrepartie, les porteurs de projets labélisés pourront « se faire rémunérer par un partenaire volontaire (acteur public ou privé), qui pourra faire reconnaître ses contributions à des réductions d'émissions additionnelles issues de ces projets »¹⁹⁴⁹. Si rien n'interdit explicitement le cumul entre compensation écologique et compensation carbone, cette pratique nous semble toutefois limitée. Dans l'hypothèse où un projet de compensation écologique serait réalisé sur un terrain déjà mobilisé dans le cas d'une compensation carbone, la seule limite est la tolérance administrative¹⁹⁵⁰. Nous pouvons toutefois supposer que le projet de compensation écologique serait alors susceptible d'être refusé au regard de l'exigence d'additionnalité écologique. À l'inverse, dans le cas où une compensation carbone serait réalisée sur un terrain déjà mobilisé dans le cas d'une compensation écologique, il est intéressant de relever que le label Bas-Carbone exige du porteur de projet qu'il démontre l'additionnalité des réductions d'émissions proposées. Afin d'assurer

¹⁹⁴⁴ V. supra. §. n° 271 ; MARTIN G. J., « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la conquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », préc., p. 47.

¹⁹⁴⁵ BANCAL J.-C., GRANGER A., LAUDRAIN C., « Droit du marché carbone », J.-Cl. env., Fasc. 3360, 3 août 2011, note n° 139.

¹⁹⁴⁶ *Ibid.*, note n° 138.

¹⁹⁴⁷ *Ibid.*, note n° 145 et s.

¹⁹⁴⁸ Arrêté du 28 novembre 2018 définissant le référentiel du label « Bas-Carbone », JO du 29 novembre 2018, texte n° 6.

¹⁹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁹⁵⁰ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

l'additionnalité de la compensation carbone, l'arrêté du 28 novembre 2018 précise que seules les réductions d'émissions résultant d'actions engagées postérieurement à la date de réception de la notification de la Direction générale de l'énergie et du climat sont reconnues par le Label.

483. Dans le cas où les mesures de compensation écologique seraient confiées par contrat à un opérateur de compensation ou à un sous-traitant, la présence potentielle de clauses de non cumul peut constituer un obstacle à l'éventuelle introduction de mesures de compensation carbone, ou encore à la vente d'unité carbone, sur un site accueillant déjà des mesures de compensation écologique¹⁹⁵¹. Si nous concevons l'intérêt économique et/ou foncier que peut représenter un tel cumul, cette démarche d'« optimisation écologique »¹⁹⁵² nous semble être quelque peu en contradiction avec l'objectif de reconquête de la biodiversité. Outre le fait que l'additionnalité des compensations écologique et carbone peut se retrouver sensiblement réduite, cette question soulève, selon nous, également un problème d'ordre éthique. Dans un contexte d'urgence écologique et climatique, le recours à des logiques comptables et à des montages complexes d'ingénierie écologique ne nous semble pas constituer, par principe, une solution à privilégier. Enfin, de telles pratiques sont également susceptibles de générer des distorsions de concurrence entre, d'une part, les personnes physiques et morales en capacité d'organiser un cumul entre compensations écologique et carbone et, d'autre part, celles qui ne le peuvent ou qui ne le souhaitent pas. Outre l'articulation entre compensations écologiques et compensation carbone, se pose également la question de l'imbrication entre compensation écologique et paiements pour services environnementaux.

B.- LE PAIEMENT POUR SERVICE ENVIRONNEMENTAL COMME MODALITÉ DE SATISFACTION D'UNE OBLIGATION DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

484. Si nous avons précédemment pu démontrer que les paiements pour services environnementaux pourraient être utilisés comme un moyen de réhabiliter, à moindre coût, des terrains à des fins de création d'un site naturel de compensation¹⁹⁵³, serait-il envisageable d'utiliser également ce dispositif pour satisfaire une obligation de compensation écologique ?

¹⁹⁵¹ Informations recueillies suite à la communication de contrats de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

¹⁹⁵² V. sur ce point : BILLET Ph., « L'optimisation écologique », *EEL*, n° 10, oct. 2020, focus, à paraître.

¹⁹⁵³ V. supra. §. n° 379.

Si la littérature consacrée aux PSE encourage parfois leur utilisation à des fins de compensation écologique (1), une telle articulation n'apparaît pas pour autant souhaitable (2).

1.- La promotion d'un rapprochement entre paiements pour services environnementaux et compensation écologique

485. En dépit du fait que les dispositifs de compensations écologiques et de paiements pour services environnementaux peuvent poursuivre une finalité écologique commune, nous avons précédemment démontré que ces derniers relèvent, dans une large mesure, de logiques distinctes. Pourtant, comme a pu le relever Marthe Lucas, la mise en œuvre de mesures compensatoires est fréquemment reconnue par la doctrine « parmi les PSE les plus prometteurs »¹⁹⁵⁴. Dans l'hypothèse où les mesures compensatoires seraient mises en œuvre par le maître d'ouvrage lui-même, l'absence de contrat et de « paiement » exclut de fait tout rapprochement entre compensation écologique et paiements pour services environnementaux. En revanche, dans le cas où la réalisation de ces mesures serait confiée par contrat à un tiers en contrepartie d'une rémunération, le paiement pour service environnemental peut-il s'envisager comme une modalité de mise en œuvre d'une obligation de compensation écologique ?

486. Selon les économistes Alain Karsenty et Driss Ezzine de Blas, « les grandes entreprises, notamment les industries extractives, utilisent de plus en plus les PSE comme des moyens de réaliser des compensations écologiques (légalles ou volontaires), qualifiées de "compensations de biodiversité" (intitulé impropre, car il suppose résolu le problème de l'incommensurabilité des diverses manifestations de la diversité biologique »¹⁹⁵⁵. Dans le même sens, Isabelle Doussan et Gilles Martin ont pu souligner que « l'appellation de PSE » pourrait trouver à s'appliquer à « des contrats conclus dans le cadre d'une opération de compensation écologique comprenant des mesures de restauration ou de gestion d'écosystèmes spécifiques »¹⁹⁵⁶.

487. Ailleurs qu'en doctrine, le rapprochement entre dispositifs de compensations écologiques et de paiements pour services environnementaux est également opéré par une

¹⁹⁵⁴ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 31.

¹⁹⁵⁵ KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., « Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ? », préc., p. 172.

¹⁹⁵⁶ DOUSSAN I., MARTIN G. J., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière de la théorie générale des contrats », préc., p. 282.

grande diversité de documents parlementaires et ministériels. Selon un document de travail du Ministère de l'agriculture et de la pêche de 2009 consacré à « La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture », les obligations de compensation peuvent être satisfaites par la fourniture de services environnementaux¹⁹⁵⁷. Dans un rapport sur les « Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique » rendu en 2016 à l'initiative du ministère de l'Agriculture, de l'Agroalimentaire et de la Forêt, il est souligné que « les PSE sont susceptibles de prendre des formes particulièrement variées (ils mobilisent des acteurs multiples [...] ; ils combinent des financements privés et publics, tels que des paiements par les usagers du service environnemental, des paiements par des aménageurs tenus de compenser les impacts négatifs de leurs projets d'aménagement, des paiements par la puissance publique, etc.) »¹⁹⁵⁸. Plus encore, dans un rapport d'information du 20 juin 2018 sur la mise en application de la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire recommande, notamment, de « développer l'idée de paiement pour services environnementaux ou écosystémiques au profit des exploitants agricoles s'engageant dans des démarches de compensation (haies, alignements d'arbres, prairies), dans la droite ligne du principe de complémentarité entre l'environnement et l'agriculture, nouvellement défini comme un principe fondateur à l'article L. 110-1 du code de l'environnement »¹⁹⁵⁹. Elle ajoute que « ces régimes [de paiement pour services environnementaux ou écosystémiques] peuvent trouver à s'appliquer dans différents domaines (mesures agroenvironnementales et climatiques de la PAC par exemple) mais présentent sans doute un intérêt spécifique en matière de compensation »¹⁹⁶⁰.

488. Le rapprochement entre compensations écologiques et paiements pour services environnementaux ne doit rien au hasard, mais s'impose au contraire comme le résultat d'une pluralité de facteurs à la fois écologiques, économiques et sociaux. Dans le silence de la loi, la possibilité de recourir à des « pratiques de gestion » est explicitement envisagée par les lignes directrices relatives à la séquence « ERC ». Celles-ci identifient en effet trois types d'« actions écologiques » pouvant être mises en œuvre dans le cadre de mesures compensatoires : mesures

¹⁹⁵⁷ BALNY et al., *La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture*, préc., p. 15.

¹⁹⁵⁸ DUVAL L. et al, *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, préc., p. 86.

¹⁹⁵⁹ BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, préc., p. 19.

¹⁹⁶⁰ *Ibid.*, p. 168.

de restauration ou de réhabilitation, mesures de création de milieux et/ou, dans certains cas, des évolutions des pratiques de gestion¹⁹⁶¹. Elles ajoutent que les actions de restauration ou de réhabilitation, ainsi que les mesures de création de milieux, sont fréquemment complétées par des mesures de gestion, qui consistent « en une ou plusieurs actions prolongées visant à maintenir un milieu dans un état favorable à la biodiversité. Exemples: fauchage tardif, pâturage extensif par le biais de races adaptées au milieu considéré, passage d'un lamier pour entretenir des haies, faucardage d'étang, etc. »¹⁹⁶².

En pratique, il est ainsi fréquent que des exploitants agricoles soient sollicités pour réaliser des mesures de gestion, soit au titre de mesures compensatoires, soit sur les terrains supports de ces mesures mais de manière indépendante de celles-ci. La CDC Biodiversité s'attache ainsi, en particulier, à mettre en place des activités agricoles sur les terrains qui servent d'assiette aux mesures compensatoires¹⁹⁶³. Selon elle, l'agriculture ne serait pas incompatible avec la réalisation de mesures de compensation écologique. Bien au contraire, la pression foncière « grandissante » imposerait « que les objectifs écologiques et les objectifs d'activités plus classiques (agriculture, élevage, sylviculture...) soient convergents »¹⁹⁶⁴. Il serait dès lors plus intéressant écologiquement et économiquement d'installer une activité économique sur un site support de mesures compensatoires pour en assurer la gestion de manière continue, plutôt que de réaliser des mesures de gestion de manière ponctuelle. L'économiste Coralie Calvet souligne, en ce sens, que dans le cadre de la réserve d'actifs naturels de « Cossure », l'impact du pastoralisme pour la gestion conservatoire du site apparaît déterminant¹⁹⁶⁵. De surcroît, le recours à des mesures de gestion dont la réalisation est confiée aux agriculteurs contribue à favoriser l'acceptabilité sociale des projets et des mesures compensatoires qui leur sont associées¹⁹⁶⁶. Enfin, l'installation d'une activité agricole permet de trouver une vocation au site concerné lorsque celui-ci ne sera plus utilisé pour accueillir des mesures compensatoires¹⁹⁶⁷.

Initié en 2012, le projet « EPITERRE se révèle assez singulier, dans la mesure où celui-ci propose explicitement des « paiements pour services environnementaux » à des fins de mise en œuvre d'une obligation de compensation écologique. Associant notamment la Fédération

¹⁹⁶¹ Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 98.

¹⁹⁶² *Ibid.*

¹⁹⁶³ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

¹⁹⁶⁴ THIEVENT Ph., « La pratique de la compensation écologique », préc., p. 20.

¹⁹⁶⁵ CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 145.

¹⁹⁶⁶ *Ibid.*, p. 146.

¹⁹⁶⁷ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

nationale des syndicats d'exploitants agricoles (FNSEA), ce projet a émergé dans un contexte où la position syndicale du milieu agricole dénonçait la « double peine » qu'infligent aux agriculteurs la réalisation de projets d'aménagement, principalement dans le cadre des projets autoroutiers, et la recherche des terrains susceptibles d'accueillir les mesures compensatoires rendues nécessaires. Dès lors, il a été pris conscience que l'émergence des services environnementaux dans les politiques de protection de la biodiversité et des écosystèmes pouvait être utilisée comme un moyen d'associer le secteur agricole à la réalisation de mesures de compensation écologique sans avoir à céder ou à affecter leurs terrains à un usage strictement écologique¹⁹⁶⁸. La perspective d'utiliser les paiements pour services environnementaux à des fins de compensation écologique n'est pas si insensée, dans la mesure où l'on constate qu'une certaine articulation est envisagée entre les compensations écologiques et les mesures agroenvironnementales (et climatiques) du second pilier de la PAC.

Les lignes directrices relatives à la séquence « ERC » énoncent en effet que « lorsque la mesure compensatoire consiste à faire évoluer des pratiques de gestion sur une exploitation agricole, la question de l'articulation avec les mesures agro-environnementales (MAE) prévues par le Règlement de développement rural (RDR) R(CE) 1698-2005 et sa déclinaison en France [...] peut se poser »¹⁹⁶⁹. C'est ainsi que, dans le cadre d'un projet d'aménagement réalisé par l'État sur la RN4 et l'autoroute A351 entre Ittenheim et Strasbourg, on peut observer que le dossier de demande de dérogation « espèces protégées » prévoyait la mise en œuvre de deux types de compensations en faveur du Hamster : « des mesures dites extensives (= zones extensives) qui s'apparentent aux mesures agro-environnementales et climatiques (MAEc) ; des mesures dites intensives (= zones intensives) qui sont plus exigeantes, localisées au sein d'un périmètre extensif »¹⁹⁷⁰. Dans le même sens, le rapport rendu dans le cadre de la commission du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité énonce que « la rémunération des mesures de compensation écologique devrait être définie en cohérence avec les mesures agro-environnementales et climatiques (MAEC) mises en œuvre dans le cadre de la politique agricole commune (PAC) »¹⁹⁷¹. Le rapport révèle une liste de mesures de gestion mises en œuvre dans le cadre de la compensation écologique assortie d'une grille de

¹⁹⁶⁸ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous,

¹⁹⁶⁹ Commissariat Général au Développement Durable (CGDD), *Lignes directrices nationales sur la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur les milieux naturels*, préc., p. 99.

¹⁹⁷⁰ Écosphère, *Aménagement multimodal de l'axe A351-RN4. Dossier de demande de dérogation au titre de la législation sur les espèces protégées*, 10 septembre 2018, p. 81.

¹⁹⁷¹ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 94.

rémunérations très proches de mesures agroenvironnementales du second pilier de la politique agricole commune : creusement de mares ; plantation de haies ; création de talus ; entretien de mares ; entretien de haies ; entretien d'arbres isolés ; fauche tardive de prairies ; pâturage extensif sur prairies ; gel sur prairies ; etc.¹⁹⁷². Néanmoins, la lecture des comptes rendus des auditions de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité révèle que ce ne sont pas à proprement parlé des mesures agroenvironnementales qui sont utilisées à des fins de compensation écologique, mais des mesures qui s'en inspirent¹⁹⁷³. De surcroît, ces mesures compensatoires ont été mises en œuvre sur des terrains qui ne faisaient pas, ou plus, l'objet de mesures agroenvironnementales¹⁹⁷⁴. Bien que les mesures du second pilier de la PAC obéissent à des règles strictes de cumul entre elles, aucune disposition n'interdit explicitement d'envisager un cumul, sur un même espace, entre mesures de compensation écologique et MAEC. En l'absence de disposition l'interdisant, rien ne s'oppose *a priori* à une articulation entre compensations écologiques et paiements pour services environnementaux. Envisageable, celle-ci est-elle pour autant souhaitable ?

2.- Un rapprochement entre mesures compensatoires et paiements pour services environnementaux envisageable mais conditionné

489. En raison de l'hétérogénéité dans l'appréhension du concept de paiements pour services environnementaux, il n'est pas surprenant que ces derniers aient pu être rapprochés des dispositifs de compensation écologique, voire assimilés à ces derniers. Si nous avons assez

¹⁹⁷² V. annexe : Exemples de rémunération pour la mise en œuvre de mesures compensatoires sur des terres agricoles.

¹⁹⁷³ « Pour que les choses fonctionnent, il faut que soient réunies à la fois la compensation économique et la compensation environnementale. Nous serions, à la rigueur, favorables à un peu plus de compensation économique qu'environnementale alors que nos collègues des associations environnementales demanderaient sans doute le contraire. Nous arrivons néanmoins à nous mettre d'accord avec elles sur les actions nécessaires. Il faut reconnaître que les mesures que nous mettons en place sont souvent inspirées des mesures agro-environnementales (MAE) existant par ailleurs. [...] Nous avons donc des zones déjà animées par des MAE en la matière qui ont servi de support aux mesures de compensation environnementale [...]. Cela vient en plus sur des terrains qui accueillent déjà des MAE ? [...]. Non, il s'agit de mesures exclusives. Cela concerne des terres qui ne sont pas ou plus en MAE. Il faut reconnaître que les mesures de compensation sont arrivées à un moment où les MAE avaient "du plomb dans l'aile" dans notre département. L'État a dénoncé certains contrats sur des bassins versants ou des aires de captage, ce qui a entraîné une érosion de la contractualisation chez nous. Il faut le dire. Les mesures de compensation sont arrivées juste après cela, notamment sur les bassins versants de rivières » : Doc. Sénat, CR 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, mercredi 8 février 2017, *souligné par nous*.

¹⁹⁷⁴ *Ibid.*

largement démontré que les paiements pour services environnementaux se caractérisent par une certaine souplesse dans leurs conditions de mise en œuvre, nous avons en revanche fait le choix de définir cet instrument de manière assez restrictive afin d'en préserver au mieux l'esprit¹⁹⁷⁵. Si aucune définition ne s'oppose à ce que les paiements pour services environnementaux puissent être utilisés comme un moyen de « compenser » des atteintes causées par un projet, une activité, un plan ou un programme à la biodiversité ou aux écosystèmes, cette finalité nous semble contrevenir assez fortement avec le critère d'« additionnalité », qui permet notamment de s'assurer que ce dispositif ne soit pas utilisé pour satisfaire une obligation légale ou réglementaire¹⁹⁷⁶. Au regard de ce critère, les paiements pour services environnementaux ne semblent pas pouvoir s'envisager comme un moyen de « compenser » des atteintes causées par un projet, une activité, un plan ou un programme à la biodiversité ou aux écosystèmes. Si un PSE mis en œuvre à des fins de compensation peut contribuer à générer une additionnalité écologique sur les terrains où il est réalisé, son objet consiste toutefois à contrebalancer les atteintes causées, d'un autre côté, par un projet, activité, plan ou programme sur la biodiversité ou les écosystèmes. Dans la mesure où les compensations écologiques mettent en balance des atteintes certaines avec des « gains » écologiques aléatoires, l'additionnalité écologique ainsi susceptible d'être générée par la prestation de service environnemental serait par conséquent nécessairement limitée, voire nulle. Dans le même sens, Marie Hrabanski, Olivier Aznar et Élodie Valette ont pu envisager de considérer les « banques de compensation » comme des paiements pour services environnementaux « dans la mesure où l'action de compensation serait un paiement pour SE. Il s'agirait ainsi de payer un "prestataire" de SE (une banque de compensation) pour procurer un SE amélioré »¹⁹⁷⁷. Ces auteurs soulignent toutefois que « les banques de compensation ne correspondent pas aux critères identifiés par Wunder (2005) pour décrire les PSE dans la mesure où la compensation est une exigence réglementaire : on est donc dans du "command & control" et donc éloigné de la dimension « volontaire » de Wunder. De plus, alors que pour Wunder, dans les PSE, le financeur est le bénéficiaire, dans le cadre des banques de compensation, le financeur est le pollueur, non le bénéficiaire du service »¹⁹⁷⁸.

¹⁹⁷⁵ V. supra. §. n° 185.

¹⁹⁷⁶ V. supra. §. n° 315.

¹⁹⁷⁷ HRABANSKI M., AZNAR O., VALETTE E. (dir.), *Les services écosystémiques et environnementaux en France métropolitaine et d'outre-mer : synthèse des travaux du programme SERENA*, préc., p. 18.

¹⁹⁷⁸ *Ibid.*, pp. 18-19.

490. Compte tenu du coût des mesures compensatoires pour les maîtres d'ouvrages et de la raréfaction du foncier disponible présentant les qualités requises pour la réalisation de mesures compensatoires, l'articulation entre compensations écologiques et paiements pour services environnementaux pourrait laisser craindre que la compensation ne s'oriente vers une logique de gestion, au détriment d'opérations de réhabilitation et de restauration des écosystèmes. L'économiste Harold Levrel a ainsi pu souligner que « si la compensation se traduit uniquement par des changements de pratiques et non pas par des gains surfaciques associés à des pratiques de restauration écologiques, alors que par ailleurs ces actions sont réalisées pour compenser des pertes surfaciques définitives liés (sic) à des aménagements urbains, l'objectif d'absence de perte nette devient un horizon très lointain »¹⁹⁷⁹. En dépit de la confiance qui est accordée au secteur agricole pour la réalisation de mesures compensatoires et/ou de prestations de services environnementaux¹⁹⁸⁰, nous exprimons quelques réserves sur leur capacité à mener à bien certaines opérations, notamment lorsqu'elles portent sur des écosystèmes particulièrement complexes, à l'image de certaines zones humides ou des forêts anciennes. Si aucune disposition juridique ne s'oppose formellement à ce que les paiements pour services environnementaux soient utilisés à des fins de compensation écologique, cette solution nous semble entrer en contradiction avec l'objectif de reconquête de la biodiversité affiché par la loi du 8 août 2016. Nous insisterons donc, une fois encore, sur l'importance de conditionner la mise en œuvre de ces instruments à l'absence d'obligation légale et/ou réglementaire.

¹⁹⁷⁹ LEVREL H. et al., « Application de la séquence éviter-réduire-compenser en France : le principe d'additionnalité mis à mal par 5 dérives », préc., §. n° 28.

¹⁹⁸⁰ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

491. En dépit des ambitions affichées sur la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 et des espoirs qu'elle a pu susciter, l'unification du régime juridique des compensations écologiques qui aurait pu avoir lieu s'impose comme une occasion manquée. Faute de régime véritablement commun, les mesures compensatoires demeurent issues d'une grande diversité de dispositions dont le contenu et le niveau d'exigence diffère largement, ce qui nuit à leur cohérence. Si certaines avancées peuvent être soulignées, l'obligation de compensation écologique se trouve néanmoins affaiblie du fait de la réduction continue des projets, plans et programmes soumis à évaluation environnementale. Dans la mesure où le régime juridique des paiements pour services environnementaux reste à construire, les instruments susceptibles de répondre à cette qualification sont le plus souvent soumis au droit commun des contrats et au droit de la concurrence. Si le droit commun présente l'avantage de la flexibilité, il n'offre toutefois pas les garanties suffisantes pour garantir la finalité écologique des opérations contractualisées. Ces doutes se transforment en inquiétude, dans la mesure où les freins juridiques au développement des paiements pour services environnementaux, notamment le droit des aides d'état et des marchés publics, se révèlent assez aisément surmontables. Rien ne semble donc s'opposer au déploiement de ces instruments dans les approches juridiques de protection de la biodiversité.

492. En dépit d'une pluralité de liens matériels et conceptuels entre compensations écologiques et paiements pour services environnementaux (services rendus par les écosystèmes, additionnalité écologique, contrat, etc.), ces instruments demeurent distincts dans leur principe. En l'absence d'articulation juridique explicitement prévue par le législateur entre compensations écologiques et paiements pour services environnementaux, une relation très étroite semble néanmoins se dessiner en pratique entre ces instruments. Les paiements pour services environnementaux s'imposent en effet comme un moyen de satisfaire une obligation de compensation écologique. Si la réalisation de mesures compensatoires peut justifier l'implantation d'activités agricoles et la réalisation de mesures de gestion écologiques sur les terrains mobilisés, l'arrimage des paiements pour services environnementaux aux compensations écologiques n'apparaît toutefois pas conforme à leur objet. La possibilité que de telles articulations se généralisent en pratique justifie, dès lors, le développement d'une régulation adaptée de ces instruments afin de garantir le maintien de leur finalité écologique.

CHAPITRE 2.- LA RÉGULATION INADÉQUATE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

493. En économie, « le marché est présenté comme le cadre de régulation le plus efficient, parce qu'il est lieu de véridiction : il est l'espace cognitif où émerge une rationalité distribuée et flexible, correspondant parfaitement à la nature dynamique et fluctuante des écosystèmes de la planète »¹⁹⁸¹. Depuis le protocole de Kyoto de 1997, nous serions ainsi passés « d'une régulation de l'environnement par les normes à une régulation par les instruments économiques (taxes et marché des droits) »¹⁹⁸². De l'avis d'Yves Gaudemet, la régulation s'est indiscutablement imposée, dans une période récente, comme « la forme moderne de l'action administrative »¹⁹⁸³. Concept « flou, polysémique »¹⁹⁸⁴, la régulation apparaît tantôt « conçue comme une alternative [à la réglementation] ou, au contraire, comme un genre d'action dont la réglementation ne serait qu'une espèce à côté d'autres »¹⁹⁸⁵. Pour les uns, la régulation constituerait ainsi une forme d'encadrement juridique, distincte de la réglementation¹⁹⁸⁶. Pour les autres, la réglementation ne serait qu'« un instrument disponible de la régulation »¹⁹⁸⁷. Selon Gilles Martin, la régulation consisterait « à "piloter" un système complexe de relations nées dans un secteur ou à propos d'une situation donnée, pour tenter de faire en sorte que ce système se maintienne dans un certain équilibre, ou qu'il atteigne des objectifs ou protège des valeurs que la réglementation aura posées, mais qu'elle ne peut directement garantir »¹⁹⁸⁸. Pour

¹⁹⁸¹ BONNEUIL C., *Une nature liquide ? Les discours de la biodiversité dans le nouvel esprit du capitalisme*, préc., p. 193 à 195 ; V. également en ce sens : BACACHE-BEAUVALLET M., « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », préc., p. 38 ; BOUTILLIER S., « Les économistes et l'écologie, enseignements historiques », *Innovations*, vol. 18, n° 2, 2003, pp. 139-165.

¹⁹⁸² BACACHE-BEAUVALLET M., « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », préc., p. 35.

¹⁹⁸³ GAUDEMET Y., « Introduction », *RFAP*, n° 109, 2004/1, p. 13 ; V. également en ce sens : CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001/3, p. 829.

¹⁹⁸⁴ CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », préc., p. 830.

¹⁹⁸⁵ JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in CLAM J., MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, p. 53.

¹⁹⁸⁶ V. notamment en ce sens : FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », *D.*, n° 7, 2001, p. 610 ; JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », préc., p. 53.

¹⁹⁸⁷ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », préc., p. 610.

¹⁹⁸⁸ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 16 ; V. également dans le même sens : « le droit de la régulation constitue une branche du droit regroupant l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes, comme le droit de la régulation financière, le droit de la régulation énergétique, le droit du secteur audiovisuel et des télécommunications, etc. C'est alors le droit qui prend en charge la construction, la surveillance et le maintien de force de ces grands équilibres » : FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », préc., p. 610 ; « La régulation apparaît alors comme un mode d'organisation juridique des marchés émergents, entendus eux-mêmes comme ceux qui s'ouvrent à la concurrence » : GAUDEMET Y., « Introduction », préc., p. 14.

Yves Gaudemet, la régulation serait le produit de la conjonction de deux caractéristiques : « [d'une part,] la présence d'un "régulateur", c'est-à-dire d'un organisme qui, le plus souvent, prendra la forme d'une de ces autorités administratives indépendantes dont le nombre augmente tous les ans ; [d'autre part,] l'utilisation d'une normativité incertaine, efficace et contraignante en fait, mais étrangère aux formes ordinaires et classiques du droit »¹⁹⁸⁹. Si, comme le souligne Jacques Chevallier, « la fonction de régulation est au principe même de l'État »¹⁹⁹⁰, cette dernière n'est cependant pas exclusive, dans la mesure où nos sociétés sont en effet « des sociétés complexes, fondées sur l'entrelacement de multiples dispositifs de régulation plus ou moins coordonnés et contrôlés par l'État »¹⁹⁹¹. L'auteur distingue ainsi « deux modèles classique de régulation [...] : un modèle privé de régulation, reposant sur le contrat (régulation "horizontale" résultant d'un accord de volontés) ; un modèle public de régulation, fondé sur la loi (régulation "verticale" résultant de l'imposition de règles) »¹⁹⁹². La régulation ne s'opérant pas seulement par le droit, celle-ci serait juridique dès lors qu'elle se caractériserait « par l'imposition de certaines règles de conduite dotées d'une puissance normative particulière »¹⁹⁹³. Hétérogènes, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sont l'objet d'une pluralité de formes de régulation (**Section 1**). Compte tenu de l'insuffisance des formes de régulation de ces instruments, il conviendra, par conséquent, d'envisager de les doter d'un cadre de régulation adapté, voire commun (**Section 2**).

SECTION 1.- LA COEXISTENCE D'UNE PLURALITÉ DE FORMES DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

494. Poursuivant un « objectif d'équilibre »¹⁹⁹⁴, la régulation demeure une pratique assez largement encouragée en droit interne et européen en matière environnementale. Comme le souligne la rapporteure Geneviève Gaillard, dans un rapport du 6 avril 2011 consacré « aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité », le développement en particulier du recours aux méthodes d'évaluation monétaire de la nature est susceptible d'entraîner la création de marchés « comportant de multiples dérives

¹⁹⁸⁹ GAUDEMET Y., « Introduction », préc., p. 15.

¹⁹⁹⁰ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », in CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, p. 84.

¹⁹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹⁹² *Ibid.*, pp. 84-85.

¹⁹⁹³ CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », préc., p. 831.

¹⁹⁹⁴ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », préc., p. 613.

et phénomènes de spéculation, ce qui impose très clairement une régulation, un encadrement de ce phénomène »¹⁹⁹⁵. Étroitement liés aux approches d'évaluation économique de la biodiversité et des écosystèmes¹⁹⁹⁶, les « instruments économiques » nécessitent, à la demande unanime de la doctrine, la mise en place d'une régulation juridique adaptée et effective. Faisant part de leurs doutes sur la capacité du droit des contrats à « apporter une contribution sérieuse à la résorption d'éventuels déséquilibres »¹⁹⁹⁷, Isabelle Doussan et Gilles Martin soulignent ainsi l'importance de s'assurer, en matière de paiements pour services environnementaux, que le rapport de force soit équilibré entre cocontractants. Compte tenu des enjeux écologiques comme économiques liés à la mise en œuvre de la compensation, Isabelle Doussan ou bien encore Marthe Lucas, soulignent également qu'« une régulation plus stricte de la compensation écologique s'avère nécessaire »¹⁹⁹⁸. Dans le même sens, le rapport Chevassus énonce qu'« il importe tout autant d'empêcher une captation des mécanismes d'échange et de compensation par les opérateurs du secteur et de garantir un fonctionnement transparent de ces mécanismes »¹⁹⁹⁹. À la lumière de ces développements, la question de la régulation juridique des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux est ainsi loin de se limiter aux seuls marchés d'unité de compensation. Si ces instruments sont l'objet d'une pluralité de formes partenariales et négociées de régulation (§1), les formes publiques de régulation se révèlent, en revanche, assez largement inadaptées (§2).

§1.- LA PRÉPONDÉRANCE DES FORMES PRIVÉES DE RÉGULATION

495. Dans le prolongement de la distinction formalisée par Jacques Chevallier²⁰⁰⁰, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux semblent associer une pluralité de formes privées de régulation. La régulation juridique est en effet loin de se cantonner à la seule intervention de l'État. Si ce dernier s'impose à la fois comme un régulateur et un acteur incontournable, la régulation de ces instruments se révèle néanmoins

¹⁹⁹⁵ GAILLARD G., *Rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité*, préc., p. 41.

¹⁹⁹⁶ V. supra. §. 16 et s.

¹⁹⁹⁷ DOUSSAN I., MARTIN G. J., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière de la théorie générale des contrats », préc., p. 290.

¹⁹⁹⁸ DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 110 ; LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 498 et s.

¹⁹⁹⁹ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 13.

²⁰⁰⁰ V. supra. §. n° 493.

polycentrique, tant elle sollicite une grande diversité d'acteurs situés à des niveaux d'échelles distincts. Hétérogène, la régulation de ces instruments est dans une large mesure assurée sur une base concertée entre personnes privées et personnes publiques (A). Le contrat occupant une place privilégiée dans la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, son usage soulève un certain nombre de questionnements à l'égard du droit à l'information et à la participation du public (B).

A.- LE RECOURS PRIVILÉGIÉ AUX FORMES PARTENARIALES ET NÉGOCIÉES DE RÉGULATION

496. « Instrument privilégié, sinon exclusif, de régulation des rapports économiques et sociaux »²⁰⁰¹, le contrat s'impose à l'évidence comme un mode de régulation juridique incontournable des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux (1). Privilégié, ce mode de régulation n'est toutefois pas exclusif, dans la mesure où il est complété par une grande diversité d'autres formes de régulation (2).

1.- Le contrat comme instrument de régulation juridique des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux

497. Les relations que le contrat entretient avec la régulation sont plurielles, dans la mesure où celui-ci se situe au carrefour d'une pluralité de formes de régulation. Très largement utilisé dans le cadre de la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux, le contrat est loin de se réduire au rang de simple support juridique. Dans la mesure où il permet de créer des droits et obligations entre les parties contractantes, celui-ci s'impose, par conséquent, comme un instrument de régulation juridique²⁰⁰². Comme le souligne Jacques Chevallier, « à travers le contrat, les acteurs sociaux décident des formes et des limites de leurs engagements réciproques, à partir d'un principe de liberté et d'égalité ; ils créent par là même un cadre formalisé et normalisé d'interactions, à l'intérieur duquel se déploient leurs échanges »²⁰⁰³. Formés par le libre échange des consentements²⁰⁰⁴, les contrats conclus pour la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services

²⁰⁰¹ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », préc., p. 85.

²⁰⁰² HAUTEREAU-BOUTONNET M., « Le contrat environnemental », préc.

²⁰⁰³ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », préc., p. 85.

²⁰⁰⁴ Art. 1113 du C. civ.

environnementaux « tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits »²⁰⁰⁵. Dès lors, la régulation peut ainsi s'opérer soit par la responsabilisation des parties contractantes du fait de leur engagement, soit par le risque de mise en jeu de la responsabilité contractuelle²⁰⁰⁶. En cas de non-respect par l'une des parties de ses engagements, la solution judiciaire sera rarement privilégiée en pratique. En effet, l'analyse de contrats de compensation écologique révèle la présence de clause privilégiant en priorité le règlement amiable des différends entre les parties²⁰⁰⁷. Cette pratique semble se confirmer pour la majorité des contrats de compensation, dans la mesure où le recours au juge ne constitue pas une solution adaptée pour les porteurs de projet. Ces derniers restant responsables de la réalisation des mesures compensatoires auprès de l'autorité administrative qui les a prescrites, ceux-ci ont tout intérêt à résoudre au plus vite les difficultés qui surviendraient – ou en tout cas les prévenir – dans la mise en œuvre des mesures compensatoires. De surcroît, le montant du préjudice subi par le porteur de projet du fait de la non-réalisation des mesures compensatoires peut être tel que l'opérateur de compensation défaillant ne sera pas financièrement en mesure de dédommager le débiteur de l'obligation de compenser envers lequel il s'était engagé²⁰⁰⁸.

498. Le contrat, instrument de régulation, étant lui-même encadré²⁰⁰⁹, celui-ci peut également être un objet de régulation²⁰¹⁰. Le degré de régulation du contrat se révèle cependant presque inexistant dans le cadre de la mise en œuvre de mesures de compensations écologiques ou d'un paiement pour service environnemental. Par principe, l'administration se montre en effet indifférente aux choix du débiteur d'une obligation de compensation quant aux moyens les plus adaptés pour satisfaire son obligation de compensation. Ce dernier est donc pleinement libre de réaliser les mesures compensatoires lui-même ou d'en confier la réalisation à un tiers²⁰¹¹. Ce choix du législateur s'explique par le fait que, « dans tous les cas, le maître d'ouvrage reste seul responsable à l'égard de l'autorité administrative qui a prescrit ces mesures de compensation »²⁰¹². Si le porteur de projet est tenu de satisfaire aux critères énoncés à l'article

²⁰⁰⁵ Art. 1103 du C. civ.

²⁰⁰⁶ FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.*, n° 1, 1998, pp. 43-56.

²⁰⁰⁷ Informations recueillies suite à la communication d'un contrat de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

²⁰⁰⁸ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

²⁰⁰⁹ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », préc., pp. 85-86.

²⁰¹⁰ FRISON-ROCHE M.-A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », préc., p. 48.

²⁰¹¹ Art. L. 163-1 II du C. env.

²⁰¹² *Ibid.*

L. 163-1 du Code de l'environnement, au premier rang desquels l'équivalence écologique, en revanche l'administration ne peut pas intervenir pour moduler le contenu du contrat qui lie ce dernier avec l'opérateur de compensation écologique de son choix.

La liberté contractuelle presque totale dont font l'objet les mesures de compensation écologique confirme ainsi le constat de la doctrine, selon lequel « le ton est davantage à la responsabilisation »²⁰¹³. Les mesures compensatoires sont ainsi déterminées selon les caractéristiques propres à chaque projet en concertation avec le bureau d'étude, l'opérateur de compensation – s'il y en a un –, les différentes autorités publiques concernées ou encore le public (associations de protection de l'environnementaux, riverains, agriculteurs, etc.). Dans le cas toutefois où ces mesures seraient mises en œuvre sur un terrain n'appartenant ni à la personne soumise à l'obligation de mettre en œuvre ces mesures, ni à l'opérateur de compensation qu'elle a désigné, le législateur imposera non seulement qu'un contrat soit conclu avec le propriétaire et, le cas échéant, le locataire ou l'exploitant, mais également que celui-ci contienne certaines clauses minimales²⁰¹⁴. Ce contrat devra ainsi indiquer la nature des mesures de compensation et leurs modalités de mise en œuvre, ainsi que leur durée²⁰¹⁵. Ce faisant, la compensation écologique illustre semble-t-il assez largement le constat dressé par Jacques Chevallier, selon lequel « l'opposition entre les deux modèles classiques de régulation, l'un privé par le contrat, l'autre public reposant sur l'unilatéralité, doit être relativisée : non seulement ces deux modèles, loin d'être exclusifs l'un de l'autre, coexistent [...], mais encore ils sont en réalité imbriqués l'un dans l'autre et se superposent réciproquement »²⁰¹⁶.

499. Mis en œuvre le plus souvent par contrat, les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux s'appuient par conséquent, assez logiquement, sur une démarche de concertation entre les différents acteurs publics comme privés impliqués.

²⁰¹³ LUCAS M., « Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ? Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale », préc., pp. 647-648 ; ce point de vue a été confirmé à l'occasion d'un entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, préc.

²⁰¹⁴ Art. L. 163-2 du C. env.

²⁰¹⁵ *Ibid.*

²⁰¹⁶ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », préc., pp. 88.

2.- La concertation comme pratique inhérente à la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux

500. De manière analogue aux réserves naturelles²⁰¹⁷, l'élaboration de plans de gestion est une pratique qui s'est également généralisée en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Destinés à « encadrer plus étroitement les interventions fantaisistes de certains gestionnaires »²⁰¹⁸, les plans de gestion des réserves naturelles s'appuient « sur une évaluation scientifique du patrimoine naturel de la réserve et de son évolution » en vue de décrire « les objectifs que le gestionnaire s'assigne en vue de la protection des espaces naturels de la réserve »²⁰¹⁹. Singulièrement absent des dispositions du Code de l'environnement ou du Code de l'urbanisme applicables aux compensations écologiques, le plan de gestion constitue pourtant, de l'avis de l'écologue Baptiste Regnery, « un outil précieux »²⁰²⁰. Le plan de gestion consiste en un document technique contenant les modalités et les objectifs de gestion d'un site de compensation²⁰²¹.

Dans le silence de la loi, les plans de gestion tendent néanmoins à se généraliser de manière presque systématique²⁰²². La CDC Biodiversité s'est ainsi notamment dotée, dans le cadre de l'expérimentation d'offre de compensation sur le site de « Cossure », de deux plans de gestion successifs (période 2011-2015 et 2018-2022). En l'absence d'encadrement juridique, l'initiative et la composition de ces plans de gestion relèvent en principe du porteur du projet. Nous observons toutefois que certains arrêtés autorisant la réalisation de projet mettant en œuvre des mesures compensatoires peuvent également prescrire l'obligation pour le porteur de projet de transmettre aux services instructeurs le plan de gestion du site de compensation²⁰²³.

²⁰¹⁷ Art. R. 332-21 à R. 332-22 du C. env.

²⁰¹⁸ CANS C., « Réserve naturelles », *J.-CI Env.*, Fasc. 3520, 2 oct. 2019, note n° 112.

²⁰¹⁹ Art. R. 332-21 du C. env.

²⁰²⁰ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 198.

²⁰²¹ En matière de réserves naturelles, le plan de gestion « s'appuie sur une évaluation scientifique du patrimoine naturel de la réserve et de son évolution et décrit les objectifs que le gestionnaire s'assigne en vue de la protection des espaces naturels de la réserve » : art. R. 332-21 du C. env.

²⁰²² Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

²⁰²³ V. notamment, pour quelques exemples : art. 23.1.4 de l'arrêté Préfectoral n° 38-2019-01-14-004 du 14 janvier 2019 portant autorisation environnementale au titre du L.181-1 et suivants du Code de l'Environnement concernant l'aménagement de l'A480 et de l'échangeur du Rondeau dans la traversée de Grenoble.

De surcroît, l'arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation de « Cossure » prévoit l'obligation pour la CDC Biodiversité d'établir « des plans pluriannuels successifs de gestion du site naturel de compensation, couvrant l'ensemble de la période d'agrément. Ces plans comprennent notamment les opérations suivantes : - la nature des actions nécessaires à la conservation et à la restauration du milieu naturel du site ; - les modalités de surveillance du site ; - les modalités des suivis scientifiques, comprenant en particulier les modalités du suivi du niveau de gain écologique généré par les mesures de compensation, mentionné à l'article 14 du présent

Les services instructeurs peuvent, en outre, imposer que « les modalités et les objectifs de gestion seront établis de manière concertée entre le bénéficiaire et les services instructeurs concernés »²⁰²⁴. À la différence des plans de gestion des réserves naturelles²⁰²⁵, les plans de gestion mobilisés dans le cadre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux semblent dénués de portée réglementaire. Pourtant (voire par conséquent), ces derniers ne sont la plupart du temps pas accessibles au public²⁰²⁶.

501. Les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux s'accompagnent également de la mise en place de « comités de suivi », « comités techniques »²⁰²⁷ ou « comités de pilotage »²⁰²⁸. Coralie Calvet révèle que l'expérimentation d'offre de compensation réalisée sur le site de « Cossure » a été suivie par deux comités : « un local, composé de la CDC Biodiversité, des services déconcentrés sur ministère (Dreal et DDTM), d'un représentant du CSRPN, de la chambre d'agriculture, du CEN-Paca et d'instituts de recherche (IMBE, Tour du Valat). Au niveau national, l'opération est suivie au sein du MEDDE par deux directions : la Direction générale de l'aménagement, du logement et de la nature, et le Commissariat général au développement durable. Le Conseil national de la protection de la nature (CNPN) est également associé au suivi de l'expérimentation »²⁰²⁹. Bien que la doctrine souligne le « rôle essentiel » de ces comités « pour accompagner et contrôler la mise en œuvre des mesures compensatoires »²⁰³⁰, celle-ci n'est toutefois pas systématique. Le recours aux comités de suivi n'est en effet envisagé que dans la partie réglementaire du Code de l'environnement. Le droit applicable se révèle dès lors très

arrêté ; - les modalités contractuelles que la société établit avec les prestataires qu'elle requiert pour la mise en œuvre du plan de gestion ; elles comprennent en particulier le cahier des charges pastoral des conventions de pâturage que la société établit avec les éleveurs ; - les modalités d'information de la société par ses prestataires si ces derniers constatent des difficultés dans l'exécution de leurs missions ou si des manquements à la bonne exécution des dispositions contractuelles sont détectés » : Art. 8 de l'arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

²⁰²⁴ *Ibid.*

²⁰²⁵ VAN LANG, A., *Droit de l'environnement*. préc. p. 368 ; V. notamment en ce sens : CAA de Douai, 13 avril 2006, Association de chasse sur le domaine public maritime de la Baie de Seine et du pays de Caux, req. n° 05DA00582 ; cité par VAN LANG, A., *Droit de l'environnement*. préc. p. 368.

²⁰²⁶ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

²⁰²⁷ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 138.

²⁰²⁸ REGNERY B., « Enjeux de mise en œuvre des mesures compensatoires : l'exemple du projet ITER », préc., p. 179.

²⁰²⁹ CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 149.

²⁰³⁰ REGNERY B., « Enjeux de mise en œuvre des mesures compensatoires : l'exemple du projet ITER », préc., p. 179.

largement insuffisant dans la mesure où, d'une part, l'obligation de créer un comité de suivi est limitée aux seuls sites naturels de compensation agréés²⁰³¹. D'autre part, la composition ainsi que la fréquence des réunions relèvent de la compétence exclusive du préfet de région sur le territoire duquel se situe le site²⁰³². L'analyse de l'arrêté du 24 avril 2020 relatif à l'agrément du site naturel de compensation de « Cossure » révèle néanmoins que le préfet devra tenir compte, pour la détermination de la composition du comité de suivi, de la proposition effectuée par la société CDC-Biodiversité dans son dossier de demande d'agrément²⁰³³. Enfin, rien n'indique que les comptes rendus des réunions pourront être transmis au public, dans la mesure où ces derniers ne devront être transmis qu'au ministre chargé de l'environnement²⁰³⁴.

Au regard de ce qui précède, nous ne pouvons dès lors que partager le constat dressé par la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité, selon lequel « la constitution de comités de suivi et de pilotage [...], outre qu'elle doit être beaucoup plus systématique, gagnerait à s'effectuer davantage en amont dans la conception des projets »²⁰³⁵. Le rôle prépondérant joué une fois encore par l'État, à travers les pouvoirs dont bénéficie l'autorité préfectorale, justifie en outre une vraie réflexion sur l'intérêt de bénéficier non seulement d'un cadre juridique renforcé, mais également d'une autorité de régulation pleinement indépendante pour contrôler à la fois la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux.

502. Si les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux associent, dans leur mise en œuvre, une grande diversité de personnes publiques comme privées, l'intégration du public se révèle en revanche trop insuffisante.

²⁰³¹ Art. D. 163-9 du C. env.

²⁰³² *Ibid.*

²⁰³³ « Conformément à l'article D. 163-9 du code de l'environnement, le préfet de la région Provence-Alpes-Côte d'Azur, préfet des Bouches-du-Rhône (direction régionale de l'environnement, de l'aménagement et du logement) préside un comité de suivi local du site naturel de compensation, dont il détermine la composition, en tenant compte de la proposition effectuée par la société CDC-Biodiversité dans son dossier de demande d'agrément, et la fréquence des réunions » : art. 16-1 de l'arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

²⁰³⁴ Art. D. 163-9 du C. env.

²⁰³⁵ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 107.

B.- L'INTÉGRATION INSUFFISANTE DU PUBLIC DANS LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

503. Si nous assistons à un renforcement du droit à l'information et à la participation du public en matière de projets, plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement (1), le secret des affaires reste un obstacle à la transparence environnementale en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux (2).

1.- Le renforcement du droit à l'information et à la participation du public concernant les projets, plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement

504. Le droit à l'information et à la participation des citoyens dans le cadre des procédures d'autorisation administrative, des processus d'évaluation environnementale ou encore des différents rapports d'évaluation des incidences sur l'environnement constitue un enjeu démocratique et environnemental de premier ordre. Dans son rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la nature, Roland Nungesser soulignait que le fait de rendre publiques les études d'impact devait « aboutir, en fournissant à l'opinion publique un dossier sérieux, à remplacer l'incompréhension et l'ignorance par le dialogue constructif. Cela constitue un progrès fondamental dans une société composée de citoyens responsables »²⁰³⁶. Cette intuition est confirmée par Chantal Cans, qui souligne que « l'étude d'impact a joué un rôle d'amélioration de la démocratie environnementale : mieux informé sur les risques encourus, que ce soit par sa propre recherche d'informations ou par celles portées par les associations de protection de l'environnement, le public a pu faire valoir ses observations sans que pèse sur lui la tradition du secret »²⁰³⁷. Aujourd'hui codifié à l'article 7 de la Charte de l'environnement²⁰³⁸, le droit à l'information et à la participation en matière environnementale s'étend bien au-delà des seules personnes publiques. Selon l'article L. 120-1 du Code de l'environnement, la participation du public à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement permet notamment « d'améliorer la qualité de la décision publique et de contribuer à sa légitimité démocratique » et « d'améliorer et de diversifier l'information

²⁰³⁶ NUNGESSER R., *Rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la nature*, préc., p. 24.

²⁰³⁷ CANS C., « Variations autour d'une innovation environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », préc., p. 482.

²⁰³⁸ « Toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ».

environnementale ». Appliqué aux projets, plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement, le droit à l'information et à la participation du public s'imposent ainsi comme un moyen de garantir non seulement leur acceptabilité sociale, mais également de la qualité écologique des mesures compensatoires²⁰³⁹.

En pratique, l'analyse de la mise en œuvre des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnement révèle qu'une place importante est laissée aux processus de concertation. Si les mesures compensatoires sont en principe proposées par le maître d'ouvrage d'un projet²⁰⁴⁰, ou la personne publique chargée de l'élaboration ou de la modification d'un plan, schéma, programme ou document de planification²⁰⁴¹, celles-ci sont néanmoins le plus souvent élaborées sur une base concertée en faisant intervenir une pluralité d'acteurs privés comme publics. Comme le souligne Marthe Lucas, ces mesures « ne sont donc pas le fruit aujourd'hui de seuls experts environnementaux mais également de la société civile »²⁰⁴². L'obligation d'élaborer un programme de compensation écologique dans le cadre d'une démarche concertée peut d'ailleurs être exigée par certains documents de planification. À titre d'exemple, le SDAGE Rhône-Méditerranée 2016-2021 énonce que « pour les projets soumis à autorisation, les maîtres d'ouvrages sont invités à établir leurs propositions de mesures compensatoires en concertation avec les structures de gestion par bassin versant concernées et les services de l'État et de ses établissements publics. Cette concertation peut être utile aux maîtres d'ouvrages pour orienter leurs choix vers des secteurs à fort enjeu du point de vue du bon fonctionnement des milieux aquatiques et de l'état des masses d'eau. Elle peut également aider les maîtres d'ouvrages à assurer la cohérence de l'effort de compensation au regard des impacts résiduels de leurs projets et des besoins des milieux ciblés par les mesures de compensation »²⁰⁴³. Si l'information du public s'est sensiblement améliorée sous l'impulsion notamment de la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010, celle-ci, de même que leur participation, se révèlent en contrepoint trop insuffisantes et leur évolution préoccupante.

505. Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas relevait que la phase de consultation du public dans le cadre de l'élaboration des projets, plans et programmes ayant une incidence sur l'environnement « n'est généralement pas très fructueuse pour la définition

²⁰³⁹ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 366 et s ; RIBOT C., « Évaluation environnementale et participations citoyennes », préc., p. 537.

²⁰⁴⁰ Art. R. 122-5 du C. env.

²⁰⁴¹ Art. R. 122-20 du C. env.

²⁰⁴² LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 59.

²⁰⁴³ SDAGE Rhône Méditerranée 2016-2021, préc., p. 56.

des compensations écologiques. Lorsqu'elle l'est, la participation du public demeure purement formelle et sans effet sur le contenu de l'évaluation. En outre, les remarques émises à cette occasion ne donnent lieu dans le meilleur des cas qu'à une "prise en considération" par l'autorité [administrative compétente] »²⁰⁴⁴. Plus récemment, le rapport rendu dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité a été confronté à un fort sentiment de manque d'information et de concertation de la part des acteurs impliqués dans le cadre de la mise en œuvre de la séquence « ERC »²⁰⁴⁵.

Pourtant, l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des procédures destinées à assurer l'information et la participation du public à l'élaboration de certaines décisions susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement²⁰⁴⁶, avait contribué à instaurer une procédure de concertation préalable en matière de plans, projets et programmes et à réformer le dispositif d'enquête publique. Distinct de l'enquête publique, le dispositif de concertation préalable intervient avant le dépôt de la demande d'autorisation d'un projet ou pendant la phase d'élaboration d'un plan ou d'un programme²⁰⁴⁷. Celui-ci doit permettre « de débattre de l'opportunité, des objectifs et des caractéristiques principales du projet ou des objectifs et des principales orientations du plan ou programme, des enjeux socio-économiques qui s'y attachent ainsi que de leurs impacts significatifs sur l'environnement et l'aménagement du territoire. Cette concertation permet, le cas échéant, de débattre de solutions alternatives, y compris, pour un projet, son absence de mise en œuvre »²⁰⁴⁸. Si la concertation préalable peut être organisée à l'initiative, soit du maître d'ouvrage du projet ou de la personne publique responsable du plan ou programme, soit de l'autorité compétente pour autoriser le projet, soit à la demande du public par l'intermédiaire du préfet ²⁰⁴⁹, cette procédure de concertation n'est néanmoins pas systématique. Contestant l'absence d'obligation de mettre en œuvre une procédure de concertation préalable de manière systématique, l'association France Nature Environnement (FNE) a ainsi intenté un recours tendant à obtenir l'annulation d'un décret d'application de l'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016²⁰⁵⁰, au motif qu'une telle absence

²⁰⁴⁴ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 221.

²⁰⁴⁵ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 103 et s.

²⁰⁴⁶ Ord. n° 2016-1060 du 3 août 2016 portant réforme des 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, JO du 5 août 2016, texte n° 14.

²⁰⁴⁷ Art. L. 121-1-A du C. env.

²⁰⁴⁸ Art. L. 121-15-1 du C. env.

²⁰⁴⁹ Art. L. 121-17 du C. env.

²⁰⁵⁰ Décret n° 2017-626 du 25 avril 2017, préc.

serait contraire au droit européen relatif à l'évaluation environnementale des « projets » et « plans programmes ». Dans un arrêt du 13 mars 2019²⁰⁵¹, le Conseil d'État rejette néanmoins leur demande au motif que les objectifs des directives « projet » et « plans programmes » ne prévoient la mise en place d'une procédure de participation du public qu'à un stade où le projet, plan ou programme est défini de façon suffisamment précise pour permettre au public concerné d'exprimer son avis. Le juge administratif relève que la concertation préalable étant organisée à un stade où le projet, plan ou programme n'est pas encore assez défini pour faire l'objet d'une évaluation environnementale ou d'un rapport sur les incidences environnementales, les objectifs des directives « projet » et « plans programmes » ne s'appliquent par conséquent qu'aux dispositions issues du chapitre du Code de l'environnement consacré à la « Participation du public aux décisions ayant une incidence sur l'environnement »²⁰⁵². L'ordonnance n° 2016-1060 du 3 août 2016 introduit, en outre, de nouvelles formes de participation du public par voie dématérialisée. Notables, ces avancées juridiques sont cependant contrebalancées par un certain nombre d'obstacles opérationnels et de régressions juridiques.

506. Intimement lié aux procédures d'évaluation environnementale des projets, plans et programmes, le droit à l'information et le droit à la participation du public sont également affectés par le recul du nombre de projets, plans et programmes soumis à évaluation environnementale²⁰⁵³. De surcroît, si les dossiers d'évaluations environnementales se sont qualitativement améliorés, ces derniers sont également devenus « de plus en plus volumineux et de plus en plus approfondis »²⁰⁵⁴. Du fait de la taille significative de certains dossiers, de l'ordre de 500 à 1000 pages, il est de plus en plus difficile pour les requérants d'en contester le contenu²⁰⁵⁵. Plus encore, leur taille s'impose comme un argument de la part de certains bureaux d'études pour justifier les prix pratiqués auprès des porteurs de projets²⁰⁵⁶.

Censé faciliter l'accès du public à l'ensemble des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité²⁰⁵⁷, le système national de géolocalisation « Géoportail » se révèle, bien que précis d'un point de vue cartographique, encore assez incomplet. Sur ce point, Valérie Dupont

²⁰⁵¹ CE, 13 mars 2019, req. n° 414930.

²⁰⁵² V. notamment sur ce point : SOLER-COUTEAUX P., « Le droit communautaire ne comporte pas l'obligation d'organiser une concertation préalable pour les projets, plans et programmes susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement », *RDI*, 2019, p. 293.

²⁰⁵³ V. supra. §. n° 438 et s.

²⁰⁵⁴ BRAS H., « Présentation contentieuse de la séquence "éviter, réduire compenser" », préc., p. 562.

²⁰⁵⁵ *Ibid.*

²⁰⁵⁶ Entretien réalisé le 15 mai 2020 auprès de Me. Emmanuel Wormser, préc.

²⁰⁵⁷ Art. L. 163-5 du C. env.

et Marthe Lucas avaient pourtant souligné que « le degré de précision de ces informations sera décisif pour les tiers qui souhaiteraient suivre l'avancée des mesures compensatoires et agir en justice contre le porteur du projet ou l'autorité administrative en cas de non-réalisation des mesures »²⁰⁵⁸. Nous observons non seulement que « seules les mesures compensatoires à visée environnementale (au sens du L.122-1 III du code de l'environnement) sont représentées »²⁰⁵⁹. S'il convient de souligner que sont référencées des mesures compensatoires antérieures à la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, il peut sembler en revanche regrettable que ce site n'apporte aucune information relative à la nature des mesures compensatoires réalisées, à la location du site ayant justifié la réalisation de ces mesures ou encore aux principaux documents relatifs au projet (évaluation environnementale, autorisation administrative, etc.).

Nous soulignerons, enfin, la fronde de certains auteurs intervenue à l'encontre de la décision du Gouvernement de permettre, par une ordonnance du 25 mars 2020, intervenue durant la période d'urgence sanitaire qu'a connue la France entre mars et mai 2020, de poursuivre, par voie exclusivement dématérialisée, les enquêtes publiques et les procédures en matière d'urbanisme et d'aménagement à condition d'avoir déjà été ouvertes ou programmées et que leur retard soit « susceptible d'entraîner des conséquences difficilement réparables dans la réalisation de projets présentant un intérêt national et un caractère urgent »²⁰⁶⁰.

507. Bien que le droit à l'information et à la participation du public bénéficie d'une valeur constitutionnelle, et revêtent une importance toute particulière en matière environnementale, celui-ci comporte néanmoins certaines limites, parmi lesquelles le secret des affaires.

2-. Le secret des affaires, un obstacle à la transparence environnementale

508. Selon Marie-Anne Frison-Roche, « pour qu'il y ait effectivement régulation, le secteur, quel qu'il soit, est soumis à un principe spécifique et commun : la transparence. C'est ainsi que, contrairement au marché des biens et services dans lequel le secret des affaires, la confidentialité des stratégies, etc., sont effectifs et protégés, le secteur régulé est soumis à la transparence, de force, par la force du droit »²⁰⁶¹. Les dispositifs de compensation écologique

²⁰⁵⁸ 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.

²⁰⁵⁹ Source : <https://www.geoportail.gouv.fr/donnees/mesures-compensatoires-des-atteintes-a-la-biodiversite>

²⁰⁶⁰ Art. 12 de l'ord. n° 2020-306 du 25 mars 2020 relative à la prorogation des délais échus pendant la période d'urgence sanitaire et à l'adaptation des procédures pendant cette même période, JO du 26 mars 2020, texte n° 9.

²⁰⁶¹ FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », préc., p. 613.

et de paiements pour services environnementaux étant mis en œuvre principalement par le recours à des contrats de droit privé, il demeure particulièrement difficile pour le public – même à des fins de recherches – d’accéder au contenu de ces derniers. Ce constat est d’ailleurs partagé par Isabelle Doussan et Gilles Martin, qui soulignent que lorsque les contrats relèvent du droit privé, « nul en principe ne peut, si les parties ne le désirent pas, en connaître ni le contenu ni même l’existence et bien entendu vérifier la bonne exécution des obligations »²⁰⁶².

Parmi les principales justifications avancées figure le secret des affaires. Au regard des moyens matériels et financiers investis dans la construction de leurs contrats, les acteurs économiques souhaitent, dans un souci de protection de leur propriété intellectuelle, en limiter la diffusion au grand public et à leurs concurrents²⁰⁶³. Les seuls contrats librement accessibles sont par conséquent des contrats « types », mis à disposition sur internet²⁰⁶⁴.

Au demeurant, l’architecture de ces contrats reste pourtant relativement classique : objet du contrat expliquant l’enjeu environnemental et les actions à mettre en œuvre, désignation du ou des sites géographiques engagés, durée du contrat, obligation(s) du ou des débiteurs, obligation(s) du ou des prestataires (agriculteur), cas de force majeure, manquement aux obligations, résiliation, clauses pénales, session et transmission du contrat, attribution de compétence²⁰⁶⁵. Les dispositifs de compensation écologique étant plus encadrés que les paiements pour services environnementaux, il est fréquent que les arrêtés autorisant des projets prévoient la transmission des contrats de compensation et des plans de gestion aux services instructeurs de l’État²⁰⁶⁶. Aucune disposition ne prévoit toutefois un droit d’accès systématique du public aux clauses des contrats relatives à son objet, ainsi qu’aux obligations de l’opérateur de compensation et du prestataire de service environnemental. Par conséquent, le droit à l’information du public sur ces questions se révèle en pratique assez limité.

509. Si les personnes privées ne sont en principe pas tenues de communiquer des informations au public, il est néanmoins possible d’obtenir la communication de contrats privés

²⁰⁶² DOUSSAN I., MARTIN G. J., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière de la théorie générale des contrats », préc., p. 295.

²⁰⁶³ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

²⁰⁶⁴ V. sur ce point, en annexe : Contrat-type « CONTRAT DE LOCATION DE COLONIES D’ABEILLES POUR LA POLLINISATION EN ARBORICULTURE », préc.

²⁰⁶⁵ Cette synthèse s’appuie sur l’étude de plusieurs contrats de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra être révélée.

²⁰⁶⁶ *Ibid.* ; V. notamment, pour quelques exemples : art. 23.1.4 de l’arrêté Préfectoral n° 38-2019-01-14-004 du 14 janvier 2019 portant autorisation environnementale au titre du L.181-1 et suivants du Code de l’Environnement concernant l’aménagement de l’A480 et de l’échangeur du Rondeau dans la traversée de Grenoble.

ou de documents dès lors qu'une personne publique les détient dans les conditions fixées par les articles L. 300-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration. Dans une récente décision « Union nationale des étudiants de France » du 3 avril 2020, le Conseil constitutionnel a d'ailleurs consacré une valeur constitutionnelle au droit d'accès aux documents administratifs²⁰⁶⁷. Le champ des personnes concernées par cette obligation de communication se révèle relativement large, puisqu'il concerne plus généralement toute personne morale de droit public ou de droit privé chargée d'une mission de service public²⁰⁶⁸. Une circulaire du 11 mai 2020 est venue préciser que sont également concernés « les établissements publics sous tutelle du ministère en charge de l'environnement et sous co-tutelle avec un autre ministère (OFB, agences de l'eau, Conservatoire de l'espace littoral et des rivages lacustres, INERIS, ADEME, ONF...) » ou encore les groupements d'intérêt public²⁰⁶⁹. Exhaustive, cette liste souligne la nécessité de renforcer la place notamment de l'Office français pour la biodiversité (OFB), des agences de l'eau et des régions comme autorités de régulation des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux²⁰⁷⁰. La constitution d'un GIP pour assurer la gestion du SNC de « Mare à Palfour », situé dans le département des Yvelines, laisse présager la perspective d'obtenir à l'avenir de précieuses informations sur la mise en œuvre de ce nouveau dispositif.

510. Si la communication est le principe, les articles L. 124-4 et L. 124-5 du Code de l'environnement et L. 311-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration prévoient toutefois un certain nombre de motifs pouvant justifier le rejet d'une demande d'information relative à l'environnement détenue par une personne publique, parmi lesquelles figure le « secret en matière commerciale et industrielle ».

L'hypothèse d'un refus de la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) apparaît néanmoins assez limitée en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux²⁰⁷¹. Saisie par un particulier à la suite du refus d'un

²⁰⁶⁷ CC, 3 avr. 2020, Union nationale des étudiants de France, n° 2020-834 QPC ; V. notamment sur ce point : BILLET Ph., « De l'information environnementale considérée constitutionnellement comme un droit », *EEI*, n° 5, mai 2020, alerte 61.

²⁰⁶⁸ Art. L. 300-2 du Code des relations entre le public et l'administration.

²⁰⁶⁹ Ministère de la transition écologique et solidaire, Circulaire du 11 mai 2020 relative à la mise en œuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement, NOR: TREK2011472C.

²⁰⁷⁰ V. infra. §. 549 et s.

²⁰⁷¹ « En ne répondant pas au moyen soulevé en défense dans les écritures de l'ONF, tiré de ce que le secret des affaires faisait obstacle à la communication d'informations relatives aux ventes de bois entre professionnels, le tribunal administratif de Versailles a insuffisamment motivé son jugement » : CE, 20 oct. 2017, Office national des forêts, req. n° 400122.

maire de lui communiquer la copie d'une convention passée entre la commune et CDC Biodiversité au motif qu'elles contiennent « des données constitutives de la stratégie commerciale de la société CDC Biodiversité », la CADA a émis un avis favorable à la communication des documents demandés. Elle énonce que « les pages sollicitées de la convention de sécurisation foncière et de gestion des milieux que la commune de Lescar a passé avec CDC Biodiversité, qui est relative à la mise en œuvre des mesures destinées à compenser l'impact résiduel de la construction et de l'exploitation de l'autoroute A65 sur certaines espèces animales et végétales protégées par la réglementation en vue d'assurer la conservation de milieux naturels servant d'habitat à ces espèces, contiennent des informations relatives à l'environnement, relevant par suite du champ d'application de ces dispositions, à l'exception de l'article 7 de la convention relatif aux conditions financières »²⁰⁷². Si la CADA rappelle que le droit d'accès aux informations relatives à l'environnement ne peut avoir lieu sans occultation des mentions dont la divulgation à un tiers porterait atteinte au secret en matière commerciale et industrielle, elle considère toutefois « que les pages de la convention sollicitées ne comportent aucune mention relevant de la protection du secret en matière commerciale et industrielle »²⁰⁷³. Dans un avis n° 20181752 du 12 juillet 2018, la CADA émet également un avis favorable à la demande d'une association d'obtenir notamment la communication, dans le cadre des mesures imposées par l'arrêté préfectoral relatif à l'autorisation de dérogation au régime d'interdiction de détruire, d'altérer ou de dégrader des habitats et des espèces protégées, du programme de gestion conservatoire des milieux d'intérêts très forts à restaurer ainsi que des plans de gestion des sites accueillants la réalisation des mesures compensatoires.

511. Il apparaît toutefois regrettable que la communication des documents détenus par des autorités publiques ne soit pas plus systématique, notamment en matière de projets, plans et programmes soumis à évaluation environnementale²⁰⁷⁴. Bien que la CADA émette le plus souvent des avis favorables aux demandes de particuliers ou d'associations de protection de l'environnement, la saisine de la CADA peut néanmoins constituer un frein. D'une part, les délais de réponse de la Commission peuvent se révéler très longs. Si la directive 2003/4/CE du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement impose que les informations environnementales soient mises à la disposition du demandeur « dès que

²⁰⁷² CADA, avis n° 20162286 du 23 juin 2016.

²⁰⁷³ *Ibid.*

²⁰⁷⁴ Entretien réalisé le 15 mai 2020 auprès de Me. Emmanuel Wormser, préc.

possible ou, au plus tard, dans le mois qui suit la réception de la demande »²⁰⁷⁵, la CADA rend ses avis en moyenne en 3 à 4 mois²⁰⁷⁶. D'autre part, la saisine de la CADA n'exclut pas une action judiciaire en cas de refus de l'autorité concernée de communiquer les documents demandés. À titre d'exemple, l'association Fédération Rhône-Alpes de protection de la nature (FRAPNA) avait demandé, dans le cadre du projet de Center Parcs à Roybon, à l'ONF de lui communiquer l'ensemble des documents et correspondances, courriers et courriels se rapportant aux mesures prévues pour compenser la destruction de zones humides qui avaient été échangés entre cet établissement et la société Pierre & Vacances. L'ONF ayant refusé de communiquer l'ensemble de ces documents suite à l'avis favorable de la CADA, l'association FRAPNA a saisi le juge administratif afin d'obtenir l'annulation, pour excès de pouvoir, de la décision du directeur territorial Rhône-Alpes de l'ONF refusant la communication des documents demandés. Dans un arrêt n° 410678 du 21 février 2018, le Conseil d'État confirme le jugement n° 1601929 du tribunal administratif de Lyon en date du 30 mars 2017 ayant enjoint l'ONF à de procéder à la communication des documents demandés dans un délai de quatre mois suivant la notification de son jugement²⁰⁷⁷.

En réponse à une récente lettre de mise en demeure de la Commission européenne enjoignant à la France de se conformer à la directive 2003/4/CE concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement, notamment en termes de respect des délais, une circulaire du 11 mai 2020 est intervenue pour préciser que « le droit d'accès à l'information relative à l'environnement se caractérisant par un champ matériel d'application extensif, les notions d'informations relatives à l'environnement et d'autorités publiques concernées doivent recevoir une interprétation large »²⁰⁷⁸. Elle précise, en particulier, que « les accords environnementaux correspondent à des contrats conclus entre les pouvoirs publics et l'industrie (par exemple en matière de gestion des déchets) qui conduisent à des objectifs en matière de politique environnementale ou visent à atteindre des objectifs définis par ailleurs (par exemple dans des directives communautaires dans le domaine de l'environnement). Ces accords doivent être accessibles au public »²⁰⁷⁹. Ce faisant, cette circulaire peut laisser présager un renforcement du droit à l'information du public en permettant une transmission plus systématique des contrats

²⁰⁷⁵ Art. 3 de la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil du 28 janvier 2003 concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/313/CEE du Conseil, JOUE n° L 41 du 14 février 2003, p. 26.

²⁰⁷⁶ Entretien réalisé le 15 mai 2020 auprès de Me. Emmanuel Wormser, préc.

²⁰⁷⁷ CE, 21 févr. 2018, Office national des forêts, req. n° 410678.

²⁰⁷⁸ Ministère de la transition écologique et solidaire, Circulaire du 11 mai 2020 relative à la mise en œuvre des dispositions régissant le droit d'accès à l'information relative à l'environnement, NOR: TREK2011472C.

²⁰⁷⁹ *Ibid.*

et documents en matière de compensation écologique, voire également à ceux qui pourraient être conclus en matière de paiements pour services environnementaux.

512. Si les formes privées de régulation se révèlent prépondérantes dans la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, celles-ci se complètent d'une pluralité de formes publiques de régulation.

§2.- L'IDENTIFICATION DES FORMES PUBLIQUES DE RÉGULATION JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

513. Confronté à une pluralité de formes privées de régulation des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, assiste-t-on pour autant à un mouvement de « déréglementation », qui se caractériserait par un recul de l'autorité publique au profit d'une autorégulation par les acteurs eux-mêmes ?²⁰⁸⁰. Comme le souligne Meryem Deffairi, il semblerait plutôt que la mise en œuvre des instruments dits économiques continue, bien au contraire, de faire l'objet d'« une intervention non négligeable des pouvoirs publics »²⁰⁸¹. Celle-ci consiste-t-elle, pour autant à construire, surveiller et maintenir les grands équilibres entre la libre concurrence et d'autres principes, en somme, à réguler ?²⁰⁸². Le marché des paiements pour services environnementaux étant encore embryonnaire, l'analyse n'a pas été en mesure de permettre de caractériser l'existence de formes publiques de régulation juridique. En revanche, nous relevons que la régulation par les personnes publiques de la compensation écologique s'appuie, pour l'essentiel, sur l'utilisation de la réglementation (**A**). En l'absence d'autorité de régulation dans le domaine de la protection de la biodiversité, nous verrons que les formes publiques de régulation des compensations écologiques sont, par conséquent, essentiellement l'œuvre de l'État et de ses services administratifs (**B**).

²⁰⁸⁰ BILLET Ph., « Avant-propos », in HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, p. 20.

²⁰⁸¹ DEFFAIRI M., « Le recours aux instruments économiques : facteur de modernisation et/ou de simplification du droit de l'environnement ? », préc., p. 180 ; V. également dans le même sens : JÉGOUZO Y., « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », préc., p. 33.

²⁰⁸² FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », préc., p. 610

A.- LA MOBILISATION EXCLUSIVE DE LA RÉGLEMENTATION DANS LE CADRE DE L'OBLIGATION DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

514. Selon Jacques Chevallier, « la régulation publique passe par l'imposition de règles, d'obligations de comportement aux acteurs sociaux »²⁰⁸³. À la différence des paiements pour services environnementaux, la compensation écologique se caractérise par un important recours à la réglementation, notamment pour prescrire l'obligation de compensation écologique (1). En l'absence de régulation du marché de la compensation écologique, le Code de l'environnement encadre cependant la délivrance de l'agrément de site naturel de compensation (2).

1.- La prépondérance de l'autorité administrative dans la prescription des mesures de compensation écologique

515. Modalité de régulation parmi d'autres²⁰⁸⁴, la réglementation s'entend des « dispositions légiférées – législatives ou réglementaires au sens formel – qui tendent essentiellement à imposer des conditions, restrictions ou exigences de conformité à des actes juridiques ou matériels, activités, opérations, relations, voire à des choses »²⁰⁸⁵. Instruments par nature incitatifs, les paiements pour services environnementaux ne font pas l'objet de dispositions législatives ou réglementaires dédiées qui auraient pour objet d'en réglementer l'usage²⁰⁸⁶. Les compensations écologiques, en revanche, prennent leur source dans un acte réglementaire prescrit par une autorité administrative de l'État. À la différence du contrat, qui repose sur l'accord des parties, l'arrêté qui prescrit une obligation de compensation écologique ne requiert en aucune manière le consentement de son destinataire. Il est qualifié, en ce sens, d'acte administratif unilatéral, dont le contenu reste déterminé discrétionnairement par l'autorité préfectorale²⁰⁸⁷. Le rapport rendu dans le cadre de la commission du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité n'a pourtant pas manqué de souligner l'importance qui doit être accordée à la rédaction des arrêtés prescrivant des mesures

²⁰⁸³ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », préc., p. 86.

²⁰⁸⁴ V. supra. §. n° 493.

²⁰⁸⁵ JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », préc., p. 57.

²⁰⁸⁶ V. supra. §. n° 443 et s.

²⁰⁸⁷ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 250 ; V. également en ce sens : LUCAS M., « Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ? Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale », préc., p. 641.

compensatoires²⁰⁸⁸. La qualité de ces actes administratifs s'impose, en effet, comme un élément déterminant dans la mesure où « de la fixation des critères du suivi dépend en réalité l'effectivité des objectifs écologiques et des moyens juridiques pour les faire respecter (contrôle sur place, mesures correctives ou arrêtés de mise en demeure) »²⁰⁸⁹. Or, les autorisations administratives délivrées ne s'accompagnent pas encore systématiquement d'une description suffisante des mesures compensatoires prescrites²⁰⁹⁰. Sauf dans le cas où la prescription de mesures correctrices serait rendue nécessaire²⁰⁹¹, les mesures compensatoires qui n'auront pas été explicitement prescrites par arrêté préfectoral ne pourront ainsi par la suite plus être exigées du débiteur de l'obligation de compenser²⁰⁹². La nécessité de prévoir le plus en amont possible ces mesures se justifie au regard de considérations, non seulement juridiques, mais également financières, dans la mesure où les budgets alloués à la réalisation des mesures compensatoires dans le cadre de projets, plans ou programmes ne sont par nature pas extensifs.

516. De nombreuses solutions sont proposées pour améliorer l'encadrement juridique existant. Les échanges réalisés dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité ont ainsi notamment porté sur la création d'un guide qui permettrait de fournir des éléments pour élaborer une sorte « d'arrêté-type » afin d'en faciliter le suivi et le contrôle²⁰⁹³. Les mesures compensatoires étant spécifiques à chaque projet, la volonté de concrétiser un tel document peut sembler ambitieuse. Une solution complémentaire pour renforcer le contenu de l'arrêté préfectoral pourrait également consister à reprendre dans l'arrêté les prescriptions du Conseil National pour la Protection de la nature (CNP) ²⁰⁹⁴. Si les exemples sont rares, certains arrêtés portant autorisation environnementale peuvent se montrer très exhaustifs concernant la description des mesures

²⁰⁸⁸ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 143.

²⁰⁸⁹ LUCAS M., « Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ? Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale », préc., p. 641.

²⁰⁹⁰ REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, préc., p. 223 ; V. également en ce sens : Entretien réalisé le 31 janvier 2020 auprès de M. Jean-Marc Valet, préc.

²⁰⁹¹ Art. L. 163-4 du C. env.

²⁰⁹² Informations recueillies dans le cadre de la participation, en qualité de juriste bénévole, à un projet de mise en œuvre de mesures de compensation écologique d'un projet d'aménagement situé en région Auvergne-Rhône-Alpes. Pour des raisons de confidentialité, aucune source ne pourra par conséquent être révélée.

²⁰⁹³ 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, Compte rendu de l'audition du mercredi 1^{er} mars 2017, *en ligne* : http://www.senat.fr/compte-rendu-commissions/20170227/ce_biodiv.html

²⁰⁹⁴ Entretien réalisé le 31 janvier 2020 auprès de M. Jean-Marc Valet, préc..

compensatoires attendues, les délais de réalisation de ces mesures, la détermination de leurs modalités de suivi ou encore la possibilité d'exiger des mesures compensatoires de substitution²⁰⁹⁵. Compte tenu de l'obligation faite à l'autorité compétente de motiver sa décision « au regard des incidences notables du projet sur l'environnement »²⁰⁹⁶, le rapport rendu dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité recommande également d'« expliciter systématiquement, au sein des arrêtés prescrivant des mesures de compensation, les raisons qui, le cas échéant, conduisent le détenteur du pouvoir réglementaire à ne pas suivre les orientations ou prescriptions des avis scientifiques préalables obligatoires ou des avis scientifiques complémentaires »²⁰⁹⁷. Ces renouvellements ainsi la nécessité de renforcer ou de réévaluer le rôle joué par l'autorité préfectorale en matière d'évaluation environnementale et de compensation écologique²⁰⁹⁸.

517. Si l'autorité administrative se révèle prépondérante dans la prescription des mesures de compensation écologique, aucune disposition ne s'intéresse en revanche à la régulation du marché de la compensation écologique lui-même. L'État peut toutefois exercer un contrôle de l'accès au marché des unités de biodiversité en conditionnant la possibilité pour un opérateur de vendre de telles unités à l'obtention d'un agrément préalable.

2.- La régulation juridique du marché des unités de compensation

518. Selon Jean-Claude Fritz, « le marché fonctionne dans un espace et a des caractéristiques qui le rendent étranger et souvent potentiellement conflictuel avec la protection de l'environnement »²⁰⁹⁹. En conséquence, il conviendrait d'encadrer la mise en œuvre de ces marchés au regard des risques : en somme, de les réguler. Comme le souligne Gilles Martin, « cette fonction (de régulation) est essentielle dans les secteurs qui s'ouvrent au marché ou plus largement aux mécanismes marchands, soit qu'ils aient été préalablement en situation de monopole public et se soient ouverts à la concurrence, soit qu'ils aient été construits de toutes

²⁰⁹⁵ Pour un exemple d'arrêté particulièrement exhaustif, V. : arrêté Préfectoral n° 38-2019-01-14-004 du 14 janvier 2019 portant autorisation environnementale au titre du L.181-1 et suivants du Code de l'Environnement concernant l'aménagement de l'A480 et de l'échangeur du Rondeau dans la traversée de Grenoble.

²⁰⁹⁶ Art. L. 122-1-1 du C. env.

²⁰⁹⁷ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 103.

²⁰⁹⁸ V. infra. §. n° 525 et s.

²⁰⁹⁹ FRITZ J.-C., « Protection de l'environnement et marché : coexistence ou guerre des mondes », in SOHNLE J., CAMPROUX DUFFRÈNE M.-P. (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, p. 18.

pièces à partir d'une situation qui échappait jusque-là au marché »²¹⁰⁰. Il n'est dès lors pas surprenant de constater l'existence d'un vif intérêt de la doctrine sur la question, en particulier, du marché d'unité de compensation – également appelé marché d'unité de biodiversité²¹⁰¹. Bien que ce « marché » ne constitue pas un véritable marché au sens de l'économie néoclassique²¹⁰², le développement de ce nouvel instrument s'exposerait à des risques de « dysfonctionnements, du type entente ou position dominante, qui ne manqueront pas d'apparaître »²¹⁰³. La création d'un marché à tendance monopolistique ou oligopolistique pourrait exposer les porteurs de projets à des hausses – ou des baisses – significatives du prix ou de la qualité des unités de compensation²¹⁰⁴. Aux États-Unis, les marchés de banque de compensation sont ainsi de nature monopolistique ou oligopolistique²¹⁰⁵. Le succès rencontré par ces « banques » résulte d'un intense exercice de lobbying d'entreprises privées de ce secteur, notamment de la National Mitigation Banking Association (NMBA)²¹⁰⁶. Leur cheval de bataille consiste à présent à assouplir les règles s'appliquant aux banques de compensation, jugées plus strictes que celles applicables autres modalités de compensation, afin d'améliorer la rentabilité de ce secteur d'activité²¹⁰⁷. Sur ce point en particulier, les économistes Jean Gadrey et Aurore Lalucq

²¹⁰⁰ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires française », préc., p. 16 à 17.

²¹⁰¹ V. notamment en ce sens : CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., p. 81 ; LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 492 et s. ; BILLET Ph., « "La nature n'a pas de prix. Vendons-là !" ». À propos des unités de biodiversité », préc. ; MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires française », préc., p. 24 ; TRÉBULLE F.-G., « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », préc., pp. 256-301 ; TRÉBULLE F.-G., « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », préc., pp. 29-35 ; DOUAI A., DOUSSAN I., « Construire des marchés pour la compensation et les services écologiques : enjeux et controverses. Introduction au numéro spécial », préc., p. 134.

²¹⁰² V. notamment en ce sens : BORN Ch.-H., « Le diable dans les détails : les défis de la régulation des marchés d'unité de biodiversité. L'exemple du *conservation banking* dans le cadre de l'*Endangered Species Act* (États-Unis) », *RIDE*, 2015/2, p. 154 ; TRÉBULLE F.-G., « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », préc., pp. 34-35 ; VAISSIÈRE A.-C., LEVREL H., SCEMAMA P., « Les banques de compensation aux États-Unis. Une nouvelle forme organisationnelle et institutionnelle basée sur le marché ? », préc., p. 121 et s.

²¹⁰³ CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, préc., pp. 81-82 ; DOUSSAN I., « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », préc., p. 169.

²¹⁰⁴ V. en ce sens : GRIMONPREZ B., « Réparer le vivant : éthique de la compensation », préc., p. 687.

²¹⁰⁵ VAISSIÈRE A.-C., LEVREL H., SCEMAMA P., « Les banques de compensation aux États-Unis. Une nouvelle forme organisationnelle et institutionnelle basée sur le marché ? », préc., pp. 122 et s.

²¹⁰⁶ HASSAN F. et al., « Le cadre de gouvernance américain des mesures compensatoires pour les zones humides », préc., p. 55 ; VAISSIÈRE A.-C., LEVREL H., SCEMAMA P., « Les banques de compensation aux États-Unis. Une nouvelle forme organisationnelle et institutionnelle basée sur le marché ? », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 119 ; LEVREL H., SCEMAMA P., VAISSIÈRE A.-C., « Risques associés aux banques de compensation et adaptations des régulateurs aux États-Unis », préc., p. 134.

²¹⁰⁷ *Ibid.*

dressent un constat sévère, selon lequel, « qu'il s'agisse de l'exemple américain ou du carbone en Europe, ces marchés relèvent alors d'un jugement politique intégrant l'impuissance des dirigeants à faire mieux, ou encore leur relative faiblesse face aux lobbies »²¹⁰⁸.

Selon Virgnie Maris, philosophe, la création de ces marchés peut également aboutir à créer « une pression sur les milieux naturels, qui deviennent des opportunités d'investissement pour les fonds de placement. On assiste à un nivellement par le bas des opérations de compensation du fait de la compétition que se livrent entre eux les opérateurs afin d'offrir les actifs de nature aux meilleurs prix possibles [...]. De façon générale, le risque est grand que ces outils, en attirant les investissements et les spéculations, deviennent leur finalité propre au lieu de n'être que les moyens de mise en œuvre de politiques de conservation ambitieuses »²¹⁰⁹. Par analogie, le modèle américain des banques de compensation de zones humides – *wetland mitigation banking* – constitue en effet un marché « fortement régulé »²¹¹⁰. Isabelle Doussan relève, sur ce point, que « la régulation du marché de la compensation repose essentiellement sur un dispositif d'agrément des sites de compensation [...]. Rien n'est donc prévu pour garantir que ce nouveau marché fonctionne efficacement, c'est-à-dire que la concurrence entre des opérateurs très divers (entreprises, exploitants agricoles, associations, collectivités publiques) soit loyale et interdise, par exemple, des abus de position dominante »²¹¹¹. Légitimes, les inquiétudes formulées par l'auteure mériteraient cependant d'être quelque peu nuancées.

519. Nous pouvons en effet observer que le faible développement des sites naturels de compensation peut s'expliquer, non seulement du fait de l'existence d'un encadrement strict des conditions d'obtention de l'agrément de ces sites, mais également du fait de l'intervention d'autres modes de régulation, pas seulement juridiques. Si la partie règlementaire du Code de l'environnement relative à la « Compensation des atteintes à la biodiversité » est relativement laconique, celle-ci est exclusivement dédiée aux sites naturels de compensation. À la différence des opérateurs de compensation écologique et des prestataires de services

²¹⁰⁸ GADREY J., LALUCQ A., *Faut-il donner un prix à la nature ?*, préc., p. 111.

²¹⁰⁹ MARIS V., *Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques*, préc., p. 62.

²¹¹⁰ SCEMAMA P. et al., « Analyse spatio-temporelle du marché de la compensation des zones humides aux États-Unis », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, p. 114 ; V. également en ce sens : BORN Ch.-H., « Le diable dans les détails : les défis de la régulation des marchés d'unité de biodiversité. L'exemple du *conservation banking* dans le cadre de l'*Endangered Species Act* (États-Unis) », préc., p. 156.

²¹¹¹ DOUSSAN I., « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », préc., pp. 168-169.

environnementaux²¹¹², les opérateurs de sites naturels de compensation doivent préalablement bénéficier d'un agrément délivré par le ministre chargé de l'environnement²¹¹³. La délivrance de l'agrément est soumise au respect de conditions de fonds (techniques, financières et juridiques) et de formes strictement déterminées. L'opérateur doit ainsi démontrer non seulement qu'il détient les capacités techniques et financières nécessaires à la mise en œuvre des mesures de compensation, mais également être titulaire de droits de propriété ou d'usage sur les terrains d'assiette du futur site naturel de compensation²¹¹⁴. Le demandeur doit également satisfaire à des conditions de forme, qui exigent notamment de mentionner la date d'entrée en vigueur de l'agrément et sa durée de validité, la localisation du site et les références des parcelles cadastrales concernées, la zone dans laquelle doivent se trouver les projets d'aménagement qui peuvent être compensés sur le site concerné (aire de service), les atteintes à la biodiversité susceptibles d'être compensées pour lesquelles le site naturel de compensation est agréé, l'état initial et l'état écologique final visé sur le site naturel de compensation ou encore les modalités de suivi du niveau de gain écologique généré par les mesures de compensation²¹¹⁵. Si l'on peut regretter que le silence gardé par le ministre chargé de l'environnement à l'issue d'un délai de six mois à compter de la réception de la demande d'agrément vaille décision d'acceptation²¹¹⁶, il convient en revanche de souligner que l'agrément n'est délivré qu'après avis préalable du Conseil national de la protection de la nature²¹¹⁷. En outre, des compléments peuvent être exigés par le ministère chargé de l'environnement, donnant lieu à un mémoire en réponse du demandeur²¹¹⁸. En application de l'article L. 123-19-1 du Code de l'environnement, la demande d'agrément est soumise, de surcroît, à une procédure de consultation du public. À l'issue de cette procédure, l'agrément est délivré par arrêté du ministre chargé de l'environnement²¹¹⁹, pour une durée qui ne pourra pas être inférieure à 30 ans²¹²⁰. À ce jour, sur les deux demandes

²¹¹² V. supra. §. n° 83.

²¹¹³ Art. D. 163-3 du C. env.

²¹¹⁴ Art. D. 163-1 du C. env.

²¹¹⁵ Art. D. 163-4 du C. env.

²¹¹⁶ Art. R. 163-2 du C. env.

²¹¹⁷ Art. R. 163-2 du C. env.

²¹¹⁸ Sur les deux demandes d'agrément soumises à consultation du public, les services du ministère de l'environnement se montrent particulièrement vigilants sur la justification de la durée de l'engagement, l'état écologique initial du site naturel de compensation, les types de mesures écologiques envisagées, les modalités d'évaluation du gain écologique, l'aire de service retenue, le calendrier et le budget prévisionnel des opérations ou encore les garanties du retour du site, après la durée de l'agrément, vers un statut garantissant sa pérennité.

²¹¹⁹ Art. D. 163-3 du C. env.

²¹²⁰ Art. D. 163-5 du C. env.

formulées, seule celle relative au SNC de « Cossure » a été satisfaite par arrêté du 24 avril 2020 de la Ministre de la transition écologique et solidaire²¹²¹.

Selon Caroline Folliet, juriste à la CDC Biodiversité, le faible engouement des opérateurs économiques pour les sites naturels de compensation peut s'expliquer du fait que le régime juridique des compensations écologiques français demeure relativement strict. En effet, celui-ci s'applique avec le même niveau d'exigence que les mesures compensatoires soient réalisées par le maître d'ouvrage lui-même, ou confiées à un opérateur de compensation écologique ou à un opérateur de site naturel de compensation²¹²². De surcroît, le cadre juridique français privilégie, notamment en présence de dérogations « espèces protégées », principalement une équivalence espèce – espèce. Hormis dans le cas où le milieu naturel impacté serait une zone humide, la compensation en termes de fonctionnalités n'est le plus souvent pas utilisée, celle-ci n'ayant pas la préférence des services instructeurs²¹²³.

Dès lors, les sites naturels de compensation semblent offrir des perspectives de développement limitées²¹²⁴. À la différence des États-Unis où les banques de compensation sont essentiellement gérées par des groupes privés²¹²⁵, les sites naturels de compensation demeurent des instruments de planification développés par des collectivités afin de concilier la réalisation de mesures compensatoires, pour son compte ou pour le compte d'autres personnes, avec les enjeux de protection de l'environnement à l'échelle de son territoire²¹²⁶. Ce point de vue semble pour l'instant se confirmer dans la mesure où, hormis la demande d'agrément déposée par la CDC Biodiversité, qui s'inscrit dans un cadre particulier puisqu'elle constitue le prolongement de l'expérimentation de compensation par l'offre réalisée sur le site de « Cossure », la seconde demande d'agrément a été présentée par le Groupement d'intérêt public (GIP) « BIODIF », créé à l'initiative du Conseil départemental des Yvelines²¹²⁷.

520. Outre la régulation du marché d'unité de compensation par l'encadrement de ses conditions d'accès, celle-ci se manifeste également par la possibilité reconnue à l'État d'exercer un contrôle du respect, par le titulaire d'un agrément de site naturel de compensation, d'un

²¹²¹ Arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

²¹²² Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

²¹²³ *Ibid.*

²¹²⁴ *Ibid.*

²¹²⁵ BORN Ch.-H., « Le diable dans les détails : les défis de la régulation des marchés d'unité de biodiversité. L'exemple du *conservation banking* dans le cadre de l'*Endangered Species Act* (États-Unis) », préc., p. 157.

²¹²⁶ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

²¹²⁷ V. supra. §. n° 267.

certain nombre d'obligations définies par décret. Ces derniers doivent ainsi permettre la mise en œuvre des mesures compensatoires des atteintes à la biodiversité pour lesquelles l'agrément a été sollicité avant la mise en vente des unités de compensation correspondantes, ainsi qu'à assurer le suivi et l'évaluation des mesures compensatoires réalisées²¹²⁸. En cas de manquement de l'opérateur de site naturel de compensation à ses obligations, le ministre chargé de l'environnement pourra modifier ou retirer l'agrément²¹²⁹. En dépit des coûts importants mobilisés, l'opérateur dont l'agrément serait retiré ne pourra alors en principe prétendre à aucune indemnisation. Bien qu'il soit peu probable d'envisager, notamment pour des raisons économiques, le retrait d'un agrément, l'opérateur concerné pourra néanmoins contester le retrait de son agrément devant le juge administratif. Nous pouvons regretter que, contrairement aux États-Unis, les unités ne soient pas libérées progressivement, au fur à mesure que la preuve est apportée de la réussite écologique des opérations menées²¹³⁰.

521. Outre la mobilisation exclusive de la réglementation, la régulation de la compensation écologique se caractérise par une absence d'autorité unique de régulation.

B.- L'ABSENCE D'AUTORITÉ UNIQUE DE RÉGULATION DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES

522. À défaut d'une autorité unique de régulation des compensations écologiques, cette fonction est assurée par les autorités administratives leurs services administratifs **(1)**, dont le manque d'indépendance peut se révéler préjudiciable pour la biodiversité **(2)**.

1.- La prépondérance de l'État et de ses services administratifs pour la régulation de la compensation écologique

523. Comme le souligne Jacques Chevallier, la régulation exige, classiquement, « l'existence d'un "régulateur" [...], c'est-à-dire d'une instance capable, par sa position d'extériorité,

²¹²⁸ Art. D. 163-8 du C. env.

²¹²⁹ Art. D. 163-7 du C. env.

²¹³⁰ HASSAN F., « L'encadrement juridique des banques de compensation de zones humides aux États-Unis », préc., p. 95 ; LEVREL H., SCEMAMA P., VAISSIÈRE A.-C., « Risques associés aux banques de compensation et adaptations des régulateurs aux États-Unis », préc., p. 131.

d'assurer le maintien de l'équilibre du système en cause »²¹³¹. L'auteur ajoute que la fonction de régulation ne devrait être « non plus confiée aux administrations de gestion classiques, mais prise en charge par des structures d'un type nouveau, placées hors hiérarchie et disposant d'une liberté d'action garantie [...]. Cette autonomisation existe depuis longtemps aux États-Unis, où les tâches de régulation sont traditionnellement assurées par des agences autonomes »²¹³². Outre-Atlantique, la régulation des compensations écologiques est en effet assurée par un organisme public : le Corps du génie de l'armée de terre des États-Unis (United States Army Corps of Engineers – USACE)²¹³³. Relevant du département de l'Armée des États-Unis – United States Department of the Army –, l'USACE est l'autorité exclusivement compétente en matière de compensation écologique pour la délivrance des permis d'impacter (*permits*), ainsi que pour assurer à la fois le contrôle de l'offre de compensation (contrat de création, évaluation du nombre de crédits attribués à la banque) et des échanges de crédits.

524. En France, la compensation écologique reste un dispositif très fortement encadré par l'État et ses services administratifs²¹³⁴. Dans le prolongement de la réforme de l'étude d'impact issue de la loi « Grenelle II » du 12 juillet 2010²¹³⁵ et de son décret d'application du 29 décembre 2011²¹³⁶, la France s'est en effet dotée d'une nouvelle autorité administrative de l'État compétente en matière d'évaluation environnementale : l'« autorité environnementale ». Cette institution s'est vue attribuée compétence pour décider de soumettre certains projets, plans et programmes à évaluation environnementale dans le cadre de la procédure au cas par cas, ainsi que d'émettre un avis consultatif sur les dossiers des projets ou les projets de plan ou de document soumis à évaluation environnementale. L'exercice de cette compétence était initialement réparti, selon la nature des projets, plans et programmes concernés, entre le ministre chargé de l'environnement, la formation d'autorité environnementale du Conseil général à l'environnement et au développement durable (CGEDD), la mission régionale

²¹³¹ CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », préc., p. 831 ; V. également en ce sens : FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », préc., p. 611.

²¹³² CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », préc., p. 839.

²¹³³ V. notamment sur ce point : HASSAN F., « L'encadrement juridique des banques de compensation de zones humides aux États-Unis », préc., p. 94 et s ; SCEMAMA P. et al., « Analyse spatio-temporelle du marché de la compensation des zones humides aux États-Unis », préc., p. 102 et s.

²¹³⁴ V. notamment en ce sens : LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 205 et s. ; CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 142.

²¹³⁵ Art. 230 et s. de la loi n° 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour l'environnement, préc.

²¹³⁶ Décret n° 2011-2019 du 29 décembre 2011 portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements, préc.

d'autorité environnementale (MRAe) du CGEDD et le préfet sur le territoire de compétence duquel le projet doit être réalisé²¹³⁷. Si Gilles Martin a pu voir dans la publication d'avis par l'Autorité environnementale une « amorce de régulation »²¹³⁸, ceux-ci ne sont toutefois pas opposables à l'autorité administrative compétente pour délivrer une autorisation environnementale et prescrire d'éventuelles mesures compensatoires. Si l'instruction des demandes d'autorisation est réalisée aux services administratifs déconcentrés de l'État (services des DREAL, DDT et DDTM), elle mobilise également une pluralité des acteurs issus de la société civile (experts, commissaires enquêteurs, etc.) et d'institutions publiques, sollicitées pour avis, parmi lesquelles le ministre chargé de l'environnement, la formation d'autorité environnementale du CGEDD, la Commission européenne, le Conseil scientifique régional du patrimoine naturel, la commission locale de l'eau, la commission départementale de la nature, des paysages et des sites, le conseil départemental de l'environnement et des risques sanitaires et technologiques, ou bien encore les conseils municipaux²¹³⁹.

En dépit de cette diversité de formes publiques de régulation, le cadre juridique des processus d'évaluations environnementales peine en effet à offrir les garanties d'indépendance suffisantes. Dans le cadre de ces projets soumis à autorisation environnementale, le Code de l'environnement fait en effet du préfet du département dans lequel est situé le projet l'autorité administrative presque exclusivement compétente pour délivrer cette autorisation²¹⁴⁰.

2.- Le manque d'indépendance des formes publiques de régulation

525. Rien ne s'oppose, par principe, à ce que l'État puisse exercer la fonction d'autorité de régulation. Pour ce faire, il importe toutefois de réunir, selon Jacques Chevallier, trois conditions : « une position d'extériorité par rapport au jeu économique ; une capacité d'arbitrage entre les intérêts en présence ; une action continue pour procéder aux ajustements nécessaires »²¹⁴¹. Dans l'exercice de ses missions, l'État peut être soumis, comme tout autre personne physique ou morale, à des obligations de réaliser des évaluations environnementales. À des fins de garantir l'indépendance du processus d'évaluation environnementale, le droit européen relatif à l'évaluation environnementale des « projets » et « plans et programmes » sur

²¹³⁷ Art. R. 122-6 du C. env.

²¹³⁸ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 23.

²¹³⁹ Art. R. 181-16 à D. 181-44-1 du C. env.

²¹⁴⁰ Art. R. 181-2 du C. env.

²¹⁴¹ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », préc., p. 91.

l'environnement souligne l'importance d'assurer une séparation entre l'autorité chargée d'instruire un dossier d'évaluation environnementale et l'autorité compétente pour autoriser un projet, plan ou programme²¹⁴². Saisie d'une question préjudicielle portant sur l'interprétation de l'article 6 de la directive 2001/42/CE du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement²¹⁴³, la Cour de justice de l'Union européenne avait déjà été amenée à souligner que, lorsqu'une autorité en charge de l'élaboration d'un plan ou d'un programme se trouve être également, en même temps, l'autorité chargée de la consultation en matière environnementale, aucune disposition n'impose de créer ou de désigner une autre autorité pour procéder aux consultations prévues par l'article 6§3 de la directive 2001/42/CE²¹⁴⁴. Elle ajoute, en revanche, que dans une telle situation les États sont tenus d'organiser une « séparation fonctionnelle » entre ces deux autorités de manière à garantir l'autonomie et l'indépendance de l'autorité chargée de la consultation en matière environnementale²¹⁴⁵. La CJUE ne s'étant toutefois pas prononcée à l'égard des « projets » au sens de la directive 85/337/CEE du 27 juin 1985²¹⁴⁶, puis de la directive 2011/92/UE du 13 décembre 2011²¹⁴⁷, la doctrine n'avait dès lors pas manqué d'exiger, « pour que la régulation du processus décisionnel s'effectue plus sérieusement, que l'autorité chargée d'autoriser, d'interdire ou de prescrire des mesures d'évitement et de réduction ne soit pas la même que

²¹⁴² V. également en ce sens Gilles Martin, qui estime « malsain que ce soit l'autorité qui a autorisé l'activité qui s'est révélée dommageable qui négocie les mesures compensatoires du dommage causé par cette activité » (MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 23).

²¹⁴³ « Les États membres désignent les autorités qu'il faut consulter et qui, étant donné leur responsabilité spécifique en matière d'environnement, sont susceptibles d'être concernées par les incidences environnementales de la mise en œuvre de plans et de programmes » : art. 6§3 de la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, préc.

²¹⁴⁴ « Dans de telles circonstances, où [...] une seule autorité est désignée au titre de l'article 6, paragraphe 3, de la directive 2001/42 et que cette autorité est, dans un cas déterminé, en charge de l'élaboration d'un plan ou d'un programme, cette disposition n'impose pas qu'une autre autorité, située dans cet État membre ou dans cette partie de celui-ci, soit créée ou désignée afin d'être en mesure de procéder aux consultations prévues à ladite disposition » : considérant 41 de l'arrêt CJUE, 20 octobre 2011, *Department of the Environment for Northern Ireland c/ Seaport (NI) LTD et autres*, aff. C-474/10.

²¹⁴⁵ « Cependant, dans une telle situation, ledit article 6 impose que, au sein de l'autorité normalement chargée de la consultation en matière environnementale, une séparation fonctionnelle soit organisée de telle manière qu'une entité administrative, interne à celle-ci, dispose d'une autonomie réelle, impliquant notamment qu'elle soit pourvue de moyens administratifs et humains qui lui sont propres, et soit ainsi en mesure de remplir les missions confiées aux autorités de consultation au sens de cette directive et, en particulier, de donner de manière objective son avis sur le plan ou programme envisagé par l'autorité à laquelle elle est rattachée, ce qu'il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier » : *ibid.*, considérant 42.

²¹⁴⁶ Directive 85/337/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOCE n° L 175 du 5 juillet 1985, p. 40.

²¹⁴⁷ Directive 2011/92/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, JOUE n° L 26 du 28 janvier 2012, p. 1.

celle qui décide des mesures compensatoires »²¹⁴⁸. Modifiant la directive « projet » 2011/92/UE du 13 décembre 2011, la directive 2014/52/UE du 16 avril 2014 est ainsi venue souligner la nécessité « de garantir l'objectivité des autorités compétentes. Les conflits d'intérêts pourraient être évités notamment au moyen de la séparation fonctionnelle entre l'autorité compétente et le maître d'ouvrage. Lorsque l'autorité compétente est aussi le maître d'ouvrage, les États membres devraient au minimum appliquer, dans leur organisation des compétences administratives, une séparation appropriée entre les fonctions en conflit des autorités assurant les missions résultant de la directive 2011/92/UE »²¹⁴⁹. Le préfet peut-il en effet être légitimement désigné comme étant l'autorité environnementale en charge de l'évaluation d'un projet, tout en étant, dans le même temps, l'autorité compétente pour autoriser ce même projet et prescrire les mesures compensatoires requises ? Outre le fait que l'autorité préfectorale demeure chargée de défendre les intérêts de l'État dans sa circonscription, le fait que cette autorité soit compétente à la fois en matière d'environnement et de développement économique est fréquemment dénoncé par la doctrine²¹⁵⁰. Dans un arrêt du 6 décembre 2017, le Conseil d'État a ainsi annulé, à la demande de l'association France Nature Environnement, le IV de l'article R. 122-6 du Code de l'environnement en ce qu'il conserve la désignation du préfet de région en qualité d'autorité compétente de l'État en matière d'environnement²¹⁵¹.

526. Prenant acte de l'arrêt du Conseil d'État du 6 décembre 2017, la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat est venue compléter l'article L. 122-1 du Code de l'environnement pour préciser que « l'autorité en charge de l'examen au cas par cas et l'autorité environnementale ne doivent pas se trouver dans une position donnant lieu à un conflit d'intérêts »²¹⁵². Elle acte ainsi la disparition de « l'autorité environnementale » chargée de l'examen au cas par cas des projets, qu'elle remplace par une « autorité chargée de l'examen au cas par cas »²¹⁵³. Les contours de cette autorité ont été définis par un décret du 3 juillet 2020 relatif à l'autorité environnementale et à l'autorité chargée de l'examen au cas par cas. Afin de mettre en conformité le droit français avec le droit européen, ce décret retire au préfet sa compétence pour rendre des avis en qualité d'autorité environnementale sur les projets soumis

²¹⁴⁸ MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 23.

²¹⁴⁹ Considérant 25 de la directive 2014/52/UE du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014, préc.

²¹⁵⁰ CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », préc., p. 155.

²¹⁵¹ CE, 6 déc. 2017, req. n° 400559.

²¹⁵² Art. 31 de la loi n° 2019-1147 du 8 novembre 2019 relative à l'énergie et au climat, JO du 9 novembre 2019, texte n° 1 ; ajoutant un V bis à l'art. L. 122-1 du C. env.

²¹⁵³ *Ibid.*

à évaluation environnementale²¹⁵⁴. Il supprime également la compétence des MRAe en matière d'examen au cas par cas au profit du ministre chargé de l'environnement, de la formation d'autorité environnementale du CGEDD et du préfet de région²¹⁵⁵. Ce faisant, là où auparavant une seule autorité (l'autorité environnementale) était compétente pour soumettre certains projets, plans et programmes à évaluation environnementale dans le cadre de la procédure au cas par cas, et d'émettre un avis consultatif sur certains dossiers de demande d'autorisation, le Code de l'environnement lui substitue deux autorités distinctes. Saisie pour avis par le Ministre de la transition écologique et solidaire, l'Autorité environnementale a récemment souligné que « cette compétence devient ainsi distincte de celle de l'autorité environnementale qui en était auparavant chargée, alors que décisions et avis vont de pair : leur exercice par une même autorité garantit la cohérence et la fluidité du processus. La multiplication des autorités accroît la complexité du dispositif »²¹⁵⁶. Elle ajoute que « dans un souci de simplicité, de cohérence et de respect des principes du droit européen, d'autres options pourraient être explorées, comme celle de regrouper l'Ae et les MRAe dans une seule entité »²¹⁵⁷.

527. *In fine*, la place accordée à l'État dans le cadre du processus d'évaluation environnementale, notamment par l'intermédiaire du préfet, reste ainsi particulièrement manifeste. D'une part, celui-ci demeure, comme nous l'avons vu, l'autorité exclusivement compétente pour délivrer les autorisations des projets soumis à autorisation environnementale²¹⁵⁸. D'autre part, l'avis de l'autorité environnementale reste strictement consultatif. Dès lors, le contenu des arrêtés portant autorisation de projets ou approbation de plans ou programmes demeure librement déterminé par le préfet. Dans la mesure où les plans et programmes demeurent le plus souvent élaborés par des personnes publiques, la portée limitée de l'avis de l'autorité environnementale, ou la compétence du préfet comme autorité environnementale, contribue à la validation de dossiers d'évaluation environnementale souvent trop largement insuffisants²¹⁵⁹. Le rapport rendu dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité a ainsi pu souligner la nécessité « de faire évoluer l'avis de l'Autorité environnementale vers un avis

²¹⁵⁴ *Ibid.*, art. 4.

²¹⁵⁵ Art. 2 du décret n° 2020-844 du 3 juillet 2020 relatif à l'autorité environnementale et à l'autorité chargée de l'examen au cas par cas, JO du 4 juillet 2020, texte n° 14.

²¹⁵⁶ Avis délibéré de l'Autorité environnementale sur le projet de décret portant réforme de l'autorité environnementale et des décisions au cas par cas, 5 févr. 2020, p. 4.

²¹⁵⁷ *Ibid.*, p. 5.

²¹⁵⁸ V. supra. §. n° 524.

²¹⁵⁹ ULLMANN G., « L'évaluation environnementale des projets : une peau de chagrin (1/7) », préc.

conforme »²¹⁶⁰. De manière assez surprenante, les échanges menés avec certains membres de l'Autorité environnementale ont conduit le rapporteur Ronan Dantec à écarter en définitive cette solution, au prétexte que le caractère consultatif actuel de l'avis de l'Autorité environnementale constitue « le gage d'une grande liberté d'expression »²¹⁶¹. Cette position est d'autant plus préoccupante qu'un récent décret n° 2019-1352 du 12 décembre 2019 portant diverses dispositions de simplification de la procédure d'autorisation environnementale²¹⁶² a contribué globalement à réduire la liste des institutions devant être saisies pour avis par le préfet dans le cadre de demande d'autorisation environnementale de projets²¹⁶³. En particulier, la saisine du Conseil national de protection de la nature se trouve sensiblement réduite au profit du Conseil scientifique régional du patrimoine naturel (CSRPN), dont les membres sont directement nommés par arrêté du préfet de région²¹⁶⁴ et le secrétariat est assuré par les services de la DREAL²¹⁶⁵. Enfin, bien que les commissaires enquêteurs soient des experts indépendants, ces derniers peuvent être radiés, à tout moment, par simple décision motivée de la commission départementale chargée d'établir la liste d'aptitude aux fonctions de commissaire enquêteur²¹⁶⁶, composée à majorité de représentants de l'État désignés par le préfet ou de collectivités²¹⁶⁷.

528. Si les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sont au carrefour d'une pluralité de formes publiques de régulation, force est néanmoins de constater que celles-ci se révèlent, sur certains aspects, trop insuffisantes.

SECTION 2.- LE DÉFICIT DES FORMES PUBLIQUES DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

529. Lorsqu'elles ont pu être identifiées, les formes de régulation des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services se caractérisent par une grande liberté laissée aux acteurs concernés dans la manière de conduire leurs relations juridiques. Dès lors,

²¹⁶⁰ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 100.

²¹⁶¹ *Ibid.*

²¹⁶² Décret n° 2019-1352 du 12 décembre 2019 portant diverses dispositions de simplification de la procédure d'autorisation environnementale, préc.

²¹⁶³ V. notamment en ce sens : art. 7 du décret n° 2019-1352 du 12 décembre 2019, qui modifie l'art. R. 181-22 du C. env. ; art. 8 du décret n° 2019-1352 du 12 décembre 2019, modifiant l'art. R. 181-28 du C. env.

²¹⁶⁴ Art. L. 411-1 A III et R. 411-22 du C. env.

²¹⁶⁵ Art. R. 411-26 du C. env.

²¹⁶⁶ Art. R. 123-41 du C. env.

²¹⁶⁷ Art. R. 123-34 du C. env.

celles-ci soulèvent des interrogations sur leur capacité à encadrer de manière suffisante et indépendante la mise en œuvre de ces dispositifs. La dégradation de la biodiversité étant le résultat de facteurs hétérogènes et diffus, il apparaît indispensable de s'assurer que les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux soient régulés de telle sorte que leur mise en œuvre puisse s'extraire des contraintes que certains enjeux (politiques, économiques et sociaux) sont susceptibles d'exercer sur elle. Loin de faire l'objet d'un encadrement à outrance, la mise en œuvre de ces deux instruments repose le plus souvent sur l'usage de l'outil contractuel, dans le cadre de relations essentiellement de droit privé. Nous exprimons par conséquent quelques réserves sur la capacité des acteurs impliqués – publics comme privés – à s'autoréguler, d'autant plus que le contrôle de l'administration de leur capacité à mener à bien les prestations qui leur sont confiées se révèle fragmenté, sous-utilisé et/ou encore trop insuffisant (§1). Compte tenu des insuffisances des formes privées et publiques de régulation des compensations écologiques et des paiements pour services environnementaux, se pose la question d'identifier un cadre de régulation pertinent (§2).

§1.- LE CARACTÈRE INSUFFISANT DU CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION DE LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

530. La pluralité des formes de régulation juridique des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, corrélée à une absence d'indépendance manifeste de ces formes de régulation, aboutit à un encadrement de ces dispositifs trop insuffisant. Alors que les compétences en ingénierie écologique sont une condition déterminante de l'efficacité écologique des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux²¹⁶⁸, le droit s'intéresse étrangement relativement peu au contrôle des compétences écologiques des acteurs impliqués (**A**). Bien que la mise en œuvre de ces deux dispositifs relève le plus souvent de rapports de droit privé, les autorités administratives disposent pour autant de moyens juridiques pour assurer le suivi de leur mise en œuvre et prononcer des sanctions en cas de manquement à leurs obligations. Par manque de moyens matériels ou par choix, ces possibilités sont souvent sous-exploitées (**B**).

²¹⁶⁸ V. supra. §. n° 285.

A.- L'ENCADREMENT LIMITÉ DES COMPÉTENCES ÉCOLOGIQUES DES PRESTATAIRES ENVIRONNEMENTAUX

531. De manière générale, les compétences écologiques des différents acteurs de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux demeurent peu contrôlées. Sont concernés non seulement les opérateurs de compensation écologique et de prestataire de service environnemental (1) mais également les bureaux d'études sollicités pour la réalisation des évaluations environnementales (2).

1.- L'absence de contrôle de la qualité d'opérateur de compensation écologique et de prestataire de service environnemental

532. La mise en œuvre des compensations écologiques et des paiements pour services environnementaux s'accompagne de la mobilisation d'un nombre hétérogène d'acteurs. Aux acteurs traditionnels (gestionnaires publics d'espaces naturels, CDC Biodiversité, agriculteurs, associations de protection de l'environnement, etc.) s'ajoute une pluralité de nouveaux acteurs intéressés par les perspectives offertes par la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique (GIP, cabinets d'avocats, syndicats mixtes, etc.)²¹⁶⁹. Cet engouement, encore relativement récent, soulève néanmoins de nombreuses interrogations sur la capacité financière, le niveau de maîtrise foncière ou encore le degré de connaissances ou de compétences écologiques de ces nouveaux acteurs. Destinataires privilégiés des dispositifs agro-environnementaux du second pilier de la PAC, les agriculteurs possèdent d'indiscutables connaissances et compétences pour la gestion des milieux naturels. Bénéficiant de cahiers des charges techniques, les agriculteurs sont ainsi reconnus comme ayant des compétences requises pour gérer des mares, des haies, prairies ou encore bois²¹⁷⁰. Toutefois, la complexité des dynamiques écologiques sur lesquelles les paiements pour services environnementaux prétendent agir, de même que la complexité que requiert la mise en œuvre de mesures compensatoires interroge sur leurs capacités à remplir leurs obligations, en particulier dans un

²¹⁶⁹ Consécutivement au renforcement du cadre juridique des dispositifs de compensation écologique opéré par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, plusieurs personnes publiques et privées (agriculteurs, syndicats mixtes, associations agréées de protection de l'environnement, etc.) nous ont fait part, au cours de nos travaux de recherche doctorale de leur volonté de devenir « opérateur de compensation écologique » ou encore de créer un « site naturel de compensation ». Les connaissances de nos différents interlocuteurs, notamment relatives aux conditions de délivrance de l'agrément de site naturel de compensation, se sont révélées relativement modestes.

²¹⁷⁰ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc.

contexte où la loi impose au débiteur d'une obligation de compenser une obligation de résultat. En pratique, d'ailleurs, les obligations de gestion écologique contractées en matière de compensation écologique ou de paiements pour services environnementaux demeurent des obligations de moyens²¹⁷¹. Du fait des limites techniques, le risque est ainsi de s'orienter de manière privilégiée vers des mesures de gestion écologique comportant une faible additionnalité écologique et aux chances de succès aléatoires.

533. Le débiteur d'une obligation de compensation écologique étant le seul responsable de la mise en œuvre de ces mesures vis-à-vis de l'autorité administrative compétente, celui-ci peut librement décider soit de réaliser ces mesures lui-même, soit de solliciter un opérateur de compensation écologique à qui la réalisation de ces mesures sera confiée par contrat. Comme le soulignait Isabelle Doussan avant l'adoption de la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, « l'intervention d'une personne morale offrant les garanties nécessaires n'est pas prévue par le droit français »²¹⁷². En l'absence d'encadrement du statut d'opérateur de compensation, le législateur introduit néanmoins un agrément pour les sites naturels de compensation²¹⁷³. Le décret n° 2017-265 du 28 février 2017 conditionne notamment la délivrance de celui-ci à l'existence de « capacités techniques et financières nécessaires à la mise en œuvre des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité »²¹⁷⁴, qui seront contrôlées par les services du ministère chargé de l'environnement lors de l'examen de la demande agrément²¹⁷⁵. L'arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation de « Cossure » prévoit l'obligation pour la CDC Biodiversité de maintenir ses capacités financières et techniques ainsi que celles de ses sous-traitants « à un niveau au moins équivalent à celles présentées dans le dossier de demande d'agrément »²¹⁷⁶. En outre, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 est peu précise sur le statut d'opérateur de compensation²¹⁷⁷. Celui-ci est défini de manière relativement

²¹⁷¹ V. supra. §. n° 244 et s.

²¹⁷² DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 108.

²¹⁷³ Art. L. 163-3 du C. env.

²¹⁷⁴ Art. 1^{er} du décret n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation, préc. ; codifié à l'art. D. 163-1 du C. env.

²¹⁷⁵ Dossier de demande d'agrément n° 400288, en tant que site naturel de compensation, du site de Mare à Palfour, préc. ; Dossier de demande d'agrément n° 509962, en tant que site naturel de compensation, du domaine de Cossure, préc.

²¹⁷⁶ Art. 15 de l'arrêté du 24 avril 2020 portant agrément d'un site naturel de compensation – site de Cossure, commune de Saint-Martin-de-Crau (Bouches-du-Rhône), préc.

²¹⁷⁷ DOUSSAN I., « Compensation écologique : le droit des biens au service de la création de valeurs écologiques et après ? », préc., p. 111.

extensive, comme toute « 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 »²¹⁷⁸. Dans l'hypothèse de montages complexes faisant intervenir une pluralité d'opérateurs économiques et de sous-traitants, il peut être difficile de déterminer qui est l'opérateur de compensation au sens de la loi²¹⁷⁹. Il conviendra donc de se ranger à l'idée selon laquelle l'opérateur de compensation est celui qui s'engage directement auprès du débiteur. Cet opérateur peut réaliser les mesures lui-même, ou bien en confier à son tour par contrat la réalisation d'une partie ou de l'intégralité de ces mesures aux personnes physiques ou morales de son choix. Les autres acteurs qui seraient ainsi sollicités par un opérateur de compensation ne seraient dès lors que des sous-traitants. Dans l'éventualité où cet opérateur mobiliserait des agriculteurs ou des associations de protection de l'environnement, ces derniers n'auraient ainsi que la qualité de sous-traitant de l'opérateur de compensation écologique.

2.- Le contrôle limité des bureaux d'études sollicités dans la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique

534. Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas n'a pas manqué d'alerter sur les conséquences pour la qualité des mesures compensatoires de la dépendance des bureaux d'études vis-à-vis du maître d'ouvrage²¹⁸⁰. Situés sur un marché concurrent, les bureaux d'études sont librement choisis par les maîtres d'ouvrages et opérateurs de compensation écologique. La situation de dépendance des bureaux d'études vis-à-vis du maître d'ouvrage serait ainsi susceptible de provoquer, dans certaines hypothèses, une diminution de la qualité de l'étude d'impact ou de l'objectivité des résultats de l'évaluation. Les études de terrain, pourtant indispensables pour disposer des connaissances les plus fines des enjeux liés à la biodiversité, sont également particulièrement coûteuses²¹⁸¹. Il est ainsi fréquent que celles-ci soient remplacées par des analyses cartographiques et de simulations²¹⁸².

²¹⁷⁸ Art. L. 163-1 du C. env.

²¹⁷⁹ Entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, préc.

²¹⁸⁰ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 196 et s. ; V. également en ce sens : MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 23.

²¹⁸¹ Entretien réalisé le 14 septembre 2020 auprès de M. Eric Bruyère, préc.

²¹⁸² *Ibid.*

535. Pour réguler ce secteur d'activité, de nombreuses solutions ont pu être proposées, parmi lesquelles l'institution d'un unique organisme d'étude, la mise en place d'un agrément, la désignation par une autorité compétence d'un bureau d'étude homologué ou encore le recours à une autorité administrative comme interface entre le maître d'ouvrage et le bureau d'étude²¹⁸³. Parmi la diversité des solutions envisagées, la mise en place d'un organisme de certification semble être, selon l'auteur, la perspective la plus « intéressante pour améliorer les analyses environnementales et renforcer la qualité des études d'impact »²¹⁸⁴. C'est d'ailleurs cette direction que recommande de prendre la Commission du développement durable et de l'aménagement du territoire dans son rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016. Celui-ci constate, sur ce point, que « les services instructeurs entendus par vos rapporteuses ont souligné que, si la qualité des travaux des bureaux d'études n'est pas assurée, alors la charge d'évaluation de la qualité des études et des mesures proposées est bien plus lourde et repose sur les services instructeurs, ce qui ne leur permet pas concrètement de se concentrer sur d'autres missions, au premier rang desquelles le contrôle des mesures de compensation »²¹⁸⁵. Le rapport recommande ainsi de « permettre, si besoin par un système d'agrément, une véritable spécialisation des bureaux d'études en matière de compensation pour garantir la qualité des études d'impact produites »²¹⁸⁶.

536. Si le recours à un agrément nous semble également constituer une solution relativement consensuelle pour améliorer la qualité des mesures compensatoires, le rapport rendu dans le cadre de la commission d'enquête du Sénat sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité se montre peu ambitieux, et ce afin de ne pas « prendre le risque de déstabiliser le secteur »²¹⁸⁷. En effet, si la commission « estime indispensable d'évoluer vers un encadrement renforcé du niveau de qualification des bureaux d'études et de leurs personnels. Elle considère cependant que, compte tenu des difficultés qui pèsent encore sur la définition de méthodes de compensation partagées et scientifiquement solides, mettre en place dès maintenant un mécanisme de certification ou de labellisation risquerait d'être vain, voire contre-productif [...]. La certification des bureaux d'études ne doit donc être envisagée que dans un

²¹⁸³ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 199.

²¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 199.

²¹⁸⁵ BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, préc., p. 167.

²¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 168.

²¹⁸⁷ DANTEC R., *Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 83.

second temps, lorsque des méthodes de compensation plus homogènes et davantage éprouvées sur le terrain, seront entrées dans les pratiques »²¹⁸⁸. *In fine*, le rapport se contente ainsi seulement de recommander d'« assurer progressivement, en concertation avec les acteurs, la montée en qualification des bureaux d'études, sur la base de méthodes partagées de réalisation des inventaires initiaux et de définition des mesures de compensation »²¹⁸⁹.

On pourrait sur ce point regretter que la loi « Biodiversité » n'ait pas remis en cause le fait que la responsabilité de la réalisation des études d'impact, et autres rapports d'évaluation des incidences sur l'environnement, soit confiée à ceux-là mêmes qui élaborent les projets susceptibles de porter atteinte à l'environnement. Le décret n° 2016-1110 du 11 août 2016 relatif à la modification des règles applicables à l'évaluation environnementale des projets, plans et programmes se montre bien trop peu ambitieux. Ce dernier se contente seulement d'énoncer qu'« afin de veiller à l'exhaustivité et à la qualité de l'étude d'impact : a) Le maître d'ouvrage s'assure que celle-ci est préparée par des experts compétents »²¹⁹⁰. Si les bureaux d'études sont tributaires des maîtres d'ouvrage, nous constatons également que la complexité du droit applicable et la responsabilité exclusive des maîtres d'ouvrage vis-à-vis de l'autorité administrative compétente créent, à l'inverse, une dépendance des maîtres d'ouvrages vis-à-vis des bureaux d'études. La taille de certaines évaluations environnementales est ainsi parfois utilisée par certains bureaux d'études comme un moyen de justifier le versement de rémunérations excessives auprès des porteurs de projets²¹⁹¹.

Afin de contrebalancer la réticence du législateur à imposer un agrément aux bureaux d'études, le Centre de ressources « Génie écologique », animé par l'Office français de la biodiversité, référence dans un annuaire disponible sur son site internet un certain nombre d'entreprises spécialisées dans le génie écologique, parmi lesquelles des bureaux d'études²¹⁹². Purement informel, cet outil de référencement est ouvert à toute société en mesure de fournir un certain nombre de références. Le Ministère de la transition écologique a mis à disposition en mars 2020 une « Charte d'engagement des bureaux d'études dans le domaine de l'évaluation environnementale »²¹⁹³. Purement « volontaire », ce document de 4 pages « a pour ambition de définir des engagements pris par les bureaux d'études afin de contribuer à satisfaire, en toute transparence, les attentes des maîtres d'ouvrage et des représentants des autorités

²¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 82.

²¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 83.

²¹⁹⁰ Art. 1^{er} du décret n° 2016-1110 du 11 août 2016, préc. ; codifié à l'art. R. 122-5 VIII du C. env.

²¹⁹¹ Entretien réalisé le 15 mai 2020 auprès de Me. Emmanuel Wormser, préc.

²¹⁹² <http://www.genieecologique.fr>

²¹⁹³ <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/charte-dengagement-des-bureaux-detudes>

administratives amenées à donner leur avis sur l'évaluation environnementale »²¹⁹⁴. Le bureau d'étude signataire s'engage ainsi, à titre d'exemple, à apporter « en toutes circonstances au maître d'ouvrage une vision claire des incidences du projet et des mesures concrètes proposées », à informer « au préalable le maître d'ouvrage de tout conflit d'intérêts qui pourrait survenir dans l'accomplissement de sa tâche ou entacher son indépendance d'analyse », à prendre « des engagements réalistes sur les délais et les objectifs » ou bien encore « à respecter la réglementation applicable à ses activités »²¹⁹⁵. Ce document étant dépourvu de toute portée juridique, il illustre une fois encore la volonté du législateur et du Gouvernement de privilégier une logique de flexibilité dans la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et d'en confier la responsabilité avant tout aux acteurs économiques concernés.

537. Si les acteurs impliqués dans la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux disposent d'une certaine liberté qui leur est volontairement accordée par le législateur et les autorités administratives compétentes, ces dernières disposent de prérogatives en matière de contrôle et de sanction renforcées pour s'assurer de la satisfaction de l'obligation de compensation écologique. En dépit de ces potentialités et des enjeux environnementaux en présence, celles-ci sont assez peu utilisées.

B.- LA SOUS-UTILISATION DES MODALITÉS DE CONTRÔLE ET DE SANCTION EN MATIÈRE DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

538. Nous assistons globalement à un renforcement des moyens à disposition des autorités publiques en matière de suivi et de sanction des compensations écologiques (1). En pratique, le contrôle des mesures compensatoires reste cependant sous-utilisé (2).

1.- L'introduction de nouvelles modalités de suivi et de sanctions

539. Dans ses travaux de recherche doctorale, par Marthe Lucas dressait le constat selon lequel l'effectivité limitée des compensations écologiques trouvait en partie à s'expliquer du fait d'une mobilisation insuffisante des moyens de contrôle et de sanction dont dispose

²¹⁹⁴ MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *Charte d'engagement des bureaux d'études dans le domaine de l'évaluation environnementale*, 11 mars 2020, p. 1.

²¹⁹⁵ *Ibid.*, pp. 2-3.

l'administration²¹⁹⁶. Sur ce point, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a introduit de nouvelles dispositions en matière de suivi et de sanction des mesures de compensation écologique. Bien qu'elle réaffirme sur ce point la responsabilité du maître d'ouvrage à l'égard de l'autorité administrative qui a prescrit les obligations de compensation²¹⁹⁷, elle offre à cette dernière la possibilité, d'une part, de mettre en demeure toute personne qui n'aurait pas satisfait à son obligation de compensation²¹⁹⁸. Si le débiteur d'une obligation de compenser n'y satisfait pas dans le délai fixé par l'autorité administrative compétente, cette dernière peut procéder à l'exécution d'office des mesures compensatoires aux frais de celle-ci²¹⁹⁹. De manière analogue, le Code de l'environnement prévoit l'obligation pour l'opérateur de site naturel de compensation de transmettre, chaque année, un rapport à l'administration retraçant : le suivi et l'évaluation des mesures mises en œuvre et de leur efficacité ; le suivi des unités de compensation vendues, sous la forme d'un registre de vente ; les événements notables survenus dans l'année écoulée ; le plan prévisionnel des éléments mentionnés aux trois alinéas précédents pour l'année à venir²²⁰⁰. En cas de manquement de l'opérateur à ses obligations de mise en œuvre des mesures compensatoires ou en matière de suivi, l'agrément peut être modifié ou retiré par le ministre chargé de l'environnement²²⁰¹. Jusqu'à une période récente, aucun texte n'autorisait l'autorité administrative compétente « à revenir ultérieurement sur sa décision en cas de compensations déficientes pour les améliorer »²²⁰². Pour y remédier, l'article L. 163-4 du Code de l'environnement permet désormais à l'autorité administrative compétente d'ordonner des prescriptions complémentaires « 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 ». La réalisation de mesures de compensation écologique complémentaires peut toutefois générer d'importants coûts financiers pour le débiteur d'une obligation de compenser, dont les budgets affectés à la réalisation de mesures compensatoires ne sont pas illimités²²⁰³.

²¹⁹⁶ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 275 et s.

²¹⁹⁷ Art. L. 163-1 II du C. env.

²¹⁹⁸ Art. L. 163-4 alinéa 1 du C. env.

²¹⁹⁹ Art. L. 163-4 al. 2 du C. env.

²²⁰⁰ Art. D. 163-8 du C. env.

²²⁰¹ Art. D. 163-7 du C. env.

²²⁰² LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 277.

²²⁰³ Les présents éléments résultent de la participation à un projet de mise en œuvre de mesures de compensation écologique. Pour des raisons de confidentialité, aucune référence ne pourra être fournie.

540. En l'absence de disposition législative en ce sens, le décret n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation est venu créer un dispositif de comité de suivi local dédié aux sites naturels de compensation, et dont la composition est fixée par le préfet de région²²⁰⁴. Plus encore, et afin de faciliter la transparence des opérations et garantir l'information du public, les mesures de compensation devront être géolocalisées dans un système national d'information géographique, accessible au public sur internet et alimenté par les maîtres d'ouvrage²²⁰⁵. Enfin, le législateur attribue compétence à l'Agence française pour la biodiversité – remplacée depuis par l'Office français de la biodiversité (OFB) – pour assurer le « suivi des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité »²²⁰⁶. Elle réalise également « 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 »²²⁰⁷. En apparence, le régime des compensations écologiques semble ainsi s'être significativement renforcé en matière de contrôle et de sanction. Ces nouvelles opportunités restent néanmoins tributaires de la volonté de l'autorité administrative et plus généralement des formes publiques et privées de régulation de s'en saisir.

2.- La mise en œuvre perfectible du contrôle des compensations écologiques

541. Le développement de mesures de suivi apparaît comme une condition préalable et indispensable à la mise en œuvre de sanctions effectives. Le suivi des dispositifs de paiements pour services environnementaux demeure une question complexe. Pouvant se révéler particulièrement coûteux, ces contrôles se heurtent également à de l'incertitude scientifique quant aux relations entre la prestation de service environnemental et la biodiversité et les écosystèmes. En présence de contrats administratifs, les personnes publiques disposent par dérogation au droit commun d'un pouvoir de sanction de leur cocontractant, et ce même dans le silence du contrat²²⁰⁸. Les paiements pour services environnementaux étant soumis le plus souvent au droit privé, il convient par conséquent de se référer aux clauses prévues par les

²²⁰⁴ Décret n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation, préc. ; codifié à l'art. D. 163-9 du C. env.

²²⁰⁵ Art. L. 163-5 du C. env.

²²⁰⁶ Art. 21 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; codifié à l'art. L. 131-9 du C. env.

²²⁰⁷ Art. 70 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc.

²²⁰⁸ CE, 6 déc. 1907, Deplanque, préc.

parties ou aux règles usuelles du droit des contrats. Comme le soulignent Michel Pech et Kristell Jegou, « la vérification de la bonne exécution du contrat sera réalisée par les parties au contrat, il n'y a par principe nullement besoin d'un organisme certificateur extérieur. Ce principe est important et son application devrait permettre d'aller au bout de la logique contractuelle »²²⁰⁹. L'analyse de contrats de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux a révélé la présence de clauses privilégiant en priorité le règlement amiable des différends entre les parties²²¹⁰. Dès lors, l'application de sanctions ou le recours au juge consécutifs au non-respect par l'un des cocontractants de ses obligations demeurent en pratique peu fréquentes en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux²²¹¹. Le recours à des mesures de contrôle et de sanction se révèle en revanche significativement plus encadrée par le Code de l'environnement s'agissant du débiteur d'une obligation de compenser vis-à-vis de l'autorité administrative qui a prescrit ces mesures.

542. Huit années nous séparant des travaux de recherche doctorale réalisés par Marthe Lucas, le constat dressé par l'auteure en matière de compensations écologiques, à savoir celui d'un manque de contrôle des agents et d'une quasi-absence de sanctions²²¹², a-t-il pour autant changé ? Un récent rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 constate que le suivi des mesures compensatoires, réalisé par les services départementaux, en lien avec les DREAL, se révèle encore « trop faible »²²¹³. On observera, plus encore, que si le recours aux comités de suivi est encouragé²²¹⁴, celui-ci reste facultatif en matière de sites naturels de compensation²²¹⁵. Outre le fait que le Code de l'environnement ne précise pas leur composition, le compte rendu des réunions de ces comités n'est pas public, mais fait seulement l'objet d'une transmission au ministère chargé de l'environnement²²¹⁶. À l'image de l'Office français pour la biodiversité²²¹⁷, les moyens matériels et financiers des services administratifs de l'État et de ses établissements publics apparaissent encore trop limités. Bien

²²⁰⁹ PECH M., JEGOU K., *Mise en œuvre des Paiements pour Services Environnementaux : Utilités d'un questionnement juridico-économique ?*, préc., p. 22.

²²¹⁰ V. supra. §. n° 497.

²²¹¹ Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, préc. ; Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

²²¹² LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 276 et s.

²²¹³ BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, préc., p. 169.

²²¹⁴ *Ibid.*, p. 144.

²²¹⁵ Art. D. 163-9 du C. env.

²²¹⁶ *Ibid.*

²²¹⁷ V. infra. §. n° 557.

que la nécessité de « renforcer et harmoniser les règles de suivi des mesures compensatoires » soit largement admise²²¹⁸, les obstacles au suivi effectif des mesures compensatoires restent, par conséquent, dans une large mesure inchangés. L'économiste Harold Levrel constate en ce sens que « l'absence d'allocations de moyens humains, organisationnels et financiers nécessaires à la mise en œuvre des politiques publiques est fréquente dans un contexte de baisse général du budget de l'État. Dans le cadre du renforcement de la séquence ERC, elle peut néanmoins être interprétée comme un manque de volonté politique en matière de priorisation. De fait, on observe un très faible niveau de suivi des mesures compensatoires, ce qui contribue à rendre son cadre juridique peu contraignant. Les services de l'État sont saturés par l'instruction des dossiers et n'ont pas les capacités à effectuer les contrôles quant à la mise en œuvre des mesures compensatoires et encore moins de leur efficacité. Il en résulte que les sanctions en cas de non-respect de la séquence ERC sont rares »²²¹⁹. Un sentiment de découragement se dégage par conséquent à la lumière du manque (persistant) d'effectivité des dispositifs de suivi et de sanctions en matière de compensation écologique. Ces insuffisances apparaissent d'autant plus regrettables qu'elles s'ajoutent à un contrôle par le juge administratif de la qualité des mesures compensatoires qui est encore trop largement insatisfaisant.

543. Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas relevait le caractère encore très relatif du contrôle de la qualité des mesures compensatoires réalisé par le juge administratif²²²⁰. Au cours de son audition devant la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité, l'avocat Arnaud Gossement a saisi l'occasion de relever que, selon lui, « le juge administratif n'a pas à être l'instance de contrôle de la qualité des mesures compensatoires »²²²¹. Dans le même sens, selon l'avocate Hélène Bras, « se pose la question de la capacité du juge administratif à disposer des moyens d'expertise suffisants pour analyser le contenu des études d'impact ou des évaluations environnementales, surtout dans des dossiers complexes où les contributions des bureaux d'études sont de plus en plus fournies »²²²². Le juge administratif fait encore peu appel à des experts scientifiques en matière

²²¹⁸ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 136 et s.

²²¹⁹ LEVREL H. et al., « Application de la séquence éviter-réduire-compenser en France : le principe d'additionnalité mis à mal par 5 dérives », préc., §. n° 43.

²²²⁰ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 259 et s.

²²²¹ DANTEC R., *Rapport sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures*, préc., p. 32

²²²² BRAS H., « Présentation contentieuse de la séquence "éviter, réduire compenser" », préc., p. 562.

de mesures compensatoires²²²³. La compensation écologique demeure un critère faiblement déterminant d'annulation d'un projet par le juge administratif, particulièrement en cas de déclaration d'utilité publique²²²⁴. Dans le contentieux des projets d'utilité publique, « le juge détourne les mesures compensatoires de leur finalité pour confirmer l'utilité publique du projet »²²²⁵. L'auteur relève par conséquent que « de façon quasi-systématique, à l'issue de ce bilan coût/avantage, le juge conclut à la légalité de la DUP »²²²⁶. Dès lors, « la constatation de l'insuffisance des mesures compensatoires présentées dans l'étude d'impact ne suffit pas à elle seule à vicier l'étude d'impact et par voie de conséquence à faire annuler la décision administrative qui se fonde sur ce document. Le juge administratif vérifie si les irrégularités ou les omissions sont de nature à nuire à l'information du public ou "si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative" »²²²⁷. S'il convient de relever certaines solutions favorables à la biodiversité²²²⁸, l'irrégularité de l'étude d'impact résulte le plus souvent d'une conjonction de facteurs, et non pas seulement d'une insuffisance des mesures compensatoires²²²⁹. Il est donc très difficile pour le requérant de démontrer l'insuffisance de l'étude d'impact, d'autant plus que, dans le prolongement de la jurisprudence du Conseil d'État « Danthony »²²³⁰, le juge administratif a jugé que « les inexactitudes, omissions ou insuffisances d'une étude d'impact ne sont susceptibles de vicier la procédure et donc d'entraîner l'illégalité de la décision prise au vu de cette étude que si elles ont pu avoir pour effet de nuire à l'information complète de la population ou si elles ont été de nature à exercer une influence sur la décision de l'autorité administrative »²²³¹.

²²²³ LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 200.

²²²⁴ *Ibid.*, p. 195 et s.

²²²⁵ *Ibid.*, préc., pp. 195-196 ; V. également en ce sens : BILLET Ph., « La prise en compte de la faune sauvage dans le cadre des procédures d'aménagement, de gestion et d'occupation de l'espace : réalités d'une apparence juridique », *NSS*, Vol. 14, supplément, 2006, p. 18 et s.

²²²⁶ LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 196.

²²²⁷ *Ibid.*, p. 195.

²²²⁸ V. notamment en ce sens : CAA de Lyon 18 oct. 2016, req. n° 14LY01848 ; CAA de Nantes, 14 nov. 2016, req. n° 15NT02883 ; CE, 9 juill. 2018, req. n° 410917 ; CAA de BORDEAUX, 12 déc. 2019, req. n° 18BX02166, 18BX02180, 18BX02368 ; CE, 17 juin 2020, SNC Roybon Cottages, req. n° 438062.

²²²⁹ LUCAS M., « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », préc., p. 195.

²²³⁰ Une décision affectée d'un vice de procédure n'est illégale que s'il ressort des pièces du dossier que ce vice a été susceptible d'exercer, dans les circonstances de l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie : CE, 23 déc. 2011, Danthony et autres, req. n° 335033, Rec.

²²³¹ CE, 14 oct. 2011, Société Ocréal, req. n° 323257.

544. Compte tenu des insuffisances dans l'encadrement des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, il convient dès lors de demander s'il serait possible et/ou souhaitable d'adapter le cadre de régulation existant.

§2.- L'ADAPTATION DU CADRE DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

545. Si la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux partagent *en principe* une finalité écologique commune, ces instruments relèvent de logiques distinctes et ne doivent par conséquent ni être confondus ni détournés de leurs objectifs propres. Au regard de leurs différences, est-il possible de mettre en place un cadre commun de régulation ? Compte tenu de l'existence d'une pluralité de formes de régulation, la création d'une autorité de régulation qui leur soit dédiée offrirait-elle une solution pertinente au service de la protection de la biodiversité ? À première vue, cette entreprise peut sembler tout aussi ambitieuse que ne l'est l'identification de « territoires pertinents » pour la protection de l'environnement²²³². À cette fin, il conviendrait, tout d'abord, de s'accorder sur des critères sur lesquels s'appuyer (A) pour envisager ensuite de construire un cadre pertinent de régulation des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux (B).

A.- LA DÉTERMINATION DE CRITÈRES PERTINENTS POUR LA CONSTRUCTION D'UN CADRE DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

546. En l'absence de véritable autorité de régulation indépendante²²³³, c'est plus généralement l'ensemble du cadre de régulation des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux qui n'offre pas les garanties suffisantes en termes d'autonomie, de compétences et de moyens matériels et juridiques suffisants pour s'assurer de la bonne mise en œuvre de ces instruments. Tout d'abord, leur mise en œuvre est l'objet d'une pluralité de formes privées et publiques de régulation. Si cette fragmentation peut nuire à la cohérence de ces instruments, nous sommes avant tout confrontés à des formes de régulations dont l'indépendance n'est pas toujours garantie. Ensuite, si les nombreux outils de contrôle et de sanction sont parfois lacunaires, ces derniers se révèlent avant tout sous-utilisés. Ces

²²³² V. notamment sur ce point : FOUCHER K., ROMI R. (dir.), *La décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance*, PUAM, 2006, 216 p.

²²³³ V. supra. §. n° 522 et s.

insuffisances nous invitent dès lors à identifier un cadre pertinent de régulation. Au regard des liens matériels et juridiques qui unissent les dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique, nous pourrions ainsi envisager que leur mise en œuvre soit supervisée par une autorité de régulation commune.

547. L'identification d'un cadre pertinent de régulation exige d'identifier des critères sur lesquels s'appuyer. Selon Jacques Chevallier, « tout système organisé est en permanence confronté à des facteurs de déséquilibre et d'instabilité ; pour contrebalancer ces facteurs, il faut qu'existe une instance de régulation, un "régulateur" [...], capable, par la position d'extériorité et de supériorité qu'il occupe par rapport aux intérêts en présence, de ramener la diversité à l'unité, l'hétérogénéité à l'homogénéité, le désordre à l'ordre »²²³⁴. Au regard de ces éléments, plusieurs remarques semblent s'imposer. Compte tenu de la grande diversité des situations juridiques que recouvre la mise en œuvre des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux (définition des politiques publiques, instruction des dossiers d'évaluation environnementale, autorisation administrative, contractualisation, contrôle et sanctions, etc.), il apparaît sans doute illusoire de vouloir identifier une autorité de régulation unique. Il pourrait exister, pour un même objet (en l'occurrence les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux), non pas *une* autorité de régulation pertinente, mais *des* autorités de régulation pertinentes.

Plus encore, au regard de la contribution directe ou indirecte de l'État, des personnes publiques à la dégradation de la biodiversité, il serait préférable que celle-ci présente des garanties d'indépendance. Les prérogatives dont dispose notamment l'État en matière d'autorisation environnementale, qui s'exercent le plus souvent par l'intermédiaire du préfet, mériteraient à l'évidence d'être quelque peu redistribuées. Si les autorités administratives indépendantes (AAI) constituent des institutions privilégiées pour la régulation de secteurs d'activités ouverts à la concurrence, nous pourrions envisager, de manière plus pragmatique, de confier ce rôle à des institutions publiques qui ne soient pas nécessairement des AAI. L'identification d'une autorité de régulation indépendante n'exige en effet pas obligatoirement que cette dernière bénéficie d'une autonomie strictement organique par rapport à l'État, ou plus généralement à l'égard de l'ensemble des personnes publiques, à condition toutefois de bénéficier, comme le souligne Yves Gaudemet, d'une « autonomie fonctionnelle »²²³⁵.

²²³⁴ CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », préc., p. 86.

²²³⁵ GAUDEMET Y., « Introduction », préc., p. 15 ; V. également en ce sens : FRISON-ROCHE M.-A., « Le droit de la régulation », préc., p. 615.

Indépendant, le régulateur doit également « être un "régulateur de terrain", disposant d'une connaissance intime du secteur qu'il est chargé de réguler »²²³⁶. Cette exigence se justifie en particulier dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, où la maîtrise des connaissances liées au fonctionnement des écosystèmes, mais également des territoires, s'impose comme une condition de l'efficacité écologique de ces dispositifs et de leur acceptabilité sociale.

Enfin, le régulateur doit disposer de moyens suffisants pour l'exercice de ses missions. Ceux-ci doivent être non seulement matériels (moyens financiers, personnels, etc.), mais également juridiques, notamment en matière de contrôle et de sanctions.

548. À la lumière des critères identifiés (indépendance fonctionnelle, connaissances de terrain, moyens suffisants), quel cadre serait dès lors pertinent pour la régulation des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux ?

B.- L'IDENTIFICATION D'UN CADRE PERTINENT DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES

549. À la recherche d'un « territoire pertinent » pour la protection de l'environnement, la doctrine a pu souligner que les territoires administratifs ne sont pas les plus « adéquats pour gérer l'environnement »²²³⁷. Dès lors que l'on s'intéresse à la régulation des dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique, nous pouvons relever que les régions et les agences de l'eau s'imposent comme acteurs adéquats pour assurer la mise en œuvre opérationnelle de ces dispositifs sur leur territoire (1). Sous-utilisé, l'Office Français de la Biodiversité semble également offrir des perspectives intéressantes pour réguler la mise en œuvre de ces dispositifs sur l'ensemble du territoire (2).

²²³⁶ *Ibid.*, p. 91.

²²³⁷ ROMI R., « Introduction générale sur quelques questions existentielles des "environnementalistes" aujourd'hui », in FOUCHER K., ROMI. R (dir.), *La décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance*, PUAM, 2006, p. 9.

1.- Les régions et agences de l'eau, cadres privilégiés de mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux

550. « [Concourant] avec l'État [...] à la protection de l'environnement [...] et à l'amélioration du cadre de vie »²²³⁸ et garants de « la préservation de la biodiversité »²²³⁹, les collectivités territoriales sont devenues des « acteurs majeurs de la gestion et de la protection de l'environnement »²²⁴⁰. La répartition des compétences opérée par le législateur à partir du début des années 1980 entre ces différents acteurs²²⁴¹ a contribué à faire du droit de la protection de la diversité biologique un domaine où les prérogatives sont largement partagées, organisées autour du principe de subsidiarité²²⁴². Cette volonté politique n'est ainsi pas sans créer une certaine « concurrence » entre États et collectivités territoriales en matière de protection de l'environnement²²⁴³. Les compétences des régions, si elles ont pu paraître de prime abord « limitées »²²⁴⁴ ont été progressivement élargies : élaboration des projets de chartes des parcs naturels régionaux²²⁴⁵, classement en réserves naturelles régionales²²⁴⁶ ou encore en matière de planification. Les régions sont ainsi exclusivement compétentes pour l'élaboration des SRADDET, dont nous avons vu qu'ils peuvent contenir des innovations intéressantes pour la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux²²⁴⁷. Portée par la volonté de renforcer la cohérence des stratégies en matière de préservation de la biodiversité et de mettre en œuvre une nouvelle gouvernance de la biodiversité²²⁴⁸, la loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a confié à la région la charge d'élaborer la déclinaison de la Stratégie nationale pour la biodiversité (SNB) au sein de stratégies

²²³⁸ Art.L.1111-2 du CGCT.

²²³⁹ Art. L. 110 du C. urb.

²²⁴⁰ DUROUSSEAU M., « La clarification des compétences institutionnelles est-elle soluble dans la protection de l'environnement ? », *RJE*, NSP/2013, p. 11.

²²⁴¹ Loi « Defferre » n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État, préc.

²²⁴² Loi « Barnier » n° 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement, préc.

²²⁴³ BILLET Ph., DUROUSSEAU M., « Principes constitutionnels et principes généraux d'attribution des compétences entre l'État et les collectivités territoriales dans le domaine de l'environnement », *RJE*, NSP/2013, p. 24.

²²⁴⁴ VAN LANG, A. *Droit de l'environnement*, préc. p. 251.

²²⁴⁵ Art. 2 de la loi n° 93-24 du 8 janvier 1993 sur la protection et la mise en valeur des paysages et modifiant certaines dispositions législatives en matière d'enquêtes publiques, JO du 9 janvier 1993, p. 503 ; aujourd'hui codifié aux art. L. 333-1 et s. du C. env.

²²⁴⁶ Art. 109 de la loi n° 2002-276 du 27 février 2002 relative à la démocratie de proximité, JO du 28 février 2002, p. 3808, texte n° 1 ; aujourd'hui codifié aux art. L. 332-1 et s. du C. env.

²²⁴⁷ V. supra. §. n° 397.

²²⁴⁸ Projet de loi relatif à la biodiversité, préc.

régionales pour la biodiversité (SRB)²²⁴⁹. Elle a également transformé les Comités régionaux « trames verte et bleue » en « Comités régionaux de la biodiversité » (CRB)²²⁵⁰. Instances consultatives placées auprès du président du conseil régional et du préfet de région, ces comités sont notamment associés à l'élaboration de la SRB et du SRADDET, donner leur avis sur les orientations stratégiques prises par les agences régionales de la biodiversité (ARB) ou encore saisir le Conseil scientifique régional du patrimoine naturel (CSRPN) pour leur fournir les informations nécessaires à l'exercice de leurs missions²²⁵¹. Pendant du CNPN au niveau régional, les CSRPN sont des instances d'expertise composées de « spécialistes désignés intuitu personae pour leur compétence scientifique, en particulier dans les universités, les organismes de recherche, les sociétés savantes et les muséums régionaux »²²⁵². Outre leur compétence consultative dans le cadre des procédures d'autorisation environnementale, ces conseils peuvent être saisis pour avis soit par le préfet de région, soit par le président du conseil régional ou, en Corse, par le président du conseil exécutif, « sur toute question relative à la conservation du patrimoine naturel de la région »²²⁵³. Enfin, outre l'élaboration des programmes de développement rural régionaux (PDRR) et la participation à la mise en œuvre et au financement des MAEC du second pilier de la PAC, en qualité d'autorité de gestion des crédits du FEADER, les régions sont également à l'initiative d'aides à destination d'agriculteurs qui s'engagent à préserver la biodiversité (contrats d'agriculture durable en région Occitanie, contrats « vert et bleu » en région Auvergne-Rhône-Alpes, etc.)

551. La nécessité de renforcer la protection de la biodiversité dans une organisation territoriale refondue nous interroge sur la place de la région, en ce qu'elle pourrait incarner un « lieu idéal » pour concevoir, animer et suivre les actions en faveur de la protection de la diversité biologique²²⁵⁴. Si d'autres collectivités ou établissements publics constituent des interlocuteurs privilégiés pour la déclinaison des politiques de préservation de la biodiversité, la Directive nationale d'orientation (DNO) pour les politiques de l'écologie et du développement durable du ministère de l'écologie, en date du 11 juillet 2006, relève que « les régions constituent l'échelon le plus pertinent pour appréhender les enjeux environnementaux

²²⁴⁹ Art. 8 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; codifié à l'art. L. 110-3 du C. env. du projet de loi relatif à la biodiversité, préc.

²²⁵⁰ Art. 16 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; modifiant l'art. L. 371-3 du C. env.

²²⁵¹ Art. D. 134-34 du C. env.

²²⁵² Art. L. 411-1 A-III du C. env.

²²⁵³ Art. R. 411-23 du C. env.

²²⁵⁴ PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 368.

des territoires ». Du fait de son étendue et des moyens dont elle dispose, l'UICN a pu relever que la région constitue « l'échelon territorial le plus pertinent pour avoir une approche globale de l'état et des enjeux de la biodiversité à l'échelle des territoires »²²⁵⁵. Cette pertinence de l'échelon régional fut d'ailleurs récemment confirmée par son élévation au rang de « chefs de file » en matière de protection de la biodiversité²²⁵⁶, au sein de laquelle s'inscrivent pleinement les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Ainsi, c'est à présent à la région qu'il reviendra d'organiser « les modalités de l'action commune des collectivités territoriales et de leurs établissements publics pour l'exercice des compétences relatives [...] à la protection de la biodiversité »²²⁵⁷. Dans le même sens, l'Autorité environnementale confirme recommander « dans la plupart de ses avis de mettre en place une politique de compensation coordonnée au niveau régional, ciblant les secteurs favorables à la conservation et la restauration des espèces et des habitats »²²⁵⁸.

552. Face à des rapports entre l'État et les collectivités territoriales de plus en plus fondés sur le partenariat²²⁵⁹, il conviendrait de prendre position en faveur d'une plus grande harmonisation des compétences en matière de protection de la biodiversité. Cette dynamique, dépassant le traditionnel diptyque centralisation/décentralisation, s'inscrirait dans une logique dite de « coadministration »²²⁶⁰, au sens d'un « partage de la conception, (...) de la décision et/ou (...) de la mise en œuvre entre acteurs juridiques responsables »²²⁶¹. Cette démarche, que l'on retrouve à l'article 2 de la Charte de l'environnement et l'article L.110-1 du Code de l'urbanisme, prend ainsi notamment tout son sens en matière de mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. La région Occitanie constitue un modèle intéressant en matière de gouvernance de la biodiversité²²⁶². Force est de constater qu'au niveau local, les gestionnaires d'espaces naturels ont des offres à

²²⁵⁵ MORAL V., *Quelles stratégies régionales pour la biodiversité en France métropolitaine ?*, Comité français de l'UICN, Paris, France, 2011, p. 7.

²²⁵⁶ Art. L. 1111-9 du CGCT issu de la loi n° 2014-58 du 27 janvier 2014 de modernisation de l'action publique territoriale et d'affirmation des métropoles, JO du 28 janvier 2014, texte n° 3.

²²⁵⁷ Art. L. 1111-9 II du CGCT.

²²⁵⁸ Autorité environnementale, *Rapport annuel 2019*, préc., p. 37.

²²⁵⁹ PRIEUR M., « La décentralisation de l'environnement, introuvable ou impossible ? », in FOUCHER K., ROMI R. (dir.), *La décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance*, PUAM, 2006, p. 204.

²²⁶⁰ DE BRIANT V., « La coadministration dans le domaine de l'environnement. Un levier inattendu pour la clarification des compétences », *RJE*, NSP/2013, p. 27.

²²⁶¹ JANIN P., « Programmation et planification dans le domaine de l'environnement », *RJE*, NSP/2013, p. 40.

²²⁶² V. notamment sur ce point : WOODSWORTH S., « Intégration de la biodiversité dans les processus de planification territoriale en Région Occitanie », *RJE*, 3/2019, pp. 531-534.

proposer, sous réserve que les terrains correspondent aux milieux impactés. Les régions pourraient ainsi structurer la rencontre entre une offre et une demande locale de compensation écologique et de prestations de service environnementaux qui serait coordonnée avec les enjeux économiques, sociaux et environnementaux de son territoire. Compte tenu des potentialités offertes par la politique des espaces naturels sensibles pour assurer la pérennité des gains écologiques obtenus par la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux, il serait intéressant de détacher cette compétence du département ainsi que le produit des ressources issues de la taxe départementale d'aménagement pour les transférer à l'échelon régional.

553. Établissements publics à caractère administratif²²⁶³, les agences de l'eau peuvent également être des acteurs particulièrement intéressants pour accompagner la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de prestation de service environnementaux. Bien que placés sous la tutelle du ministère chargé de l'environnement²²⁶⁴, ces établissements disposent de compétences étendues. La loi « Biodiversité » du 8 août 2016 a, en particulier, élargi les missions des agences de l'eau « à la connaissance, à la protection et à la préservation de la biodiversité terrestre et marine ainsi que du milieu marin, en particulier dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie nationale et des stratégies régionales pour la biodiversité »²²⁶⁵. Dans le cadre de leurs missions, les agences de l'eau peuvent ainsi notamment mener une politique foncière de sauvegarde des zones humides approuvée par le comité de bassin²²⁶⁶. À ce titre, elles peuvent attribuer des aides à l'acquisition par des conservatoires régionaux d'espaces naturels, par des collectivités territoriales, leurs groupements ou des établissements publics de parcelles composant ces zones²²⁶⁷. Elles peuvent également, de surcroît, acquérir ou faire acquérir des parcelles dans les zones humides à des fins de lutte contre l'artificialisation des sols et de valorisation, notamment agricole²²⁶⁸. Pour réaliser leurs missions, elles disposent, d'autre part, de ressources financières propres à travers la perception, notamment, de redevances et de subventions versées par des personnes publiques²²⁶⁹. Une partie de ces redevances étant perçues en raison de pollutions ou d'utilisation de l'eau²²⁷⁰, nous avons ainsi

²²⁶³ Art. L. 213-8-1 du C. env.

²²⁶⁴ Art. R. 213-31 du C. env.

²²⁶⁵ Art. 29 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc. ; modifiant l'art. L. 213-8-1 du C. env.

²²⁶⁶ Art. L. 213-8-2 du C. env.

²²⁶⁷ *Ibid.*

²²⁶⁸ *Ibid.*

²²⁶⁹ Art. L. 213-9 du C. env.

²²⁷⁰ Art. L. 213-10 et s. du C. env.

sur ce point confirmation de la communauté de liens en pollueur-payeur, usager-payeur et acteur-payé²²⁷¹. Plus encore, elles exercent ses missions à une échelle géographique étendue et cohérence d'un point de vue écologique (bassin hydrographique)²²⁷². Enfin, la gouvernance de l'eau dans laquelle s'inscrivent les agences de l'eau associe une grande diversité d'acteurs du territoire. Les comités de bassin se composent ainsi notamment d'élus, de représentants des usagers de l'eau, des milieux aquatiques, des milieux marins et de la biodiversité, des organisations socioprofessionnelles, des associations agréées de protection de l'environnement ou encore de représentants de l'État ou de ses établissements publics²²⁷³. Les agences de l'eau se sont d'ailleurs imposées comme des interlocuteurs privilégiés pour la déclinaison de l'action 24 du Plan Biodiversité. Financées par une dotation de l'État, elles se sont ainsi engagées en faveur de la mise en œuvre de « paiements pour services environnementaux » à destination des agriculteurs afin de répondre aux enjeux de restauration de la qualité de l'eau et des milieux aquatiques et de préservation de la biodiversité sur leurs territoires respectifs.

554. Si les régions et les agences de l'eau s'imposent comme acteurs pertinent pour assurer la mise en œuvre opérationnelle à la fois de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux sur leur territoire, il apparaît également souhaitable que ceux-ci soient accompagnés d'une instance coordinatrice à l'échelle nationale.

2.- L'Office français de la biodiversité, autorité de régulation en matière environnementale

555. Dans son rapport consacré à la réparation du préjudice écologique, Yves Jégouzo proposait la création d'une « haute autorité environnementale ayant une mission générale de gardienne de l'environnement »²²⁷⁴. Selon l'auteur, cette solution « permettrait d'unifier au sein d'un même organisme disposant d'un statut indépendant » notamment la mission d'évaluer de contrôler les évaluations environnementales effectuées en amont des décisions susceptibles de porter atteinte à l'environnement, de garantir la mise en œuvre et le respect des principes d'information et de participation, de contrôler en aval des opérations et décisions ayant un impact sur l'environnement ou encore de saisine directe du juge dans le cas où elle constaterait,

²²⁷¹ V. supra. §. 91 et s.

²²⁷² Art. R. 213-30 du C. env.

²²⁷³ Art. L. 213-8 du C. env.

²²⁷⁴ JÉGOUZO Y., *Pour la réparation du préjudice écologique*, 17 sept. 2013, p. 25.

où il serait porté à sa connaissance, des atteintes causées à l'environnement²²⁷⁵. Dans le même sens, Michel Prieur a souligné que la création d'une autorité publique indépendante en matière d'environnement apparaît « légitime »²²⁷⁶. Alors que le rythme de création d'autorités administratives indépendantes s'est significativement accru, « avec en moyenne près d'une création par an »²²⁷⁷, aucune d'entre elles n'est spécifiquement dédiée à la protection de la biodiversité. En l'absence de cadre légal dédié, le législateur est intervenu pour définir et préciser les conditions de création, de fonctionnement et de contrôle des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes²²⁷⁸. Créées par la loi, les autorités administratives indépendantes peuvent disposer d'un pouvoir réglementaire²²⁷⁹. Si elles ne disposent pas d'un budget propre, elles bénéficient en revanche d'une large autonomie en matière de gestion budgétaire²²⁸⁰. Bien qu'elle ne constitue pas une autorité administrative indépendante, l'Office français de la biodiversité (OFB) semble à première vue présenter des garanties suffisantes en termes de compétences environnementales, d'indépendance fonctionnelle, de connaissances de terrain et moyens humains et financiers.

556. Établissement public de l'État à caractère administratif²²⁸¹, l'OFB est venu rapidement succéder à l'Agence française pour la biodiversité (AFB), qui avait été créée par la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et de paysages²²⁸². Principale innovation de la loi « Biodiversité »²²⁸³, l'AFB est née de la fusion de trois établissements publics à caractère administratif préexistants (Office national de l'eau et des milieux aquatiques – ONEMA, parcs nationaux de France, Agence des aires marines protégées) et d'un groupement d'intérêt public (Atelier technique des espaces naturels – ATEN). Si le projet de loi n° 1847

²²⁷⁵ *Ibid.*, p. 25 et s.

²²⁷⁶ PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, préc., p. 417.

²²⁷⁷ MÉZARD J., *Rapport sur la proposition de loi de Mme Marie-Hélène DES ESGAULX, MM. Jean-Léonce DUPONT et Jacques MÉZARD portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes et sur la proposition de loi organique de Mme Marie-Hélène DES ESGAULX, MM. Jean-Léonce DUPONT et Jacques MÉZARD relative aux autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*, Doc. Sénat n° 332, 27 janv. 2016, p. 11.

²²⁷⁸ Loi organique n° 2017-54 du 20 janvier 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes, JO du 21 janvier 2017, texte n° 1 ; loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes, JO du 21 janvier 2017, texte n° 2.

²²⁷⁹ CC, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, Rec., p. 18.

²²⁸⁰ Art. 18 et 19 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017, préc.

²²⁸¹ Art. L. 131-8 du C. env.

²²⁸² Art. 20 à 33 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, préc.

²²⁸³ PASTOR J.-M., « Le point final des députés au projet de loi Biodiversité », *Dalloz actualité*, 22 juillet 2016.

relatif à la biodiversité avait souligné la volonté de « doter la France d'un grand opérateur public, l'agence française pour la biodiversité, qui permettra [...] en particulier de mobiliser les moyens nécessaires aux politiques de biodiversité et de développer les partenariats avec les collectivités, acteurs tout à fait essentiels pour la bonne mise en œuvre des politiques de biodiversité »²²⁸⁴, la doctrine avait en revanche pu regretter l'absence d'intégration de l'Office national des forêts (ONF) ainsi que de l'Office National de la Chasse et de la Faune sauvage (ONCFS). Devenue l'équivalent pour la protection de la biodiversité de l'Agence de l'Environnement et de la Maîtrise de l'Énergie (ADEME), l'AFB avait été dotée par le législateur de compétences à première vue ambitieuses.

557. L'Office français de la biodiversité détient des compétences susceptibles d'être utilisées pour favoriser et/ou contrôler la mise en œuvre des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Celle-ci peut ainsi apporter un appui scientifique, technique et financier à la conception, à la mise en œuvre et à l'évaluation des politiques de l'eau et de la biodiversité, notamment à travers le « suivi des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité » ou encore « l'attribution d'aides financières à des projets en faveur de la biodiversité et de la gestion durable et équilibrée de la ressource en eau »²²⁸⁵. De surcroît, l'OFB peut également « exercer des missions de gestion, de restauration et d'appui « à la gestion d'espaces naturels »²²⁸⁶. Plus encore, nous relèverons que l'article 70 de la loi « Biodiversité » lui avait confié la mission 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 ».

Pour réaliser ses missions, les fonctionnaires et agents publics de l'Office français de la biodiversité sont habilités, en qualité d'inspecteurs de l'environnement, à rechercher et à constater les infractions aux dispositions du Code de l'environnement, ainsi qu'aux dispositions du Code pénal relatives à l'abandon d'ordures, déchets, matériaux et autres objets²²⁸⁷. En outre, les inspecteurs de l'environnement peuvent être associés à titre temporaire aux opérations de

²²⁸⁴ Projet de loi relatif à la biodiversité, préc., p. 4.

²²⁸⁵ Art. L. 131-9 du C. env.

²²⁸⁶ *Ibid.*

²²⁸⁷ Art. L. 172-1 du C. env.

police judiciaire menées par un service autre que celui dans lequel ils sont affectés²²⁸⁸. Toutefois, l'OFB ne dispose pas de pouvoirs de police, dans la mesure où elle ne fait que *contribuer* « à l'exercice des missions de police administrative et de police judiciaire relatives à l'eau, aux espaces naturels, aux espèces, à la chasse et à la pêche ainsi que des missions de police sanitaire en lien avec la faune sauvage »²²⁸⁹. Bien qu'elle bénéficie d'une pluralité de sources de financements²²⁹⁰, l'Office français de la biodiversité bénéficie en grande partie de la contribution financière des agences de l'eau. Pour l'année 2020, la contribution des agences de l'eau reversée au profit de l'OFB s'élève à 331 894 272 €²²⁹¹, pour un budget total de 422 000 000 €²²⁹². Dans ses travaux de recherche doctorale, Marthe Lucas avait souligné que « la création d'une agence centralisant les données relatives aux mesures compensatoires, comme l'Agence française pour la biodiversité, faciliterait la traçabilité, le suivi, le contrôle et les comparaisons entre mesures compensatoires »²²⁹³. Cette agence ayant été dépourvue, dans les premiers temps de son existence, des moyens matériels (humains et financiers) nécessaires pour exercer ses missions, très peu de contrôles de la mise en œuvre des mesures compensatoires ont été réalisés²²⁹⁴. De surcroît, aucun inventaire national des espaces mobilisables pour la compensation écologique n'a à ce jour été établi.

558. Si la loi du 24 juillet 2019 portant création de l'OFB procède à la fusion entre l'AFB et l'ONCFS, en revanche cet établissement public n'intègre toujours pas l'ONF. On pourra également regretter le transfert de certaines missions en matière de chasse jusqu'alors assumées par l'ONCFS pour les transférer aux fédérations départementales de chasseurs²²⁹⁵. La loi du 24 juillet 2019 procède toutefois au renforcement de certaines compétences de l'OFB, qui peuvent intéresser la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Ainsi, la loi du 24 juillet 2019 permet notamment aux inspecteurs de l'environnement issus de l'OFB de prélever ou faire prélever, à l'occasion de leurs contrôles

²²⁸⁸ Art. L. 172-2 du C. env.

²²⁸⁹ Art. L. 131-9 du C. env.

²²⁹⁰ Art. L. 131-14 du C. env.

²²⁹¹ Arrêté du 4 février 2020 relatif à la contribution financière des agences de l'eau à l'Office français de la biodiversité, préc.

²²⁹² DE MONTGOLFIER A., *Rapport général sur le projet de loi de finances, adopté par l'Assemblée nationale, pour 2020, Tome III. Les Moyens des politiques publiques et les dispositions spéciales*, Doc. Sénat n° 140, 21 nov. 2019, p. 31.

²²⁹³ LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, préc., p. 285.

²²⁹⁴ Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, préc.

²²⁹⁵ Art. 13 de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019, préc.

administratifs, des échantillons en vue d'analyses ou d'essais²²⁹⁶. Dans le cadre de l'exercice de leurs missions de police judiciaire, ces derniers peuvent également procéder, à la demande du procureur de la République ou, sur autorisation de celui-ci, l'officier ou l'agent de police judiciaire, aux réquisitions prévues par le Code de procédure pénale, dans les mêmes conditions que celles prévues pour les officiers de police judiciaire²²⁹⁷. Cette procédure permet d'obtenir la communication d'informations sans que la personne concernée ne puisse opposer l'obligation au secret professionnel²²⁹⁸. Cette disposition peut s'avérer particulièrement utile compte tenu du fait que les mesures compensatoires et des paiements pour services environnementaux mobilisent dans une très large mesure des contrats de droit privé.

559. En dépit de compétences intéressantes, l'OFB semble difficilement pouvoir être considérée, en l'état, comme une autorité de régulation environnementale pertinente. Comme le souligne le rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, les syndicats des personnels de l'OFB ont unanimement critiqué au cours des auditions réalisées « le manque de moyens, financiers comme humains, dont va disposer l'office pour exercer ses missions »²²⁹⁹. Si le budget reste stable, s'ajoutent en revanche de nouvelles charges qui ne sont pas compensées, telles que l'augmentation de la participation de l'OFB au financement des parcs nationaux²³⁰⁰.

De surcroît, le schéma d'emploi de l'OFB laisse présager d'ici 2022 une suppression de 60 emplois à temps plein (ETP), auquel viendrait s'ajouter le transfert de 37 ETP vers les parcs naturels marins²³⁰¹. Plus encore, cet établissement public ne présente pas les garanties d'autonomie suffisantes. Comme le souligne Gilles Martin, la fonction de régulation « ne présente les traits d'une véritable régulation que lorsqu'elle est suffisamment réactive pour répondre aux besoins de rééquilibrage permanent du secteur ou de l'activité régulée, et suffisamment indépendante pour ne pas être "capturée" par l'un ou par l'autre des intérêts en

²²⁹⁶ Art. 22 de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019, préc. ; codifié à l'art. L. 171-3-1 du C. env.

²²⁹⁷ Art. 4 de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019, préc. ; codifié à l'art. L. 172-11 du C. env.

²²⁹⁸ Art. 77-1-1 du C. env.

²²⁹⁹ POMPILI B., SERMIER J.-M., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement*, Doc. AN n° 2734, 4 mars 2020, p. 16.

²³⁰⁰ *Ibid.*

²³⁰¹ DE MONTGOLFIER A., *Rapport général sur le projet de loi de finances, adopté par l'Assemblée nationale, pour 2020, Tome III. Les Moyens des politiques publiques et les dispositions spéciales*, préc., p. 31 ; POMPILI B., SERMIER J.-M., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement*, préc., p. 16.

concurrence »²³⁰². Si l'on s'attache à respecter les deux conditions révélées par l'auteur nous observons, tout d'abord, que l'OFB reste placée sous la double tutelle des ministres chargés de l'environnement et de l'agriculture²³⁰³. Ensuite, le représentant de l'État dans la région, le représentant de l'État dans le département et le préfet maritime veillent à la cohérence et à la complémentarité des actions de l'agence avec celles conduites par les administrations et les autres établissements publics de l'État, notamment à l'égard des collectivités territoriales²³⁰⁴. Plus encore, la composition du conseil d'administration de l'agence comprend, sur les quarante-trois membres qui la composent, une part significative de représentants de l'État, des collectivités et des acteurs économiques²³⁰⁵. Enfin, l'autorité compétente pour prescrire des mesures et sanctions administratives reste, dans la grande majorité des cas, le préfet²³⁰⁶. Si l'Office français de la biodiversité est porteur de potentialités comme autorité de régulation en matière environnementale, celui-ci dispose de compétences et de moyens humains et financiers encore trop limités pour satisfaire cette ambition.

²³⁰² MARTIN G. J., « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », préc., p. 17.

²³⁰³ Art. R. 131-27 du C. env.

²³⁰⁴ Art. L. 131-8 du C. env.

²³⁰⁵ Art. R. 131-28 du C. env.

²³⁰⁶ Art. L. 163-4 du C. env.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

560. À la fragmentation du régime juridique des compensations écologiques et des paiements pour services environnementaux, s'ajoute une fragmentation des formes de régulation de ces dispositifs. Bien que l'on constate une prépondérance des formes partenariales et négociées de régulation, notamment par l'intermédiaire du contrat et de la concertation, la réglementation reste un instrument d'intervention de l'État privilégié dans le cadre de la compensation écologique. Cette hétérogénéité confirme le constat dressé par Jacques Chevallier, selon lequel « la régulation passe, dans les sociétés contemporaines, par l'intervention d'acteurs multiples, situés dans des espaces juridiques différents et non hiérarchisés les uns aux autres »²³⁰⁷. Évoquant un « polycentrisme », l'auteur ajoute que « l'État n'apparaît plus comme le seul foyer de droit, la seule instance de régulation juridique : d'autres producteurs de droit et de régulation sont apparus, soit à des niveaux différents, soit parallèlement à lui »²³⁰⁸.

561. Si la régulation implique, en principe, l'existence d'un « régulateur » chargé de surveiller et de maintenir les équilibres entre la libre concurrence et d'autres enjeux, aucune institution ne présente cette caractéristique dans le domaine de la biodiversité. En l'absence de véritable autorité indépendante de régulation, nous avons pu relever de nombreuses insuffisances dans la mise en œuvre de la compensation écologique et des paiements pour services environnementaux : droit à l'information et à la participation du public limité, manque d'indépendance et défaillance des formes publiques de régulation juridique, etc. Ces lacunes nous invitent par conséquent à valoriser le rôle que peuvent jouer les régions, les agences de l'eau ainsi que l'Office français de la biodiversité comme cadre de régulation juridique pertinent pour assurer, coordonner et contrôler la mise en œuvre des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sur les territoires.

²³⁰⁷ CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », préc., p. 835.

²³⁰⁸ *Ibid.*

CONCLUSION DU TITRE 2

562. L'analyse du cadre juridique des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux nous conduit à dresser un constat sévère : si le régime juridique des compensations écologiques a été renforcé par la loi « Biodiversité » du 8 août 2016, celui-ci se révèle insatisfaisant et son évolution préoccupante pour la protection de la biodiversité ; dépourvus d'existence légale en droit interne, les paiements pour services environnementaux s'opérationnalisent dans un sens qui les détourne quelque peu de leur finalité et en limite les potentialités pour la protection de la biodiversité. Bien que nos réflexions se limitent à l'analyse de ces deux seuls instruments, les dysfonctionnements juridiques identifiés nous apparaissent en grande partie systémiques. À la différence du modèle en place pour assurer la gestion et la protection de l'eau, les dispositifs de paiements pour services environnementaux et de compensation écologique se heurtent à l'absence de vision d'ensemble du droit de la protection de la biodiversité. Non seulement les articulations entre ces instruments ne sont pas développées, mais également à l'égard des autres instruments de protection de la biodiversité.

563. Hétérogènes, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux sont l'objet d'une pluralité de formes publiques et privées de régulation juridique. Bien que ces derniers soient conçus comme des instruments de flexibilité, les formes publiques de régulation juridique ne sont pas pour autant absentes. La police administrative, en particulier, demeure l'instrument privilégié pour prescrire et contrôler la mise en œuvre de l'obligation de compensation écologique. Le recours privilégié au droit commun des contrats et la mobilisation d'acteurs principalement privés n'impliquent ainsi pas nécessairement une prépondérance des formes privées de régulation juridique. Ce constat se vérifie particulièrement en matière de paiements pour services environnementaux, pour lesquels les relations qui se nouent entre les agences de l'eau et les agriculteurs sont des rapports de droit public. Si la flexibilité peut constituer un gage du succès et de l'efficacité des paiements pour services environnementaux et des compensations écologiques, les insuffisances identifiées justifient de doter ces dispositifs d'un cadre de régulation juridique cohérent et renforcé.

CONCLUSION DE LA DEUXIÈME PARTIE

564. Le recours aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux dans les approches de protection de la biodiversité et des écosystèmes se heurte à de nombreuses difficultés théoriques et pratiques, qui remettent quelque peu en cause leur capacité à satisfaire les objectifs qui leur sont assignés. En toute logique, une relation de cause à effet semble ainsi se nouer entre les lacunes du cadre juridique identifiées et l'efficacité opérationnelle de ces instruments. Si les compensations écologiques bénéficient d'un encadrement juridique incontestable, les paiements pour services environnementaux ne correspondent pas à un véritable régime juridique spécifique. Bien que ces deux dispositifs soient appréhendés de manière différenciée par le droit, ceux-ci entretiennent une communauté de liens conceptuels et matériels. L'analyse révèle également que des articulations juridiques entre compensations écologiques et paiements pour services environnementaux, peuvent être envisagées, mais que celles-ci ne sont pas suffisamment encadrées par le droit. L'utilisation des paiements pour services environnementaux, à des fins de compensation écologique, s'impose en particulier comme une orientation préoccupante de nature à le détourner de son objet.

565. En dépit d'enjeux et de difficultés communes, ces instruments ne sont ainsi pas abordés dans le cadre d'une approche globale de la protection de la biodiversité. La structuration, qui pourrait être apportée par une meilleure intégration de la compensation écologique dans les documents de planification, au titre du Code de l'environnement et du Code de l'urbanisme, est sous-utilisée. De la même manière, trop peu d'articulations sont encore explicitement envisagées et réalisées entre ces dispositifs et les autres instruments de protection de l'environnement (mesures agroenvironnementales et climatiques de la PAC, espaces naturels sensibles, etc.). Le sentiment qui prévaut est donc celui d'un droit de l'environnement en décalage avec les ambitions de la loi du 8 août 2016 *pour la reconquête* de la biodiversité, de la nature et des paysages. Compte tenu de l'engouement dont bénéficient ces instruments, le déficit d'encadrement juridique dont ils font l'objet, associé à une efficacité discutable pour la protection de la biodiversité, doit par conséquent nous inviter à la prudence quant à leur utilisation. À la lumière de nos développements, un renforcement et une mise en cohérence du cadre juridique des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux s'imposent comme une *absolue* nécessité.

CONCLUSION GÉNÉRALE

566. Le droit a accueilli de nouveaux instruments, principes et concepts sans toujours s'intéresser pleinement ni à leurs origines, ni aux conditions de leur mise en œuvre. Regroupés sous le vocable d'« instruments économiques » – ou instruments de marché (*market-based instrument*) –, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux se sont imposés comme des instruments incontournables des politiques de protection de la biodiversité et des écosystèmes. Largement influencés par les réflexions issues de l'analyse économique de la biodiversité et des écosystèmes, ces deux instruments caractérisent des outils au service de l'opérationnalisation de ces approches économiques. S'il est prétendu que ces dernières peuvent être conciliées avec la vision patrimoniale de la protection de l'environnement, leur caractère hégémonique nous a conduit à exprimer quelques inquiétudes. La nature, jadis protégée pour ce qu'elle est, tend à devenir un bien économique et juridique dont la protection ne se justifie qu'au regard de l'utilité qu'elle a pour les êtres humains. Elle se réduit ainsi à une nature utile, un stock, un capital à gérer en vue d'assurer le maintien de sa capacité à produire des biens et services écosystémiques. Relativement ancien, ce cadre de pensée se diffuse néanmoins progressivement, mais sûrement, dans les approches juridiques de protection de la biodiversité et des écosystèmes. Importés dans une large mesure dans notre législation nationale par l'intermédiaire du droit de l'Union européenne, ces instruments et les principes et concepts qui leur sont associés demeurent en grande partie issus d'organisations internationales : OCDE, FAO, IPBES, BBOP, TEEB, etc. Loin d'être anodin et désintéressé, le déploiement de ces approches participe non seulement de la diffusion d'une vision très économique de la biodiversité et des écosystèmes, mais également de celle d'un « système juridique qui reflète un rapport occidental au monde »²³⁰⁹.

567. D'un point de vue strictement juridique, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux semblent constituer la parfaite illustration « du droit postmoderne » décrit par Jacques Chevallier²³¹⁰. Selon l'auteur, nous assisterions, avec le développement de ce droit, « à l'émergence d'une conception toute différente du droit, marquée

²³⁰⁹ BARRIÈRE O., « Du droit des biens au droit des utilités : les services écosystémiques et environnementaux au sein de la régulation juridique des socio-écosystèmes », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 128.

²³¹⁰ CHEVALLIER J., « Vers un droit postmoderne ? », préc., p. 36.

par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité. Les commandements juridiques traditionnels tendent à faire place à des techniques plus souples, relevant d'une "direction juridique non autoritaire des conduites" : les textes indiquent des "objectifs" qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des "directives" qu'il serait opportun de suivre, formulent des "recommandations" qu'il serait bon de respecter, mais sans pour autant leur donner de force obligatoire ; si norme il y a, elle n'a plus de caractère impératif et son application dépend, non plus de la soumission, mais de l'adhésion des destinataires »²³¹¹. Principalement mis en œuvre par le biais du contrat, la compensation écologique et les paiements pour services environnementaux s'imposent comme des instruments au service de la flexibilité des approches juridiques de protection de la biodiversité. Les « objectifs », « guides », « lignes directrices » ou encore « chartes » se succèdent et sont de loin préférés à la réglementation unilatérale. La loi est ainsi réduite à l'énumération de grands principes (principe pollueur-payeur, principe de précaution, principe de non-régression) et de nouveaux concepts (absence de perte nette de biodiversité, gain net, proximité, additionnalité écologique, obligation de résultat) dont les contours opérationnels et la portée normative demeurent flous. Sous prétexte de simplifier et de flexibiliser la mise en œuvre de ces instruments, la trajectoire dans laquelle s'inscrit le droit augure un avenir préoccupant pour la protection de la biodiversité. Si le recul de l'État – et plus largement de l'ensemble des personnes publiques – n'est qu'un leurre, le recours croissant aux formes privées de régulation juridique ne facilite pas la mise en place d'un encadrement juridique cohérent. Tantôt omniprésentes à travers notamment les nombreuses prérogatives du préfet en matière d'évaluations environnementales et de compensations écologiques, tantôt singulièrement absentes, les formes publiques de régulation juridique pâtissent de l'absence de cadre commun et indépendant de régulation en matière de protection de la biodiversité.

568. L'intérêt de notre approche a été de révéler la pluralité des liens juridiques et conceptuels qui unissent compensations écologiques et paiements pour services environnementaux. Tantôt rapprochés, tantôt distingués, ces mécanismes s'imposent *in fine* comme les deux faces d'une même pièce. Largement ignorée par le droit, l'articulation s'opère pourtant en pratique au détriment des distinctions conceptuelles. Ces instruments partageant *en principe* une finalité écologique commune, l'étude a permis de révéler entre eux une communauté étroite de liens à la fois conceptuels et matériels. Faute d'un encadrement juridique suffisant, l'efficacité de ces mécanismes pour la protection de la biodiversité se trouve

²³¹¹ *Ibid.*

néanmoins limitée. Tentaculaire et fragmenté, le régime juridique des mécanismes de compensation écologique souffre de l'absence de cadre commun. Bien que notable, l'effort de rationalisation du cadre juridique des compensations écologiques opéré par la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages se révèle néanmoins insuffisant. Sous prétexte de renforcer l'effectivité des compensations écologiques, le législateur oriente ce mécanisme dans un sens plus économique. Sites naturels de compensation, unités de compensation ou encore services écosystèmes sont ainsi désormais explicitement partie intégrante du cadre juridique des compensations écologiques. Par décrets successifs, nous assistons de surcroît à un lent détricotage du régime juridique des compensations écologiques et à un renforcement du rôle de l'État. La raréfaction du foncier disponible présentant les qualités requises pour la réalisation de mesures compensatoires, associé à la volonté de valoriser les services environnementaux rendus notamment par les agriculteurs, oriente les compensations écologiques vers une logique de gestion contractuelle des espaces naturels. Omniprésent, le contrat s'impose en effet comme l'instrument incontournable de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux. Si certains de ces contrats sont soumis au régime dérogatoire du droit des contrats publics, la grande majorité d'entre eux relève du droit commun des contrats. Ce faisant, la volonté des parties et le secret des transactions contribuent à faire régner sur la mise en œuvre des compensations écologiques et des paiements pour services environnementaux un climat de confidentialité assez écrasant, qui échappe à la transparence. Alors que l'article 7 de la Charte de l'environnement garantit le droit constitutionnel pour toute personne d'accéder, dans les conditions et les limites définies par la loi, aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement, l'orientation majoritairement contractuelle de la protection de la biodiversité vers laquelle nous orientent les dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux nous semble préoccupante. Les exemples étrangers de banques de compensation écologique ou de marchés de services environnementaux sont loin de n'offrir, sur ce point, que des exemples heureux.

569. La situation à laquelle nous sommes confrontés semble finalement constituer, d'une certaine manière, une illustration du point de vue défendu par la journaliste canadienne Naomi Klein²³¹². D'origine essentiellement anthropique, la crise écologique que nous traversons

²³¹² KLEIN N., *La stratégie du choc. La montée d'un capitalisme du désastre*, Actes sud, 2008, 672 p.

pousserait paradoxalement la société à accepter la mise en place de solutions pour y remédier directement inspirées du libéralisme le plus pur : recul de l'engagement public, instauration de nouveaux marchés gérés par des capitaux privés, création de nouveaux biens marchands échangeables, etc. Sous couvert de rationalité, les solutions proposées contribuent ainsi à faire de la cause même du problème, la solution la plus adaptée pour y remédier. Palliatifs aux dégradations de l'environnement, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux s'intéressent dans une large mesure aux effets sans se donner les moyens d'agir pour autant sur les causes. Si nous pouvons regretter que trop d'atteintes à l'environnement échappent encore à l'obligation de compenser, la meilleure compensation reste celle qui n'a pas lieu d'être. L'obtention d'une équivalence ou d'une additionnalité écologiques étant bien souvent un leurre, la compensation écologique ne peut constituer une solution satisfaisante pour concilier protection de la biodiversité et développement humain. Si les paiements pour services environnementaux peuvent constituer une solution pertinente pour préserver la biodiversité sur les territoires, il paraît également plus judicieux de limiter, le plus en amont possible, les facteurs de dégradation de l'environnement. La perspective de généraliser un dispositif rémunérant des acteurs ou des secteurs économiques particulièrement destructeurs de l'environnement ne semble à l'évidence pas constituer la voie la plus adaptée. *Le temps du monde fini commence*, celui de la reconquête de la biodiversité se fait attendre.

Villeurbanne, le 1^{er} juillet 2020

BIBLIOGRAPHIE

I.- DICTIONNAIRES, LEXIQUES ET ENCYCLOPÉDIES

BOURG D., PAPAUX A., *Dictionnaire de la pensée écologique*, PUF, 2015, 1088 p.

CAPUL J.-Y., GARNIER O., *Dictionnaire d'économie et de sciences sociales*, Hatier, 2015, 696 p.

COLLART DUTILLEUL F., PIRONON V., VAN LANG A., *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, 2018, 873 p.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 13^e éd., 2020, 1092 p.

CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, 1240 p.

GUINCHARD S., DEBARD T. (dir.), *Lexique des termes juridiques*, 28^e éd., Dalloz, 2020, 1150 p.

JACQUEMOT P., *Le dictionnaire encyclopédique du développement durable*, Sciences Humaines, 2017, 720 p.

RAMADE F.

- *Dictionnaire encyclopédique de l'écologie et des sciences de l'environnement*, Dunod, 2^{ème} édition, 2000, 1075 p.

- *Dictionnaire encyclopédique des sciences de la nature et de la biodiversité*, Dunod, 2008, 726 p.

SILEM A., *Lexique d'économie*, Dalloz, 15^e éd., 2018, 886 p.

II.- OUVRAGES JURIDIQUES

A.- MANUELS, TRAITÉS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX DE DROIT

CHAPUS R., *Droit administratif général*, T. 1., Montchrestien, 15^e éd., 2001, 1440 p.

FONBAUSTIER L., *Manuel de droit de l'environnement*, 2^e éd., PUF, 2020, 338 p.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, trad. par Charles Eisenmann, Dalloz, 2^e éd., Paris, 1962, 496 p.

LEBRETON G., *Droit administratif général*, Dalloz, 10^e éd., 2019, 612 p.

LEQUETTE Y., TERRÉ F., SIMLER P., CHÉNEDE F., *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., 2018, 2048 p.

MALAURIE Ph., AYNÈS L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Les obligations*, LGDJ, 10^e éd., 2018, 899 p.

MOLINER-DUBOST M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 2^e éd., 2019, 501 p.

PORCHY-SIMON S., *Droit des obligations 2021*, Dalloz, 12^e éd., 2020, 720 p.

PRIEUR M., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 1^{ère} éd, 1984, 1101 p.

PRIEUR M. et al., *Droit de l'environnement*, Dalloz, 8^e édition, 2019, 1394 p.

VAN LANG A., *Droit de l'environnement*, PUF, 4^e édition, 2016, 566 p.

B.- OUVRAGES JURIDIQUES SPÉCIALISÉS

ASSOCIATION CONGRÈS DES NOTAIRES DE FRANCE., *90^e Congrès des Notaires de France - Nantes, 8-11 mai 1994. Protection de l'environnement. De la contrainte au contrat*, 1994, T. I, 902 p. ; T. II, 532 p.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit et l'environnement*, Journées nationales de Caen, Tome XI, Dalloz, 2010, 180 p.

AUBERT J.-L., COLLART DUTILLEUL F., *Le contrat. Droit des obligations*, Dalloz, 5^e éd., 2017, 168 p.

AUBIN-BROUTÉ R.-J., *Le contrat en agriculture. Contribution à l'étude du contrat comme instrument de l'action publique*, LGDJ, 2014, 548 p.

BODART A., « Des paiements pour services écosystémiques "non monétaires", un instrument adapté à la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau ? » in **LANGLAIS A.** (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 353-373.

CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10^e éd., 2014, 496 p.

CAUDAL S., *La fiscalité de l'environnement*, LGDJ, 2014, 233 p.

CHÉNEDÉ F., *Le nouveau droit des obligations et des contrats*, Dalloz, 2^e éd., 2018, 360 p.

COLLART DUTILLEUL F., DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*, Dalloz, 11^e éd., 2019, 1094 p.

DE KLEMM C., SHINE C., *Mesures juridiques pour la conservation des espaces naturels*, Sauvegarde de la nature, n° 82, Conseil de l'Europe, 1996, 143 p.

DROBENKO B., SIRONNEAU J., *Code de l'eau*, 4^e éd., Johanet, 2017, 1708 p.

HERMON C., DOUSSAN I., *Production agricole et droit de l'environnement*, LexisNexis, 2012, 476 p.

KALFLECHE G., *Droit de l'urbanisme*, PUF, 2^{ème} éd., 2018, 508 p.

NEUVILLE S., *Droit de la banque et des marchés financiers*, PUF, Paris, 2005, 376 p.

RÉMOND-GOUILLOUD M., *Du droit de détruire – Essai sur le droit de l'environnement*, Paris, PUF, 1989, 304 p.

RICHER L., LICHÈRE F., *Droit des contrats administratifs*, 11^e éd., LGDJ, 2019, 768 p.

C.- OUVRAGES COLLECTIFS ET MÉLANGES DE DROIT

20 ans de protection de la Nature. Hommage au Professeur Michel Despax, SFDE, Pulim, 1998, 308 p.

Abécédaire en l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin, PUR, 2017, 664 p.

BARTHÉLÉMY D., DELORME H., LOSCH B., MOREDDU C., NIEDDU M. (dir.), *La multifonctionnalité de l'activité agricole et sa reconnaissance par les politiques publiques*, Quæ, 2003, 925 p.

BELAÏDI N. (dir.), *Eau et société. Enjeux de valeurs*, Bruylant, 2012, 253 p.

BILLET Ph. (coord.), *"Des petits oiseaux aux grands principes". Mélanges en l'honneur de Jean Untermaier*, Mare et Martin, 2018, 714 p.

BLUMANN C. (dir.), *Politique agricole commune et politique commune de la pêche*, Institut d'étude européenne, 3^e éd., 2011, 700 p.

BORN C.-H., JONGEN F. (coord.), *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruylant, 2015, 1132 p.

BOSKOVIC O. (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement. Mise en œuvre et sanction*, Dalloz, 2010, 136 p.

CANS C. (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Dalloz, Paris, 2009, 421 p.

CANS C., CIZEL O. (dir.), *Loi biodiversité. Ce qui change en pratique*, Éditions législatives, 2017, 617 p.

CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, 384 p.

CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, 343 p.

CLAM J., MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, 454 p.

CORNU M., FROMAGEAU J. (dir), *La forêt en France au XXI^e siècle : enjeux politiques et juridiques*, L'Harmattan, 2004, 255 p.

DE HEERING A., LEYENS S. (ed.), *Stratégies de développement durable. Développement, environnement ou justice sociale ?*, Namur: Presses universitaires de Namur, 2009, 287 p.

DE MARI E., TAURISSON-MOURET D. (dir.), *L'Empire de la propriété. L'impact de la norme en milieu contraint (III) : exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, Victoires, 2016, 299 p.

DOUSSAN I. (dir.), *Les futurs du droit de l'environnement. Simplification, modernisation, régression ?*, Bruylant, 2016, 376 p.

Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle, LGDJ, 2001, pp. 491-492.

FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droits de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, 510 p.

FOUCHER K., ROMI R. (dir.), *La décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance*, PUAM, 2006, 216 p.

GIRAUDEL C., (dir.), *La protection conventionnelle des espaces naturels, étude de droit comparé de l'environnement*, PULIM, 2000, 559 p.

HARPET C., BILLET Ph., PIERRON J.-P. (dir.), *À l'ombre des forêts. Usages, images et imaginaires de la forêt*, l'Harmattan, 2014, 241 p.

HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, 562 p.

HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, 326 p.

HOLCMAN R., *Management public*, Dunod, 2014, 328 p.

HUTEN N., STRUILLOU J.-F. (dir.), *Les servitudes environnementales*, Les Cahiers du GRIDAUH, n° 28, 2015, 161 p.

KISS A. (dir.), *L'écologie et la loi. Le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, 1989, 391 p.

KYE C. (dir.), *Les politiques communautaires de protection des consommateurs et de l'environnement : convergences et divergences*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1995, 276 p.

KROLIK C., NADAUD S. (dir.), *L'environnement au secours du développement économique et social*, Les chroniques de l'OMIJ n° 6, PULIM, 2015, 266 p.

LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, 447 p.

Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul, Dalloz, 2017, 738 p.

MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, La documentation française, 2002, 513 p.

MICHELOT A. (dir.), *Équité et environnement. Quel(s) modèle(s) de justice environnementale ?*, Larcier, 2012, 478 p.

OST F., GUTWIRTH S. (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, 487 p.

PARANCE B., DE SAINT VICTOR J. (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, 350 p.

REYNIÉ D. (éd.), *Innovation politique 2012*, PUF, 2012, 652 p.

SOHNLE J., CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P. (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, 528 p.

VANUXEM S., GUIBET LAFAYE C. (dir.), *Repenser la propriété, un essai de politique écologique*, PUAM, 2015, 189 p.

III.- THÈSES DE DOCTORAT ET MÉMOIRES DE DROIT

BAILLY G., *Les usages traditionnels de l'eau à l'épreuve du droit de l'environnement*, Université Jean Moulin – Lyon 3, 2018, dactyl., 633 p.

BILLET Ph., *La protection juridique du sous-sol en droit français*, Université Jean Moulin – Lyon 3, 1994, dactyl., 878 p.

BONNIN M., *Les corridors écologiques : vers un troisième temps du droit de la conservation de la nature ?*, L'Harmattan, 2008, 270 p.

DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, PUAM, 2007, 441 p.

DEFFAIRI M., *La patrimonialisation en droit de l'environnement*, IRJS, 2015, 877 p.

DE SADELEER N., *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution. Essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruylant/AUF, 1999, 437 p.

DESROUSSEAU M., *La protection juridique de la qualité des sols*, LGDJ, 2015, 502 p.

DOUSSAN I., *Activité agricole et droit de l'environnement, l'impossible conciliation ?*, L'Harmattan, 2002, 490 p.

DUFAL R., *La mise en œuvre des paiements pour services environnementaux par les personnes publiques*, Mémoire de Master 2 Droit de l'environnement, Université Jean Moulin – Lyon 3, 2017, dactyl., 127 p.

FEVRE M., *Les services écologiques et le droit. Une approche juridique des systèmes complexes*, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2016, dactyl., 712 p.

LERAY G., *L'immeuble et la protection de la nature*, Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2016, dactyl., 782 p.

LUCAS M., *Étude juridique de la compensation écologique*, LGDJ, 2015, 629 p.

MEYNIER A., *Réflexions sur les concepts en droit de l'environnement*, LGDJ, 2020, 599 p.

MOINE I., *Les choses hors commerce. Une approche de la personne humaine juridique*, LGDJ, 1997, 438 p.

MONTEILLET V., *La contractualisation du droit de l'environnement*, Dalloz, 2017, 732 p.

NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques du droit de l'environnement*, Bruylant-VUBPress, 1999, 808 p.

PARGUET C., *Le capital naturel. La nature appréhendée par le droit*, Mémoire de Master 2 de droit de l'environnement, Université Jean Moulin – Lyon 3, 2018, 80 p.

RADIGUET R., *Le service public environnemental*, Université Toulouse 1 Capitole, 2016, dactyl., 632 p.

ROTOULLIÉ J.-Ch., *L'utilisation de la technique de marché en droit de l'environnement, L'exemple du système européen d'échange des quotas d'émission de gaz à effet de serre*, LGDJ, 2017, 500 p.

TREILLARD A., *L'appréhension juridique de la nature ordinaire*, Université de Limoges, 2019, dactyl., 589 p.

UNTERMAIER J., *La conservation de la nature et le droit public*, Lyon, 1972, dactyl., 814 p.

IV.- ARTICLES JURIDIQUES

BAILLY G., « Précisions jurisprudentielles des conditions à l'octroi de dérogation à l'interdiction de porter atteinte aux espèces protégées et leurs habitats », note sur l'arrêt C.A.A Lyon, 3^{ème} et 1^{ère} chambres réunies, 16 déc. 2016, UR FRAPNA et Association pour les Chambaran sans Center Parcs, req. n° 15LY03097, 15LY03110, *Rev. jurisp. ALYODA*, 2016, n° 1.

BANCAL J.-C., GRANGER A., LAUDRAIN C., « Droit du marché carbone », *J.-Cl. env.*, Fasc. 3360, 3 août 2011.

BARRIÈRE O., « Du droit des biens au droit des utilités : les services écosystémiques et environnementaux au sein de la régulation juridique des socio-écosystèmes », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 127-169.

BAVARD D., CHEVALIER B., « Un premier "paquet" forestier adopté à Bruxelles », *Revue Forestière Française*, n° 1, 1990, pp. 6-12.

BAYLE M., « Un phénomène traditionnel : la pérennité et la vulnérabilité du protecteur d'espaces naturels », in GIRAUDEL C. (dir.), *La protection conventionnelle des espaces naturels, étude de droit comparé de l'environnement*, PULIM, 2000, pp. 73-101.

BELLIVIER F., NOIVILLE C., « L'adieu à l'article 1128 du Code civil : l'ordre public suffit-il à protéger le corps humain ? », *RDC*, 2016, n° 3, p. 505.

BELRHALI-BERNARD H., « Le droit de l'environnement : entre incitation et contrainte », *RDP*, n° 6, 2009, p. 1683.

BILLET Ph.

- « Avant-propos », in HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, pp. 19-21.

- « Clefs de lecture du nouveau régime de responsabilité environnementale », *JCP A*, n° 20, 2009, p. 2115 ; *JCP E*, n° 26, 2009, p. 1661.

- « Considérations juridiques sur le service de pollinisation et services associés », in BILLET Ph. (coord.), *"Des petits oiseaux aux grands principes". Mélanges en l'honneur de Jean Untermaier*, Mare et Martin, 2018, pp. 53-91.

- « De la pollinisation considérée comme un service. Approche juridique d'une fonction naturelle », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 375-408.

- « De la relativité de la neutralité environnementale en matière de compensation écologique », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 10, 4 p.

- « De l'information environnementale considérée constitutionnellement comme un droit », *EEI*, n° 5, mai 2020, alerte 61.

- « La Charte va-t-elle renouveler les principes du droit de l'environnement ou ceux-ci ont-ils disparu à l'exception d'un seul, le principe de précaution ? », *RJE*, NSP/2005, pp. 231-235.

- « La forêt fonctionnelle. La formalisation juridique de l'instrumentalisation de la forêt », in HARPET C., BILLET Ph., PIERRON J.-P., *À l'ombre des forêts. Usages, images et imaginaires de la forêt*, l'Harmattan, 2014, pp. 101-118.
- « "La nature n'a pas de prix. Vendons-là !" . À propos des unités de biodiversité », *Environnement et développement durable*, n° 4, juin 2008, focus n° 36.
- « La "neutralité environnementale" : esquisses juridiques », in *Liber amicorum. Mélanges en l'honneur de François Collart Dutilleul*, Dalloz, 2017, pp. 103-116.
- « La prise en compte de la faune sauvage dans le cadre des procédures d'aménagement, de gestion et d'occupation de l'espace : réalités d'une apparence juridique », *NSS*, Vol. 14, supplément, 2006, pp. 13-21.
- « La propriété au risque des services écosystémiques : le cas du service de pollinisation », in DE MARI E., TAURISSON-MOURET D. (dir.), *L'Empire de la propriété. L'impact de la norme en milieu contraint (III) : exemples de droit colonial et analogies contemporaines*, Victoires, 2016, pp. 274-286.
- « La protection contractuelle de l'environnement. À propos de certaines "conventions" de gestion des espaces naturels », in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, pp. 251-268.
- « La solidarité contrariée des usages de l'eau dans le cadre de la directive 2000/60 sur l'eau et de la loi du l'eau et les milieux aquatiques », in BELAÏDI N. (dir.), *Eau et société. Enjeux de valeurs*, Bruylant, 2012, pp. 35-65.
- « Les approches volontaires et les principes du droit de l'environnement », in HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, pp. 97-109.
- « L'optimisation écologique », *EEI*, n° 10, oct. 2020, focus n° 120, à paraître.
- « Principe pollueur-payeur », in COLLART DUTILLEUL F., PIRONON V., VAN LANG A., *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 659-662.
- « Quelques nuances de gris en matière de biodiversité », *EEI*, n° 5, mai 2017, p. 3.

BILLET Ph., DUROUSSEAU M., « Principes constitutionnels et principes généraux d'attribution des compétences entre l'État et les collectivités territoriales dans le domaine de l'environnement », *RJE*, NSP/2013, pp. 17-24.

BLEHAUT-DUBOIS V., « À l'école des chartes », *AJDA*, 2004, p. 2431.

BLUMANN C., « La réforme de la PAC », *RTD eur.*, 1993, p. 247.

BODARD A., « Des paiements pour services écosystémiques "non monétaires", un instrument adapté à la mise en œuvre de la directive-cadre sur l'eau ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 353-373.

BODIGUEL L.

- « Les paiements pour services environnementaux à la lumière du bail rural environnemental », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 297-306.
- « Le territoire, vecteur de la reconnaissance juridique de l'agriculture multifonctionnelle », in NIEDDU M., ROUDART L., *Économie rurale*, n° 273-274, 2003, pp. 61-75.

BORN Ch.-H., « Le diable dans les détails : les défis de la régulation des marchés d'unité de biodiversité. L'exemple du *conservation banking* dans le cadre de l'*Endangered Species Act* (États-Unis) », *RIDE*, 2015/2, pp. 151-182.

BORN Ch.-H., DUPONT V., PONCELET C., « La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité : un mal nécessaire ? », *Amén*, NS 2012/3, pp. 12-40.

BOURHIS J.-P., « Les agences de l'eau et le principe pollueur-payeur », *Droit de l'environnement*, n° 90, juillet-août 2001, pp. 163-166.

BOUTEILLE M., « La fiducie, un potentiel inexploité ? », *Revue Juridique de l'Ouest*, NS/2011, pp. 189-197.

BOUTONNET M.

- « L'efficacité environnementale du contrat », in BOSKOVIC O. (dir.), *L'efficacité du droit de l'environnement. Mise en œuvre et sanctions*, Dalloz, 2010, pp. 21-45.
- « Le contrat et le droit de l'environnement », *RTD Civ.*, n° 1, 2008, p. 1.

BOY L., « Contrat agri-environnemental : aide ou rémunération ? », *Économie rurale*, vol. 260, n° 1, 2000, pp. 52-65.

BOYER P., DENIER-PASQUIER F., « Planifications aquatiques. SDAGE. SAGE », *J.-CI. Env.*, Fasc. 2930, 20 févr. 2020.

BRAS H., « Présentation contentieuse de la séquence "éviter, réduire compenser" », *RJE*, 3/2019, pp. 549-563.

BRENET F., « La patrimonialisation des autorisations administratives - Réalités et implications », *Droit Administratif*, n° 8-9, Août 2007, étude 14.

CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P.

- « La création d'un marché d'unité de biodiversité est-elle possible ? », *RJE*, 1/2009, pp. 69-79.
- « Le marché d'unités de biodiversité, questions de principe », *RJE*, NSP/2008, pp. 87-93.
- « Les modalités de réparation du dommage ; les apports de la responsabilité environnementale », in CANS C. (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Dalloz, Paris, 2009, pp. 113-124.
- « Les paiements pour services environnementaux : une participation au processus de marchandisation des services écosystémiques ? Quelle réalité pour un marché des paiements pour services environnementaux ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 113-126.

CANS C.

- « Réserve naturelles », *J.-CI Env.*, Fasc. 3520, 2 oct. 2019.
- « Variations autour d'une innovation environnementale. L'impact des études d'impact sur le droit public », in *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, pp. 461- 488.

CAUDAL S.

- « La Charte et l'instrument financier et fiscal », *RJE*, NSP/2005, pp. 237-243.
- « Propos conclusifs. Vers un principe "protecteur-payé" ? », *EEI*, n° 5, mai 2018, dossier 9, 5 p.
- « Quels instruments juridiques pour la modernisation du droit de l'environnement ? », in DOUSSAN I. (dir.), *Les futurs du droit de l'environnement. Simplification, modernisation, régression*, Bruylant, 2016, pp. 119-134.
- « Rapport introductif », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, pp. 1-79.

CAUDAL S., JANIN P., « La loi du 30 décembre 2006 sur l'eau et les milieux aquatiques entre volontarisme et renoncements », *Dr. adm.*, n° 4, 2007, étude 5.

CHAMPEIL-DESPLATS V., « Penser l'efficacité de la norme », *Keio law journal*, n° 29, 2014, pp. 367-378.

CHARLEZ A., « La protection des espaces », in CORNU M., FROMAGEAU J. (dir.), *Genèse du droit de l'environnement Volume II, Droit des espaces naturels et des pollutions*, L'Harmattan, 2001, pp. 259-267.

CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D., « Le système juridique français à l'ère de la contractualisation », in CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, pp. 3-76.

CHEROT J.-Y., « Préface », in DE SABRAN-PONTEVÈS E., *Les transcriptions juridiques du principe pollueur-payeur*, PUAM, 2007, pp. 11-13.

CHEVALLIER J.

- « Vers un droit postmoderne ? », in CLAM J., MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 21-46.
- CHEVALLIER J., « Contractualisation et régulation », in CHASSAGNARD-PINET S., HIEZ D. (dir.), *La contractualisation de la production normative*, Dalloz, 2008, pp. 83-93.
- CHEVALLIER J., « La régulation juridique en question », *Droit et société*, n° 49, 2001/3, pp. 827-846.

COMBE M.

- « Le régime juridique de l'obligation de compensation écologique », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 8, pp. 13-16.
- « Les paiements pour services environnementaux dans la perspective climat et biodiversité », *EEI*, n° 5, mai 2018, dossier 6, pp. 32-36.

CORNU M., LENIAUD J.-M., « L'évolution des critères de patrimonialité : la notion plastique d'intérêt d'histoire ou d'art », in BADY J.-P., CORNU M., FROMAGEAU J., LENIAUD J.-M., NÉGRI V. (coord.), *De 1913 au Code du patrimoine. Une loi en évolution sur les monuments historiques*, La documentation française, Travaux et documents n° 39, 2018, pp. 86-99.

D'AMBROSIO L., « Introduction », *RJE*, NSP/2019, pp. 7-17.

DAOUD E., FERRARI J., GOURVEZ B., « Responsabilité sociétale des entreprises », *J.-Cl. Travail Traité*, Fasc. 1-50, 31 janv. 2014.

DE BRIANT V., « La coadministration dans le domaine de l'environnement. Un levier inattendu pour la clarification des compétences », *RJE*, NSP/2013, pp. 27-40.

DEFFAIRI M., « Le recours aux instruments économiques : facteur de modernisation et/ou de simplification du droit de l'environnement ? », in DOUSSAN I. (dir.), *Les futurs du droit de l'environnement. Simplification, modernisation, régression ?*, Bruylant, 2016, pp. 173-186.

DE GAUDEMAR H., « Les quotas d'émission de gaz à effet de serre », *RFDA*, 2009, p. 25.

DE KLEMM C.

- « La conservation de la diversité biologique. Obligation des États et devoir des citoyens », *RJE*, 4/1989, pp. 397-408.

- « Les éléments de l'environnement en droit positif », in KISS A. (dir.), *L'écologie et la loi : le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, 1989, pp. 51-103.

DENOIX DE SAINT-MARC R.

- « Le rapport d'impact sur l'environnement », *RJE*, 3-4/1976, pp. 250-263.

- « Rapport de synthèse. Le rapport d'impact sur l'environnement », *RJE*, 3-4/1976, pp. 264-268.

DE SABRAN-PONTEVÈS E., « Le principe pollueur-payeur en droit communautaire », *REDE*, n° 1, 2008, pp. 21-60.

DE SADELEER N., « Le principe de précaution en droit international et en droit de l'Union européenne », in REYNIÉ D. (éd.), *Innovation politique 2012*, PUF, 2012, pp. 409-435.

DOUAI A., DOUSSAN I., « Construire des marchés pour la compensation et les services écologiques : enjeux et controverses. Introduction au numéro spécial », *RIDE*, 2015/2, pp. 133-138.

DOUSSAN I.

- « Agriculture et forêt : rapprochements et divergences autour du développement durable et de la multifonctionnalité », in CORNU M., FROMAGEAU J. (dir.), *La forêt en France au XXI^e siècle. Enjeux politiques et juridiques*, L'Harmattan, 2004, pp. 67-85.

- « 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, pp. 99-113.

- « Les services écologiques : un nouveau concept pour le droit de l'environnement », in CANS C. (dir.), *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, Dalloz, 2009, pp. 125-141.

- « Quand les parlementaires débattent de la compensation écologique : des occasions manquées », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 159-169.

DOUSSAN I. (coord.), COUVET D., SALLES J.-M., « Valeurs et services de la biodiversité », in BOSI S., EUZEN A. (coord.), *Droit, écologie et économie de la biodiversité*, Les Cahiers Prospectives CNRS, 2015, pp. 9-20.

DOUSSAN I., MARTIN G. J., « Les paiements pour services environnementaux à la lumière de la théorie générale des contrats », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 281-296.

DROKENKO B.

- « De la capacité de charge des écosystèmes et du droit », in BORN C.-H., JONGEN F. (coord.), *D'urbanisme et d'environnement. Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruylant, 2015, pp. 575-593.
- « Évaluation environnementale des documents d'urbanisme : entre enjeux et méthodes », *RFDA*, n° 4, 2008, p. 640.
- « Les perspectives dans le domaine de l'eau », *RJE*, NSP/2005, pp. 111-121.

DROSS W., « L'originalité de l'obligation réelle environnementale en droit des biens », *EEI*, n° 6, Juin 2017, dossier 16, pp. 45-51.

DUBREUIL T., « Mesures compensatoires : le dossier de l'aéroport de Notre-Dame-des-Landes et les apports de la loi Biodiversité », *RJE*, 4/2017, pp. 621-628.

DUPONT L., « Compensation écologique et trame verte et bleue : une combinaison à explorer pour la biodiversité », *RJE*, 4/2017, pp. 649-658.

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, pp. 143-165.

DUROUSSEAU M., « La clarification des compétences institutionnelles est-elle soluble dans la protection de l'environnement ? », *RJE*, NSP/2013, pp 11-14.

ETRILLARD C.

- « Contrats et écosystèmes agricoles. Des mesures agroenvironnementales aux paiements pour services environnementaux », *Droit de l'environnement*, 2015, n° 237, pp. 296-303.
- « La compensation écologique : une opportunité pour les agriculteurs ? », *RDR*, n° 441, mars 2016, étude 10, pp. 12-18.
- « Paiements pour services environnementaux : nouveaux instruments de politique publique environnementale », *Développement durable et territoires*, Vol. 7, n° 1, Avril 2016, 8 p., *en ligne* [<http://journals.openedition.org/developpementdurable/11274>].

ETRILLARD C., PECH M., « Mesures de compensation écologique : risques ou opportunités pour le foncier agricole en France ? », *Vertigo*, Vol. 15, n° 2, sept. 2015, 20 p., *en ligne* [<http://journals.openedition.org/vertigo/16450>].

FARINETTI A.

- « Chronique Droit de l'eau (2019) », *RJE*, 4/2019, pp. 821-839.
- « L'évolution du champ d'application de l'évaluation environnementale des installations classées pour la protection de l'environnement : entre simplification de dérégulation », *RJE*, 3/2018, pp. 473-487.

FERNANDEZ FERNANDEZ E., « Le système de paiement pour services environnementaux du Costa Rica », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 193-204.

FÉVRIER J.-M., « Le droit des parcs aujourd'hui », *RJE*, NSP/2006, pp. 29-36.

FLIZOT S., « Performance, efficacité, contrôle et évaluation de l'action publique », in HOLCMAN (dir.), *Management public*, Dunod, 2014, pp. 165-222.

FRISON-ROCHE M.-A.

- « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », *RTD civ.*, n° 1, 1998, pp. 43-56.
- « Le droit de la régulation », *D.*, n° 7, 2001, pp. 610-616.
- « Le modèle du marché », *Archives de Philosophie du Droit*, t. 40 1995, pp. 286-313.

FRITZ J.-C., « Protection de l'environnement et marché : coexistence ou guerre des mondes », in SOHNLE J., CAMPROUX DUFFRÈNE M.-P. (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 17-48.

GAUDEMET Y., « Introduction », *RFAP*, n° 109, 2004/1, pp. 13-16.

GERVASONI V.

- « Les conventions de protection de la nature », *RJE*, NSP/2008, pp. 135-147.
- « Les outils de la PAC (CTE, CAD, MAE), portée et limites », in *Gestion conventionnelle des espaces naturels : bail rural-bail nature ? Journée d'étude et d'échange organisée par la SFDE*, Strasbourg, le 22 mai 2003, 14 p.

GILLIOCQ Th., COULOMBIÉ H., « Le schéma régional d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires (SRADDET) - À propos des articles 10 et 13 de la loi NOTRe », *JCPA* 2016, n° 12, p. 2070.

GIRAUDEL C., « Un phénomène nouveau : le développement des conventions et du partenariat privé », in GIRAUDEL C., (dir.), *La protection conventionnelle des espaces naturels, étude de droit comparé de l'environnement*, PULIM, 2000, pp. 13- 71.

GIRAUDEL C., LORVELLEC L., « Gestion conventionnelle des espaces naturels », in *20 ans de protection de la Nature. Hommage au Professeur Michel Despax*, SFDE, Pulim, 1996, pp. 91-127.

GRIMONPREZ B.

- « Les accessoires "naturels" des fonds ruraux », *RDR*, n° 467, 2018, Étude 19.
- « Réparer le vivant : éthique de la compensation », *RJE*, 4/2017, pp. 681-691.

HASSAN F., « L'encadrement juridique des banques de compensation de zones humides aux États-Unis », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 90-101.

HAUMONT F., « L'application des mesures compensatoires prévues par Natura 2000 », *ERA Forum*, vol. 10, n° 4, déc. 2009, pp. 611-624.

HAUTEREAU-BOUTONNET M.

- « Le contrat environnemental », *D.*, 2015, p. 217.

- « Les contrats environnementaux », in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, pp. 443-480.
- « 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.*, n° 37, 2016, p. 948.
- *Responsabilité civile environnementale*, Répertoire de droit civil, Dalloz, juill. 2020.

HERNANDEZ-ZAKINE C.

- « Analyse juridique de la multifonctionnalité de l'agriculture : l'intérêt général au cœur de l'agriculture (1^{re} partie) », *RDR*, n° 283, mai 2000, pp. 263-269.
- « La planification de l'eau : expression, nouvelle d'une publicisation de la gestion de l'espace rural », in FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droits de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 177-207.
- « Paiements pour services environnementaux : des contrats pour formaliser l'engagement environnemental des agriculteurs », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 307-322.

HERRNBERGER O., « L'obligation réelle environnementale, le point de vue de la pratique », *EEI*, n° 6, Juin 2017, dossier 17, pp. 51-52.

HERVÉ-FOURNEREAU N., « Présentation générale », in HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, pp. 25-44.

HERVÉ-FOURNEREAU N. et al., « Résilience, Irréversibilités et Incertitudes », in BOSI S., EUZEN A. (coord.), *Droit, écologie et économie de la biodiversité*, Les Cahiers Prospectives CNRS, 2015, pp. 23-33.

HERVÉ-FOURNEREAU N., LANGLAIS A., « Biodiversité et changement climatique La promotion européenne du concept de services écosystémiques », in *Abécédaire en l'honneur de Catherine Flaesch-Mougin*, PUR, 2017, pp. 69-98.

HOEPFFNER H., « La commande publique de compensation environnementale : un impensé de la loi Biodiversité », *Droit et ville*, n° 84, 2017, pp. 243-267.

HUGLO C., LEPAGE-JESSUA C., « L'étude d'impact écologique selon la loi du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature et son décret d'application », *La gazette du Palais*, 1978, pp. 524-546.

ICHER L., « La dépense publique en matière environnementale : l'exemple de la protection des sols », *Droit et ville*, n° 84, 2017, pp. 175-200.

JANIN P.

- « L'ancrage territorial des obligations environnementales », *EEI*, n° 6, Juin 2017, dossier 18, pp. 53-55.
- « Programmation et planification dans le domaine de l'environnement », *RJE*, NSP/2013, pp. 43-51.

JEAMMAUD A., « Introduction à la sémantique de la régulation juridique. Des concepts en jeu », in CLAM J., MARTIN G. (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, LGDJ, 1998, pp. 47-72.

JÉGOUZO Y.

- « Existe-t-il un droit de l'eau ? », in Conseil d'État, *L'eau et son droit*, EDCE n° 61, 2010, pp. 567-576.
- « L'évaluation des incidences sur l'environnement des plans et programmes », *AJDA*, 2005, p. 2100.
- « L'évolution des instruments du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, 2008/4, n° 127, Le Seuil, pp. 23-33.
- « Les autorisations administratives vont-elles devenir des biens meubles ? », *AJDA*, 2004, p. 945.
- « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, 1996, p. 209.

KISS A.

- « La notion de patrimoine commun de l'humanité », *RCADI*, vol. 175, 1982-II, pp. 99 – 256.
- « Préface », in KISS A. (dir.), *L'écologie et la loi. Le statut juridique de l'environnement*, L'Harmattan, 1989, pp. 7-10
- « Une étude d'impact. Les effets de la protection de l'environnement sur le droit international », in *Pour un droit commun de l'environnement : mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, pp. 207-222.

KISS A., LAMBRECHTS C., « Les procédures d'étude d'impact en droit comparé », *RJE*, 3-4/1976, pp. 239-249.

LABARTHE F., « Du louage d'ouvrage au contrat d'entreprise, la dilution d'une notion », in *Études offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle*, LGDJ, 2001, pp. 491-492.

LAMARQUE J., « La loi du 3 janvier 1992 sur l'eau », *CJEG*, 1993, pp. 81-120

LAMOTTE H., « Rapport général », in FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droit de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 32-33.

LANGLAIS A.

- « À la recherche d'une définition juridique des paiements pour services environnementaux ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, p. 31-57.
- « Introduction », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 21-30.
- « L'appréhension juridique de la qualité des sols agricoles par le prisme des services écosystémiques », *RDR*, n° 435, 2015, Étude 20, pp. 28- 33.
- « Le droit de la biodiversité à l'aune du développement durable ou l'ouverture à de nouvelles formes d'équité environnementale ? L'exemple controversé de la compensation écologique », in MICHELOT A. (dir.), *Équité et environnement : Quel(s) modèle(s) de justice environnementale*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 231-253.
- « Les paiements pour services environnementaux comme nouveau contrat environnemental ? », in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, pp. 185-215.
- « Les paiements pour services environnementaux comme réponse pertinente d'une agriculture durable », in DEMEESTER M.-L., MERCIER V. (dir.), *Agriculture durable : contributions juridiques, scientifiques et économiques pour l'élaboration d'un cadre normatif*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 395-411.

- « Les paiements pour services environnementaux, une nouvelle forme d'équité environnementale pour les agriculteurs ? Réflexions juridiques », *RDR*, n° 413, mai 2013, pp. 18-27.
- « L'obligation d'évaluation environnementale interpellée par un dispositif de suppression de mesures agroenvironnementales », *RJE*, NSP/2011, pp. 125-138.

LARDEUX G., « Le contrat de prestation de service dans les nouvelles dispositions du code civil », *D.*, 2016., p. 1659.

LASCOUMES P., SERVERIN E., « Théories et pratiques de l'effectivité du droit », *Droit et société*, n° 2, 1986, pp. 101-124.

LE CORRE L., « Le réseau Natura 2000 », *J.-CI Env.*, Fasc. 3820, 20 janv. 2020.

LEPAGE C., « Les véritables lacunes du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, pp. 123-133.

LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, vol. 79, n° 3, 2011, pp. 715-732.

LE ROY E., « La propriété privée de la terre et le marché généralisé. Les limites d'un modèle dans un contexte de développement soutenable, in FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droit de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 245-261.

LOISEAU G., « Typologie des choses hors du commerce », *RTD civ.*, 2000, p. 47.

LOPÈS P., « Subvention ou contrat de prestation de services ? », *Juris associations*, 1995, n° 121, p. 21.

LUCAS M.

- « Droit international, compensation écologique et marché économique, entre espoir et désarroi », in SOHNLE J., CAMPROUX DUFFRÈNE M.-P. (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 302-322.
- « La compensation environnementale, un mécanisme inefficace à améliorer », *RJE*, 1/2009, pp. 59-68.
- « Le contrat au service de la compensation écologique », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 11, pp. 25-28.
- « Regards sur le contentieux français relatif aux mesures compensatoires : quarante ans d'attentes, de déceptions et d'espoirs portés par la jurisprudence », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 193-202.
- « Quel avenir juridique pour le triptyque ERC ? Retours sur les conclusions de la Commission d'enquête sénatoriale », *RJE*, 4/2017, pp. 637-648.

MALJEAN-DUBOIS S., « Le recours à l'outil économique : un habit neuf pour les politiques environnementales ? », in MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, La documentation française, 2002, pp. 9-40.

MARAIN G., « Choses hors commerce et notions voisines », *Droits*, vol. 62, n° 2, 2015, pp. 205-216.

MARTIN G. J.

- « Fonctions du droit et mesures compensatoires françaises », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les*

impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité, Quæ, 2015, pp. 16-24.

- « La compensation écologique : de la clandestinité honteuse à l’affichage mal assumé », *RJE*, 4/2016, p. 601-616.

- « Le droit économique de l’environnement, une nouvelle frontière pour la doctrine et l’enseignement du droit de l’environnement ? », *RJE*, NSP/2016, pp. 72-81.

- « Le droit et l’environnement. Rapport introductif », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit et l’environnement*, Journées nationales de Caen, Tome XI, Dalloz, 2010, pp. 1-12.

- « Le marché d’unités de biodiversité : questions de mise en œuvre », *RJE*, NSP/2008, pp. 95-98.

- « Le recours aux instruments économiques dans la mise en œuvre des politiques de protection de l’environnement », in KYE C. (dir.), *Les politiques communautaires de protection des consommateurs et de l’environnement : convergences et divergences*, Louvain-la-Neuve, Centre de droit de la consommation, 1995, pp. 169-185.

- « Les "biens-environnements". Une approche par les catégories juridiques », *RIDE*, 2015/2, pp. 139-149.

- « Les potentialités de l’obligation réelle environnementale », *Droit de l’environnement*, n° 249, oct. 2016, pp. 334-340.

- « Les unités de compensation dans la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages », *Droit et ville*, n° 83, 2017, pp. 45-58.

- « Point de vue. Une curieuse référence exclusive au principe de prévention par correction à la source », in CANS C., CIZEL O., (dir.), *Loi biodiversité. Ce qui change en pratique*, Éditions législatives, 2017, p. 94

- « Pour l’introduction en droit français d’une servitude conventionnelle ou d’une obligation *propter rem* de protection de l’environnement », *RJE*, NSP/2008, pp. 123-131.

MEKKI M., « Loi biodiversité et droit de la construction - Propos introductifs », *RDI*, 2016, p. 576.

MEYNAUD-ZEROUAL A., « Remonter à la source du droit de l’urbanisme », *Dr admin.*, 2020, n° 8-9, étude 11.

MICHALLET I., « Diversité biologique ou biodiversité », in CORNU M., ORSI F., ROCHFELD J. (dir.), *Dictionnaire des biens communs*, PUF, 2017, pp. 359-362.

MICHELOT A., « Les paiements pour services environnementaux à l’épreuve du droit et de l’équité : réflexion critique », in LANGLAIS A. (dir.), *L’agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 101-111.

MOLINER-DUBOST M.

- « Pollution atmosphérique : analyse du droit d’émission négociable sous l’angle du droit privé », *Gazette du Palais*, septembre - octobre 2003, pp. 2790-2795.

- « Quel rôle pour les mécanismes d’incitation économique pour le carbone forestier dans la mise en œuvre de l’Accord de Paris ? », *EET*, n° 5, Mai 2018, dossier 7, pp. 37-41.

MORAND-DEVILLER J., « Avant-propos », in BOSKOVIC O. (dir.), *L’efficacité du droit de l’environnement. Mise en œuvre et sanction*, Dalloz, 2010, pp. 1-8.

MOUAL BASSILANA E., RACINE J.-B., « Art. 1162 à 1171 - Fasc. 30 : CONTRAT. – Contenu du contrat : objet du contrat », *J.-CI. C. civ.*, 31 août 2019.

MEKOUAR M. A., « Aperçu sur quelques outils de promotion internationale des paiements pour services environnementaux en agriculture », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 61-77.

MULONGOY K. J., CUNG A., « Les approches d'atténuation et d'adaptation aux changements climatiques fondées sur les écosystèmes », *RJE*, NSP/2011, pp. 29-34.

NAIM-GESBERT E.

- « Maturité du droit de l'environnement », *RJE*, 2/2010, pp. 231-240
- « Y a-t-il une vérité économique en droit de l'environnement ? », in KROLIK C., NADAUD S. (dir.), *L'environnement au secours du développement économique et social*, Les chroniques de l'OMIJ n° 6, PULIM, 2015, pp. 21-25.

OLSZAK N., « Conclusions », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 427-431.

PÂQUES M., CHARNEUX S., « Du quota d'émission de gaz à effet de serre », *REDE*, n° 3, 2004, pp. 266-278.

PASTOR J.-M.

- « Gloire au SCoT ! », *Dalloz actualité*, 22 juin 2020.
- « Le point final des députés au projet de loi Biodiversité », *Dalloz actualité*, 22 juillet 2016.

PÉLISSIE, D., « La prime au boisement des terres agricoles. Quels enjeux pour l'avenir ? », *Revue Forestière Française*, n° 6, 1992, pp. 479-488.

PELLEGRINI N., « Les mesures agri-environnementales », *Courrier de l'Environnement de l'INRA*, n° 25, 1995, pp. 128-129.

POMADE A., « Les paiements pour services environnementaux contribuent-ils à l'émergence d'un "gradient de juridicité" ? », *Vertigo*, Vol. 16, n° 1, mai 2016, 18 p., *en ligne* [<http://vertigo.revues.org/17084>].

POUMARÈDE M., « Services écosystémiques et contrat Quelle obligation contractuelle environnementale ? », *Droit et ville*, n° 84, 2017, pp. 203-221.

PRIEUR M.

- « Instruments internationaux et évaluation environnementale de la biodiversité : enjeux et obstacles », *RJE*, NSP 2011, pp. 7-28.
- « L'administration de l'environnement », *RJE*, 2/1983, pp. 105-116.
- « La décentralisation de l'environnement, introuvable ou impossible ? », in FOUCHER K., ROMI R. (dir.), *La décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance*, PUAM, 2006, pp. 199-211.
- « Le respect de l'environnement et les études d'impact », *RJE*, 2/1981, pp 103- 128.
- « Quel avenir pour les espaces naturels sensibles ? », *RJE*, 2/2006, pp. 185-191.

REBOUL-MAUPIN N., GRIMONPREZ B., « L'obligation réelle environnementale : chronique d'une naissance annoncée », *D.*, 2016, p. 2074.

REDGWELL C., « Le concept de *trust* en droit anglais », in OST F., GUTWIRTH S. (dir.), *Quel avenir pour le droit de l'environnement ?*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, pp. 211-233.

RÉMOND-GOUILLOUD M., « Le prix de la nature : l'évaluation du patrimoine naturel », *RFAP*, n° 53, 1990, pp. 61-68.

RIBOT C., « Évaluation environnementale et participations citoyennes », *RJE*, 3/2019, pp. 535-548.

ROMI R., « Introduction générale sur quelques questions existentielles des "environnementalistes" aujourd'hui », in FOUCHER K., ROMI R. (dir.), *La décentralisation de l'environnement : territoires et gouvernance*, PUAM, 2006, pp. 9-10.

ROUSSO A., « Le principe de solidarité écologique ou l'irruption de la science dans le droit », *RJE*, 3/2019, pp. 481-498.

SANCY M., « Quelques réflexions sur l'utilisation des approches volontaires et le droit international de l'environnement », in HERVÉ-FOURNEREAU N. (dir.), *Les approches volontaires et le droit de l'environnement*, PUR, 2008, pp. 67-81.

SAVARIT I., « Le patrimoine commun de la nation, déclaration de principe ou notion juridique à part entière ? », *RFDA*, 1998, p. 305.

STEICHEN P., « La compensation préalable des atteintes à la biodiversité dans le cadre des projets d'aménagement. Biodiversité protégée et biodiversité ordinaire : deux poids, deux mesures ? », *RJE*, 4/2019, pp. 705-724.

SOLEILHAC T.

- « La fiducie environnementale », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 13, pp. 35-38.

- « Les perspectives environnementales d'une baleine blanche : la fiducie », in BILLET Ph. (coord.), *"Des petits oiseaux aux grands principes". Mélanges en l'honneur de Jean Untermaier*, Mare et Martin, 2018, pp. 603-621.

SOLER-COUTEAUX P., « Le droit communautaire ne comporte pas l'obligation d'organiser une concertation préalable pour les projets, plans et programmes susceptibles d'avoir une incidence sur l'environnement », *RDI*, 2019, p. 293.

SUTTERLIN O., « Principe pollueur-payeur », *J.-Cl. Env.*, Fasc. 2420, 20 févr. 2020.

TANGUY Y., « L'environnement malade de son droit ? Introduction générale », *Revue Juridique de l'Ouest*, NS/1992, pp. 5-20.

TEIXEIRA CAVALCANTE A. R., FERREIRA MACEDO D'ISEP C., MAZAUDOUX O., « PSE et droits fonciers au Brésil », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 171-191.

THUNIS X., « Le principe du pollueur-payeur : de l'imputation des coûts à la détermination des responsabilités », in DE HEERING A., LEYENS S. (eds.), *Stratégies de développement durable. Développement, environnement ou justice sociale ?*, Presses universitaires de Namur, 2009, pp. 169-199.

THUNIS X, DE SADELEER N., « Le principe du pollueur-payeur : idéal régulateur ou règle de droit positif ? », *Aménagement-Environnement*, NSP/1995, pp. 3-15.

TRÉBULLE F.-G.

- « Chronique : entreprise et développement durable (2e partie) », *EET*, n° 7, Juill. 2015, pp. 21-41.
- « Environnement et droit des biens », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit et l'environnement*, Journées nationales de Caen, Tome XI, Dalloz, 2010, pp. 85 à 115.
- « Le marché des unités de biodiversité, quelles perspectives ? », *EET*, n° 6, juin 2017, dossier 12, pp. 29-35.
- « Les titres environnementaux », *RJE*, 2/2011, p. 203-226
- « Marché et protection de la biodiversité : les unités de compensation écologique », in SOHNLE J., CAMPROUX-DUFFRÈNE M.-P. (dir.), *Marché et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 256-301.

TRUILHÉ-MARENGO E., « Contractualisation, réglementation : quelle articulation entre les outils de gestion des sites Natura 2000 ? », *RJE*, 2/2005, pp. 131-146.

ULLMANN G., « L'évaluation environnementale des projets : une peau de chagrin (1/7) », *Actu-Environnement Le Mensuel*, n° 388, en ligne : <https://www.actu-environnement.com/ae/news/evaluation-environnementale-projets-32604.php4>.

UNTERMAIER J.

- « De la compensation comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé », *RJE*, 4/1986, pp. 381-412.
- « La protection de l'espace naturel. Généalogie d'un système », *RJE*, 2/1980, pp. 111-145.
- « Les principes du droit de l'environnement », in CAUDAL S. (dir.), *Les principes en droit*, Economica, 2008, pp. 201-220.
- « Préface », in NAIM-GESBERT E., *Les dimensions scientifiques de l'environnement. Contribution à l'étude des rapports de la science et du droit*, Bruylant-VUBPress, 1999, pp. 7-11.

VAN LANG A.

- « Compensation écologique », *Dictionnaire juridique des transitions écologiques*, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 219-224.
- « La compensation des atteintes à la biodiversité : de l'utilité technique d'un dispositif éthiquement contestable », *RDI*, 2016, p. 586.
- « Les sources traditionnelles en droit de l'environnement », in ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit et l'environnement*, Journées nationales de Caen, Tome XI, Dalloz, 2010, pp. 13 à 32.
- « L'évaluation environnementale des documents d'urbanisme après la loi Grenelle II : une nouvelle couche de vert ? », *RDI*, n° 3, 2013 p. 138.
- « Protection du climat et de la biodiversité au prisme du droit économique : l'apport de la loi Biodiversité », *EET*, n° 5, Mai 2018, dossier 4, 6 p.

VANUXEM S.

- « La compensation écologique comme mécanisme de droit analogiste », *RJE*, 1/2019, pp. 115-144.
- « Les contrats de services écologiques ou la "reféodalisation du lien contractuel" ? L'exemple du projet-pilote REDD+ et des "compensations pour mises en défens" dans la forêt marocaine de

Mâamora, in HAUTEREAU-BOUTONNET M. (dir.), *Le contrat et l'environnement. Étude de droit interne, international et européen*, PUAM, 2014, pp. 235-250.

- « Les services écologiques ou le renouveau de la catégorie civiliste de fruits ? », *McGill Law Journal – Revue de droit de McGill*, Vol. 62, n° 3, march 2017, pp. 739-776.

WERNERT G., « L'autorisation environnementale, une simplification en trompe-l'œil du droit de l'environnement », *RJE*, 3/2018, pp. 585-599

V.- SOURCES NON JURIDIQUES

A.- OUVRAGES NON JURIDIQUES

ARNAULD DE SARTRE X., CASTRO M., DUFOUR S., OSZWALD J. (dir.), *Political ecology des services écosystémiques*, Peter Lang, 2014, 288 p.

AUBERTIN C., PINTON F., BOISVERT V., *Les marchés de la biodiversité*, IRD, 2007, 269 p.

BARDE J.-Ph., *Économie et politique de l'environnement*, PUF, 2^{ème} édition, 1992, 383 p.

BAREL Y., *La Société du vide*, Paris, Seuil, 1984, 271 p.

BARTHÉLÉMY D., DELORME H., LOSCH B., MOREDDU C., NIEDDU M. (dir.), *La multifonctionnalité de l'activité agricole et sa reconnaissance par les politiques publiques*, Quæ, 2003, 926 p.

BLANDIN P., *De la protection de la nature au pilotage de la biodiversité*, Quæ, 2009, 124 p.

BONTEMS P., ROTILLON G. (dir.), *L'économie de l'environnement*, La Découverte, 2013, 128 p.

CNRS, *Prospective droit, écologie & économie de biodiversité*, Les cahiers prospective, janvier 2015, 64 p.

COMPAGNON D. (éd.), *Les politiques de biodiversité*, Presses de Sciences Po, 2017, 256 p.

COSTANZA R., *Ecological Economics: The Science and Management of Sustainability*, Columbia University Press, 1991, 525 p.

DAILY G. C., *Nature's services: societal dependence on natural ecosystems*, Washington D.C., Island Press, 1997, 412 p.

DALES J. H., *Pollution, Property and Prices*, University of Toronto Press, 1968, 111 p.

EHRlich P.R., EHRlich A., *Extinction: the causes and consequences of the disappearance of species*, Random House, New York, 1981, 305 p.

- FEYDEL S., BONNEUIL C.**, *Prédation. Nature, le nouvel eldorado de la finance*, La découverte, 2015, 212 p.
- FERRET S.**, *Deepwater Horizon. Ethique de la nature et philosophie de la crise écologique*, Le Seuil, 2011, 384 p.
- FRANKEL O. H., SOULÉ M. E.**, *Conservation and evolution*, Cambridge, University Press, 1981, 327 p.
- GADREY J., LALUCQ A.**, *Faut-il donner un prix à la nature ?*, Les petits matins-Institut Veblen, 2015, 128 p.
- HALPERN Ch., LASCOUMES P., LE GALÈS P. (dir.)**, *L'instrumentation de l'action publique - Controverses, résistances, effets*, Sciences Po, 2014, 520 p.
- HUGLO C.**, *Avocat pour l'environnement : mes grandes batailles judiciaires*, LexisNexis, 2013, 201 p.
- KLEIN N.**, *La stratégie du choc. La montée d'un capitalisme du désastre*, Actes sud, 2008, 672 p.
- LAITOS G. J.**, *The right of Nonuse*, Oxford University Press, 2013, 256 p.
- LASCOUMES P., LE GALÈS P.**, *Gouverner par les instruments*, Presses de Sciences Po, « Académique », 2005, 370 p.
- LATOUCHE S.**, *La déraison de la raison économique. Du délire d'efficacité au principe de précaution*, Albin Michel, 2001, 222 p.
- LENOBLE R.**, *Histoire de l'idée de nature*, Albin Michel, 1969, 448 p.
- LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.)**, *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, 320 p.
- MARIS V.**, *Nature à vendre. Les limites des services écosystémiques*, Quæ, 2014, 96 p.
- MÉRAL P., PESCHE D. (coord.)**, *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, 304 p.
- OST. F.**, *La nature hors la loi. L'écologie à l'épreuve du droit*, La Découverte, 2012, 350 p.
- PEARCE D. W., KERRY T. R.**, *Economics of Natural Resources and the Environment*, Johns Hopkins University Press, 1989, 392 p.
- PEARCE D., MORAN D.**, *The economic value of biodiversity*, Earthscan, London, 1994, 172 p.
- PICKEL-CHEVALIER S.**, *L'Occident face à la nature : À la confluence des sciences, de la philosophie et des arts*, Le Cavalier Bleu, 2014, 218 p.
- PIGOU A. C.**, *The economics of welfare*, London: MacMillan and co., 1920, 976 p.

REGNERY B., *La compensation écologique. Concepts et limites pour conserver la biodiversité*, Muséum national d'Histoire naturelle, 2017, 288 p.

ROCHE P., GEIJZENDORFFER I., LEVREL A., MARIS V. (dir.), *Valeurs de la biodiversité et services écosystémiques. Perspectives interdisciplinaires*, Quæ, 2016, 219 p.

SCHUMACHER E. F., *Small Is Beautiful: A Study Of Economics As If People Mattered*, ed. Blond & Briggs, 1973, 288 p.

SMITH A., *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations*, W. Strahan and t. Cadell, London, 1776, Two Volumes.

THOMAS F., BOISVERT V. (dir), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, 296 p.

VALÉRY P., *Regards sur le monde actuel*, Librairie Stock, 1931, 216 p.

WILSON E. O, PETER F. M., « Biodiversity », National Academic Press, Washington, D.C., 1988, 538 p.

B.- THÈSES NON JURIDIQUES

BAS A., *Analyse de la compensation écologique comme instrument d'intériorisation et de lutte contre l'érosion de la biodiversité marine : illustration par l'éolien en mer. Economies et finances*, Université de Bretagne occidentale – Brest, 2017, 237 p.

BEZOMBES L., *Développement d'un cadre méthodologique pour l'évaluation de l'équivalence écologique : Application dans le contexte de la séquence "Éviter, Réduire, Compenser" en France*, Université Grenoble Alpes, 2017, dactyl., 366 p.

BRIMONT L., *Le coût de la Réduction des Émissions issues de la Déforestation et de la Dégradation des Forêts (REDD+) à Madagascar. Études de l'environnement*, AgroParisTech, 2014, 283 p.

CALVET C., *Analyse de l'utilisation de la compensation écologique dans les politiques publiques comme outil de conciliation des intérêts économiques et des objectifs de conservation de la biodiversité*, Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, 2015, dactyl., 267 p.

LOMBARD LATUNE J., *La compensation écologique : du principe de non perte nette de biodiversité à son opérationnalisation – analyse de l'action collective*, Université Paris-Saclay, 2018, dactyl., 256 p.

VAISSIÈRE A.-C., *Le recours au principe de compensation écologique dans les politiques publiques en faveur de la biodiversité: enjeux organisationnels et institutionnels: cas des écosystèmes aquatiques marins et continentaux*, Université de Bretagne Occidentale, 2014, dactyl., 230 p.

C.- ARTICLES NON JURIDIQUES

ALEXANDRE R., « La conservation de la biodiversité est-elle une démarche fixiste ? », *Hydrauxois*, 2017, *en ligne* [<http://www.hydrauxois.org/2017/08/la-conservation-de-la-biodiversite-est.html>].

ALPHANDÉRY P., BOURLIAUD J., « L'agri-environnement, une production d'avenir ? », *Études rurales*, n° 141-142, 1996, pp. 21-43.

ANDRÉ-LAMAT V., « De l'eau source à l'eau ressource : production d'un capital environnemental ou d'un commun. L'exemple de l'eau domestique au Pharak (Népal) », *Développement durable et territoires*, Vol. 8, n° 3, nov. 2017, *en ligne* [<http://journals.openedition.org/developpementdurable/11869>].

ARNAULD DE SARTRE X., CASTRO M., CHARTIER D., « Du MEA à Rio +20 : déploiement et usages de la notion de services écosystémiques », in ARNAULD DE SARTRE X., CASTRO M., DUFOUR S., OSZWALD J. (dir.), *Political ecology des services écosystémiques*, Peter Lang, 2014, pp. 85-116.

AUBERTIN C., PINTO F., « Compenser plutôt que reconquérir », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 127-128.

AZNAR O. et al., « Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux », in MÉRAL P., PESCHE D., (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, pp. 201-202.

AZNAR O., PERRIER-CORNET Ph., « Les services environnementaux dans les espaces ruraux. Une approche par l'économie des services », *Économie rurale*, n° 273-274, 2003, pp. 153-168.

AZNAR O., GUÉRIN M., PERRIER-CORNET Ph., « Agriculture de services, services environnementaux et politiques publiques : éléments d'analyse économique », *Revue d'Économie Régionale & Urbaine*, 2007/4, pp. 573-587.

BACACHE-BEAUVALLET M., « Marché et droit : la logique économique du droit de l'environnement », *Pouvoirs*, vol. 127, n° 4, 2008, pp. 35-47.

BARNAUD G., « La restauration écologique des zones humides, une longue saga », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 191-200.

BARRAQUÉ B., « Le ministère de l'environnement et les Agences de l'eau », in LASCOUMES P. (dir.), *Instituer l'environnement. Vingt-cinq ans d'administration de l'environnement*, L'Harmattan, 1999, pp. 103-127.

BARRÉ M., THIÉVENT Ph., « Modalités de la compensation des impacts sur la biodiversité en forêt », *Revue Forestière Française*, n° 3, 2012, pp. 257-262.

BARTHOD C., « La multifonctionnalité des forêts entre discours et pratiques : illusion ou réalité à assumer ? », *Revue Forestière Française*, n° 5, 2015, pp. 293-319.

BAS A. et al.

- « Habitat Equivalency Analysis. Estimation de l'équivalence écologique sur la base des services et ressources rendus par l'habitat », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 224-235.

- « Méthodes d'équivalence et compensation du dommage environnemental », *Revue d'économie politique*, vol. 123, 1/2013, pp. 127-157.

BAUDRY J., « Paiement pour services environnementaux : un point de vue d'écologue », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 343-351.

BAYLIS K. et al., « Agri-environmental policies in the EU and United States: A comparison », *Ecological Economics*, 65, 2008, pp. 753-764.

BAZIN G., « La PAC contre la multifonctionnalité ? », *Économie rurale*, 2003, n° 273-274, pp. 236-242.

BERGANDI D., BLANDIN P., « De la protection de la nature au développement durable : Genèse d'un oxymore éthique et politique », *Revue d'histoire des sciences*, 2012/1 (Tome 65), pp. 103-142.

BERGANDI D., GALANGAU-QUÉRAT F., « Le développement durable : Les racines environnementalistes d'un paradigme », *ASTER*, 46, 2008, pp. 31-46.

BŒUF G., « Un "capital naturel" ? La vision d'un biologiste », in MONNOYER-SMITH L., (dir.), *Nature et richesse et des nations*, Revue du CGDD, 2015, pp. 27-31.

BOISVERT V.

- « Conclusion. Quel capitalisme pour la biodiversité ? », in THOMAS F., BOISVERT V. (dir.), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, pp. 247 à 261.

- « La compensation écologique : marché ou marchandage ? », *RIDE*, 2015/2, pp. 183-209.

- « Les services écosystémiques : un nouveau concept ? », in THOMAS F., BOISVERT V. (dir.), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, pp. 215-229.

BOISVERT V., CARON A., RODARY E., « Privatiser pour conserver ? Petits arrangements de la nouvelle économie des ressources avec la réalité », *Revue Tiers Monde*, vol. 177, n° 1, 2004, pp. 61-83.

BONIN M., ANTONA M., « Généalogie scientifique et mise en politique des services écosystémiques et services environnementaux », *VertigO*, Vol. 13 n° 3, déc. 2012, 11 p., en ligne [<http://vertigo.revues.org/13147>].

BONNAL Ph., BONIN M., AZNAR O., « Les évolutions inversées de la multifonctionnalité de l'agriculture et des services environnementaux », *Vertigo*, Vol. 12, n° 3, déc. 2012, *en ligne* [<http://journals.openedition.org/vertigo/12882>].

BONNEUIL C., « Une nature liquide ? Les discours de la biodiversité dans le nouvel esprit du capitalisme », in THOMAS F., BOISVERT V. (dir.), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, pp. 193 à 213.

BOSI S., EUZEN A., « Introduction », in BOSI S., EUZEN A. (coord.), *Droit, écologie et économie de la biodiversité*, Les Cahiers Prospectives CNRS, 2015, pp. 5-6.

BOUTILLIER S., « Les économistes et l'écologie, enseignements historiques », *Innovations*, vol. 18, n° 2, 2003, pp. 139-165.

CALVET C. et al., « La réserve d'actifs naturels. Une nouvelle forme d'organisation pour la préservation de la biodiversité ? », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 139-156.

CALVET C., SALLES J.-M., « Entre intégrité écologique et efficacité économique : analyse d'une politique d'absence de perte nette écologique », *RJE*, 3/2019, pp. 517-529.

CARDWELL M., « L'expérience des "droits à produire" et de leur patrimonialité comme source de réflexion pour les paiements pour services environnementaux », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 265-277.

CHAN K., « When agenda collide : human welfare and biological conservation », *Conservation Biology*, n° 21, 2007, pp. 59-68.

CHARLES-LE BIHAN D., « Les paiements pour services environnementaux dans la politique agricole commune : quelle dimension territoriale ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 247-263.

CHERVIER C., MILLET AMRANI S., MÉRAL Ph., « Les apports de l'économie institutionnelle à l'analyse des dispositifs de paiements pour services environnementaux : État des lieux et perspectives », in *Développement durable et territoires*, Vol. 7 n° 1, Avril 2016, 20 p., *en ligne* [<http://developpementdurable.revues.org/11280>].

CHEVASSUS-AU-LOUIS B., PIRARD R., « Les services écosystémiques des forêts et leur rémunération éventuelle », *Revue forestière française*, n° 5, 2011, pp. 579-599.

COASE R., « The Problem of Social Cost », *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, Oct., 1960, pp. 1-44.

COSTANZA R. et al., « The value of the world's ecosystem services and natural capital », *Nature*, 387, 1997, pp. 253-260.

COSTANZA R., DALY H. E., « Natural Capital and Sustainable Development », *Conservation Biology*, Vol. 6, n° 1, 1992, pp. 37-46.

DALY H. E., « Operationalizing sustainable development by investing in natural capital », in JANSSON A.M. et al., *Investing in Natural Capital: The Ecological Economics Approach to Sustainability*, International Society for Ecological Economics, éd. Island Press, 1994, pp. 22-37.

DEVICTOR V., « La compensation écologique : fondements épistémiques et reconfigurations technoscientifiques », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 136-149.

DREYER R., LANDMANN G., « Les services écosystémiques rendus par les forêts : une préface », *Revue forestière française*, 3/2012, pp. 209-2011.

DUPRAZ P., MAHÉ L.-P., THOMAS A., « Paiements pour services environnementaux, biens publics et fédéralisme fiscal : enjeux pour la politique agricole commune », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 207-245.

DUTOIT T. et al., « Regards d'écologue sur le premier site naturel de compensation français », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 215-222.

EHRlich P.R., MOONEY H.A., « Extinction, substitution, and ecosystem services », *BioScience*, 33, 1983, pp. 248-254.

EHRlich P.R., WILSON O., « Biodiversity Studies - Science and Policy », *Science*, 253, 5021, 1991, pp. 758-762.

FACHINI F., GARELLO P., « Solution de laisser faire et avenir de la Politique Agricole Commune (PAC) après 2013 », in FALQUE M., LAMOTTE H. (eds.), *Ressources agricoles et forestières. Droit de propriété, économie et environnement*, Bruylant, 2014, pp. 85-105.

FARLEY J., COSTANZA R., « Payments for ecosystem services: From local to global », *Ecological Economics*, n° 69, 2010, pp. 2060-2068.

FOYER J. et al., « Chapitre 9. Néolibéraliser sans marchandiser ? La bioprospection et les mécanismes REDD dans l'économie de la promesse », in COMPAGNON D. (éd.), *Les politiques de biodiversité*, Presses de Sciences Po, 2017, pp. 225-249.

FROGER G. et al.

- « Regards croisés de l'économie sur les services écosystémiques et environnementaux », *Vertigo*, Vol. 12, n° 3, déc. 2012, 26 p., en ligne [<http://journals.openedition.org/vertigo/12900>].

- « Qu'est-ce que l'économie écologique ? », *L'Économie politique*, vol. 69, n° 1, 2016, pp. 8-23.

GOBERT J., « Mesures compensatoires socio-environnementales et acceptation sociale », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 34-44.

GROLLEAU G., MZOUGHJI N., THIÉBAUT L., « Les instruments volontaires : Un nouveau mode de régulation de l'environnement ? », *RIDE*, n° 4, 2004, pp. 461-481.

GUYOT-TÉPHANY J., PERRIN J.-A., « Potentialités et limites de la notion de capital environnemental au regard de la crise environnementale contemporaine », *Vertigo*, Hors-série 29, mars 2018, *en ligne* [<http://journals.openedition.org/vertigo/19050>].

HARDIN G., « The Tragedy of the Commons », *Science*, 13 déc. 1968, Vol. 162, Issue 3859, pp. 1243-1248.

HASSAN F. et al., « Le cadre de gouvernance américain des mesures compensatoires pour les zones humides », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 45-57.

HAY J.

- « Compensation en nature des dommages accidentels. Rapprochements et divergences entre les régimes français et américain », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 66-77.
- « La réparation de la nature et quelques-uns de ses enjeux du point de vue de l'évaluation des atteintes écologiques », *RJE*, 4/2017, pp. 629-636.

HÉRIARD-DUBREUIL G., DEWOGHÉLAËRE J., « Biodiversité et long terme : un défi pour la gouvernance », *Vraiment durable*, vol. 5/ 6, n° 1, 2014, pp. 57-69.

HERMITTE M.-A., « Le droit est un autre monde », *Enquête*, 7, 1999, 16 p., *en ligne* [<http://enquete.revues.org/1553>].

HOUGH P., ROBERTSON M., « Mitigation under Section 404 of the Clean Water Act: where it comes from, what it means », *Wetlands Ecology and Management*, 17, Feb. 2009, pp. 15-33.

HRABANSKI M., « Du national à l'international : l'émergence d'un "nouveau" instrument de politique publique, les paiements pour services environnementaux (PSE) », *NSS*, vol. 23, 3/2015, pp. 234-243.

HRABANSKI M. et al., « La diffusion de la notion de service écosystémique au Costa Rica, en France, à Madagascar, au Brésil et au Cambodge », in MÉRAL P., PESCHE D., (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, pp. 161-180.

HUGON Ph., « Les Frontières de l'ordre concurrentiel et du marché : les Biens Publics Mondiaux et les patrimoines communs », *Géographie, économie, société*, Vol. 6, 2004/3, pp. 265 à 290.

HUMBERT G., LEVEUVRE J.-C., « À chacun son patrimoine ou patrimoine commun ? » in JOLLIVET M. (dir), *Sciences de la nature, sciences de la société : Les passeurs de frontières*, CNRS Éditions, 1992, note n° 12, *en ligne* [<http://books.openedition.org/editionscnrs/4193>].

KARSENTY A.

- « De la nature des "paiements pour services environnementaux" », *Revue du MAUSS*, n° 42, 2013/2, pp. 261-270.

- *La forêt tropicale, le mécanisme REDD et les paiements pour services environnementaux, Regards et débats sur la biodiversité*, SFE, Regard n° 12, 21 fév. 2011, en ligne [<https://www.sfecologie.org/regard/regards-r12-karsenty/>].
- « Les paiements pour services environnementaux dans les pays en développement : compenser ou récompenser ? », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 79-100.
- « Paiements pour services environnementaux et développement : coupler incitation à la conservation et investissement », *Perspective n° 7*, janvier 2011, Cirad, 4 p.

KARSENTY A., EZZINE DE BLAS D., « Du mésusage des métaphores. Les paiements pour services environnementaux sont-ils des instruments de marchandisation de la nature ? », in HALPERN Ch., LASCOUMES P., LE GALÈS P. (dir.), *L'instrumentation de l'action publique - Controverses, résistances, effets*, Sciences Po, 2014, pp. 161-189.

KARSENTY A., WEBER J., « Les marchés de droits pour la gestion de l'environnement. Introduction générale », *Revue Tiers Monde*, vol. 177, n° 1, 2004, pp. 7-28.

KLEIJN D. et al., « Delivery of crop pollination services is an insufficient argument for wild pollinator conservation », *Nature communications*, 6, 2015, pp. 1-8.

KROLL J.-C., BARJOLLE D., JOUEN M., « Politiques agricoles et de développement rural. Comparaisons entre la Suisse et la France », *Économie rurale*, n° 315, 2010, en ligne [<http://journals.openedition.org/economierurale/2535>].

LAFON X., « La notion de service écosystémique : Incrire la contribution de l'environnement dans les processus de décision », Support de l'intervention réalisée au pôle littoral du CGEDD, 15 déc. 2010, 11 p.

LATUNE J., LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., « Où en est la France en matière de compensation écologique ? », *Cybergeo : European Journal of Geography*, Environnement, Nature, Paysage, doc. 918, 5 nov. 2019, en ligne : URL : <http://journals.openedition.org/cybergeo/33228>.

LE COQ J.-F., MÉRAL Ph., « Les paiements pour services environnementaux », *Repères pour l'action*, fiche n° 6, SERENA, 2013, 8 p.

LE COQ J.-F., MÉRAL Ph., FROGER G., CHERVIER C., « Les paiements pour services environnementaux ou écosystémiques », in MÉRAL Ph., PESCHE D. (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, pp. 183-200.

LE COQ J.-F. et al.

- « La mise en politique des services environnementaux : la genèse du Programme de paiements pour services environnementaux au Costa Rica », *VertigO*, vol. 12, n° 3, déc. 2012, en ligne [<http://journals.openedition.org/vertigo/12920>].
- « Les paiements pour services environnementaux ou écosystémiques », in MÉRAL P., PESCHE D., (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, pp. 183-200

LEHMANN B., STUCKI E., « Les paiements directs, instrument central de la politique agricole suisse », *Économie rurale*, n° 241, 1997, pp. 34-42.

LEVREL H., SCEMAMA P., VAISSIÈRE A.-C., « Risques associés aux banques de compensation et adaptations des régulateurs aux États-Unis », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 128-138.

LEVREL H., MISSEMER A., « La mise en économie de la nature, contrepoints historiques et contemporains », *Revue Economique*, n° 70, 2019, pp. 97-122.

LEVREL H., JONES C., « La compensation écologique : risques, opportunités et apport de l'ingénierie écologique. Le point de vue de deux scientifiques », in MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, *Biodiv'2050*, n° 3, mai 2014, pp. 4-7.

LEVREL H. et al., « Application de la séquence éviter-réduire-compenser en France : le principe d'additionnalité mis à mal par 5 dérives », *Vertigo*, vol. 18, n° 2, sept. 2018, 24 p., en ligne : [<http://journals.openedition.org/vertigo/20619>].

LOREAU M., « Biodiversity and Ecosystem functioning : recent theoretical advances », *Oikos*, 91, 2000, pp. 3-17.

MADÉLIN V.

- « La rémunération des externalités positives », *Économie rurale*, n° 220-221, 1994, pp. 209-214.
- « La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture », *Économie & prévision*, n° 117-118, 1995, pp. 77-88.

MARIS V.

- « De la nature aux services écosystémiques, une commodification de la biodiversité », in *Quelle(s) valeur(s) pour la biodiversité*, Ecorev, 2011, n° 38, en ligne [<https://ecorev.org/spip.php?article1002>].
- « Le capital naturel, une image réduite des valeurs de la nature et des politiques environnementales », in MONNOYER-SMITH L. (dir.), *Nature et richesse et des nations*, Revue du CGDD, 2015, pp. 33-40.
- « Les valeurs en question », in ROCHE P., GEIJZENDORFFER I., LEVREL A., MARIS V. (dir.), *Valeurs de la biodiversité et services écosystémiques. Perspectives interdisciplinaires*, Quæ, 2016, pp. 21-38.

MARIS V., REVÉRET J.-P., « Les limites de l'évaluation économique de la biodiversité », *Cahiers de l'éthique : la revue du CREUM*, 2009, vol. 4, n° 1, pp. 52-66.

MÉRAL Ph., « Le concept de service écosystémique en économie : origine et tendances récentes », *NSS*, vol. 20, n° 1, 2012, p. 5.

MÉRAL Ph., PESCHE D., « Introduction », in MÉRAL P., PESCHE D. (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, pp. 15-34.

MILIAN J., RODARY E., « La conservation de la biodiversité par les outils de priorisation. Entre souci d'efficacité écologique et marchandisation », *Revue Tiers Monde*, 2010/2 (n° 202), Armand Colin, pp. 33-56.

MOLLARD A. et al., « Les aménités environnementales : quelle contribution au développement des territoires ruraux? », *Vertigo*, Hors-série 20, déc. 2014, en ligne, [<http://journals.openedition.org/vertigo/15235>].

MOUNIER B. et al., « La compensation écologique : le point de vue des Conservatoires d'espaces naturels. Propos recueillis par Xavier Arnauld de Sartre », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 223-229.

MURADIAN R. and al., « Reconciling theory and practice: An alternative conceptual framework for understanding payments for environmental services », *Ecological Economics*, 69 (6), 2010, pp. 1202-1208.

PARANCE B., « La protection de la biodiversité. Entre protection et accès », in PARANCE B., DE SAINT VICTOR J. (dir.), *Repenser les biens communs*, CNRS Éditions, 2014, pp. 225-240.

PELLEGRIN C., SABATIER R., NAPOLÉONE C., DUTOIT T., « Une définition opérationnelle de la nature ordinaire adaptée à la compensation écologique. Le cas contrasté des régions Centre, Champagne-Ardenne et Paca », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 170-188.

PESCHE D. et al., « Dynamique des dispositifs de paiements pour services environnementaux : les apports de l'analyse des politiques Publiques », in *Développement durable et territoires*, Vol. 7, n° 1, Avril 2016, 17 p., en ligne [<http://developpementdurable.revues.org/11233>].

PESCHE D., LE COQ J.-F., « Informations et jeux d'acteurs autour d'une politique environnementale : le cas du programme de paiements pour services environnementaux au Costa Rica », in *Développement durable et territoires*, Vol. 7, n° 1, Avril 2016, 17 p., en ligne [<http://developpementdurable.revues.org/11241>].

PETIT O., VIVIEN F.-D., « Peut-on faire l'économie des économistes ? », *NSS*, vol. 24, n° 3, 2016, pp. 201-202.

PETITIMBERT R.

- « La compensation comme instrument de management du vivant. Un point de vue depuis la science politique », *RJE*, 4/2017, pp. 659 à 669.
- « La professionnalisation des consultants de la compensation : traductions instrumentales et enjeux de légitimation », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 203-214.
- « Quantifier pour manager. L'émergence des paiements pour services environnementaux au sein des politiques publiques environnementales françaises », *Développement durable et territoires*, Vol. 7, n° 1, avril 2016, 20 p., en ligne [<http://developpementdurable.revues.org/11203>].

PIOCH S., BARNAUD G., COÏC B., « Méthodes de dimensionnement des mesures, in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 220-223.

PIRARD R., BILLÉ R., « Paiements pour services environnementaux – de la théorie à la pratique en Indonésie », Vol. 11, n° 1, mai 2011, 27 p., en ligne, [<http://journals.openedition.org/vertigo/10746>].

POTTIER A., « La nature dans l'analyse économique – perspective historique », in MONNOYER-SMITH L., (dir.), *Nature et richesse et des nations*, Revue du CGDD, 2015, pp. 53-60.

PREVOST B., RIVAUD A., MICHELOT A., « Économie politique des services écosystémiques : de l'analyse économique aux évolutions juridiques », *Revue de la régulation*, n° 19, 1^{er} semestre 2016, en ligne, [<http://journals.openedition.org/regulation/11848>].

PUYDARRIEUX P., « Préface », in MÉRAL P., PESCHE D. (coord.), *Les services écosystémiques. Repenser les relations nature et société*, Quæ, 2016, pp. 7-10.

QUÉTIER F. et al.

- « Enjeux de l'équivalence écologique pour la conception et le dimensionnement de mesures compensatoires d'impact sur la biodiversité et les milieux naturels », *Science Eaux et Territoire*, 2012, pp. 1-7.

- « Les contours flous de la doctrine éviter-réduire-compenser de 2012 », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 25-33.

RAFFIN J.-P., « De la protection de la nature à la gouvernance de la biodiversité », *Ecologie & politique*, vol. 30, n° 1, 2005, pp. 97-109.

RANKOVIC A., PACTEAU C., ABBADIE L., « Services écosystémiques et adaptation urbaine interscalaire au changement climatique : un essai d'articulation », *Vertigo*, Hors-série 12, mai 2012, 27 p., en ligne [<http://vertigo.revues.org/11851>].

REGNERY B., « Enjeux de mise en œuvre des mesures compensatoires : l'exemple du projet ITER », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 172-181.

ROUSSEAUX S., « L'emprise de la logique marchande sur la promotion des énergies renouvelables au niveau communautaire », *RIDE*, 2005/3, pp. 231-250.

SALLES J.-M., « Analyse économique du dispositif juridique », in MALJEAN-DUBOIS S. (dir.), *L'outil économique en droit international et européen de l'environnement*, La documentation française, 2002, pp. 201-226.

SALLES J.-M., « Évaluer la biodiversité et les services écosystémiques : pourquoi, comment et avec quels résultats ? », *NSS*, vol. 18, n° 4, déc. 2010, pp. 414-423.

SANCHEZ-CHAVES O., NAVARRETE-CHACON G., « La experiencia de Costa Rica en el pago por servicios ambientales: 20 años de lecciones aprendidas », *Revista De Ciencias Ambientales*, 51(2), Julio-Diciembre 2017, pp. 195-214.

SANSILVESTRI R. et al., « Intégrer le facteur climatique dans la compensation écologique. L'exemple des systèmes forestiers », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J.,

MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 182-190.

SCEMAMA P. et al., « Analyse spatio-temporelle du marché de la compensation des zones humides aux États-Unis », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 102-115.

SCEMAMA P., KERMAGORET C., LEVREL H., VAISSIÈRE A.-C., « L'économie néo-institutionnelle comme cadre de recherche pour questionner l'efficacité de la compensation écologique », *NSS*, vol. 26, n° 2, 2018, pp. 150-158.

SCHWARZ M.-W., « Linking biodiversity to ecosystem function: Implications for conservation biology », *Oecologia*, 122, 2000, pp. 297-305.

SRIVASTAVA D.-S., VELLEND M., « Biodiversity-Ecosystem function research: is it relevant to conservation ? », *Annual Review of Ecology, Evolution, and Systematics*, 36, 2005, pp. 267-294.

STAPLEFORD J., « Wetlands Mitigation: Retroactive Application of Clean Water Act Requirements to Property Destroyed by Natural Disasters », *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, Vol. 31 issue 3, art. 7, 2007, pp. 861-891.

STENGER A., « Vers le paiement des services environnementaux ? Coase encore et toujours... », *Revue forestière française*, 2012, n° 3, pp. 225-233.

TEN BRINK P., « Qu'est-ce que le capital naturel ? », in MONNOYER-SMITH L., (dir.), *Nature et richesse des nations*, La Revue du CGDD, 2015, pp. 43-52.

TEYSSÈDRE A., LANDMANN G., VOREUX C., « Les services écosystémiques, entre exploration du fonctionnement des écosystèmes et monétarisation », *Revue forestière française*, 3/2012, pp. 409-415.

THÉVENOT G., « Utilisation durable des pesticides : quel rôle pour les paiements pour services environnementaux », in LANGLAIS A. (dir.), *L'agriculture et les paiements pour services environnementaux. Quels questionnements juridiques ?*, PUR, 2019, pp. 409-425.

THIÉVENT Ph., « La pratique de la compensation écologique », *EEI*, n° 6, juin 2017, dossier 7, pp. 17-20.

THOMAS F., « Introduction. Le pouvoir de la biodiversité », in THOMAS F., BOISVERT V. (dir.), *Le pouvoir de la biodiversité. Néolibéralisation de la nature dans les pays émergents*, Quæ, 2015, pp. 9 à 40.

TOMMASI G., RICHARD F., SAUMON G., « Introduction – Le capital environnemental pour penser les dynamiques socio-environnementales des espaces emblématiques », *Norois*, 243, 2017/2, pp. 7-15.

TORDJMAN H., BOISVERT V., « L'idéologie marchande au service de la biodiversité ? », *Mouvements*, 2012/2 n° 70, pp. 31-42.

ULMANN L., « La prime à l'herbe, une aide à l'agriculture fonctionnelle ? », in BARTHÉLÉMY D., DELORME H., LOSCH B., MOREDDU C., NIEDDU M. (dir.), *La multifonctionnalité de l'activité agricole et sa reconnaissance par les politiques publiques*, Quæ, 2003, pp. 337-354.

VAISSIÈRE A.-C., LEVREL H., SCEMAMA P., « Les banques de compensation aux États-Unis. Une nouvelle forme organisationnelle et institutionnelle basée sur le marché ? », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 116-127.

VALETTE E. et al., « Émergence de la notion de service environnemental dans les politiques agricoles en France : l'ébauche d'un changement de paradigme ? », *Vertigo*, Vol. 12, n° 3, déc. 2012, 19 p., *en ligne* [<http://journals.openedition.org/vertigo/12925>].

VERON F., « Rémunérations liées à l'entretien de la nature », *Économie rurale*, 1994, 220-221, pp. 215-217.

VIVIEN F.-D., « Pour une économie patrimoniale des ressources naturelles et de l'environnement », *Mondes en développement*, n° 145, 2009/1, pp. 17-28.

WACKEMAGEL M., REES W. E., « Perceptual and structural barriers to investing in natural capital: Economics from an ecological footprint perspective », *Ecological Economics*, n° 20, 1997, pp. 3-24.

WALTER C., BISPO A., CHENU C., LANGLAIS A., SCHWARTZ C., « Les services écosystémiques des sols : du concept à sa valorisation », *Cahiers Demeter*, n° 15, 2015, pp. 73-90.

WEBER J.-L.

- « Écologie et statistique : les comptes du patrimoine naturel », *Journal de la société de statistique de Paris*, t. 128, 1987, pp. 137-162.

- « Le patrimoine naturel », in COMMISSION INTERMINISTÉRIELLE DES COMPTES DU PATRIMOINE NATUREL, MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES, *Les Comptes du patrimoine naturel*, Les collections de l'INSEE, n° 535-536, série D, n° 137-138, déc. 1986, pp. 35-62.

WENDE W., BRUNS E., QUÉTIER F., « L'expérience allemande de la compensation écologique », in LEVREL H., FRASCARIA-LACOSTE N., HAY J., MARTIN G., PIOCH S. (dir.), *Restaurer la nature pour atténuer les impacts du développement. Analyse des mesures compensatoires pour la biodiversité*, Quæ, 2015, pp. 58-65.

WENDLING C., « Les instruments économiques au service des politiques environnementales », *Economie & prévision*, vol. 182, n° 1, 2008, pp. 147-154.

WESTMAN W.-E., « How much are Nature's services worth ? », *Science*, n° 197, 1977, pp. 960-964.

WOODSWORTH S., « Intégration de la biodiversité dans les processus de planification territoriale en Région Occitanie », *RJE*, 3/2019, pp. 531-534.

WUNDER S., « Payments for Environmental Services: Some Nuts and Bolts », Occasional paper n° 42, *CIFOR*, Bogor, 2005, 24 p.

WUNDER S., « Revisiting the concept of payments for environmental services », *Ecol. Econ.*, 2014, 10 p.

VI.- RAPPORTS, DOCUMENTS DE TRAVAIL ET ÉTUDES SCIENTIFIQUES

A.- RAPPORTS JURIDIQUES, PARLEMENTAIRES ET MINISTÉRIELS

ASSOCIATION DES PROFESSIONNELS DU CONTENTIEUX ÉCONOMIQUE ET FINANCIER, *La réparation du préjudice écologique en pratique*, APCEF, 51 p.

AUTORITÉ ENVIRONNEMENTALE.

- *Rapport annuel 2015*, 48 p.

- *Rapport annuel 2019*, préc., p. 11.

BASSIRE N., TUFFNELL F., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages*, Doc. AN n° 1096, 251 p.

BIGNON J., *Rapport sur le projet de loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages et sur la proposition de loi organique relative à la nomination à la présidence du conseil d'administration de l'Agence française pour la biodiversité*, Doc. Sénat n° 607, 8 juillet 2015, 602 p.

BROTTE F., *Rapport sur le projet de loi d'orientation sur la forêt*, Doc. AN n° 2417, 24 mai 2000, 231 p.

CARREZ G., *Examen de la seconde partie du projet de loi de finances : Moyens des politiques publiques et dispositions spéciales*, Doc. AN n° 1198, tome III, 16 oct. 2008, 601 p.

CEREMA, *Le bail rural à clauses environnementales et le paysage « agro-environnemental »*, juin 2015, 93 p.

CHEVASSUS-AU-LOUIS B., SALLES J.-M., PUJOL J.-L., *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes - Contribution à la décision publique*, Rapport du Centre d'analyse stratégique, La Documentation française, Avril 2009, 376 p.

COMITÉ POUR L'ÉCONOMIE VERTE., *Les instruments incitatifs pour la maîtrise de l'artificialisation des sols*, 2019, 94 p.

COMMISSARIAT GÉNÉRAL AU DÉVELOPPEMENT DURABLE.

- *Conservation et utilisation durable de la biodiversité : analyse des outils économiques*, Rapport de la Commission des comptes et de l'économie de l'environnement, Ministère de l'écologie, nov. 2010, 242 p.

- *Évaluation environnementale. Guide d'aide à la définition des mesures ERC*, Service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable, janv. 2018, 133 p.
- *Évaluation environnementale. Guide d'interprétation de la réforme du 3 août 2016*, août 2017, 47 p.
- *Guide de l'évaluation environnementale des documents d'urbanisme : Une démarche au service de la qualité des documents d'urbanisme*, nov. 2019, 51 p.
- *La compensation des atteintes à la biodiversité à l'étranger : étude de parangonnage*, Études et documents, n° 68, 2012, 132 p.
- *Pour une politique agricole durable en 2013. Principes, architecture et éléments financiers*, 2010, 17 p.

COMMISSION INTERMINISTÉRIELLE DES COMPTES DU PATRIMOINE NATUREL, MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ÉTUDES ÉCONOMIQUES, *Les Comptes du patrimoine naturel*, Les collections de l'INSEE, n° 535-536, série D, n° 137-138, déc. 1986, 552 p.

CONSEIL D'ÉTAT.

- *L'eau et son droit*, EDCE n° 61, 2010, 582 p.
- *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, La documentation française, EDCE n° 59, 2008, 398 p.
- *Le droit souple – étude annuelle 2013*, La documentation française, n° 64, 297 p.

COUR DES COMPTES, *Rapport public annuel 2015*, T. I, Vol. 1, 2015, 571 p.

COUR DES COMPTES EUROPÉENNE,

- *L'aide agro-environnementale est-elle conçue et gérée de manière satisfaisante ?*, Rapport spécial n° 7, 2011, 75 p.
- *Rapport spécial n° 3/2005 relatif au développement rural : la vérification des dépenses agroenvironnementales accompagné des réponses de la Commission*, JOUE n° C 279 du 11 nov. 2005, p. 1.

DANTEC R., *Rapport 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*, Doc. Sénat n° 517, 25 avril 2017, 226 p.

DELGOULET E., DUVAL L., LEPAY S., *Mesures agro-environnementales et paiements pour services environnementaux : regards croisés sur deux instruments*, Analyse, Centre d'étude et de prospective, n° 104, sept. 2017, 4 p.

DE MONTGOLFIER A., *Rapport général sur le projet de loi de finances, adopté par l'Assemblée nationale, pour 2020, Tome III. Les Moyens des politiques publiques et les dispositions spéciales*, Doc. Sénat n° 140, 21 nov. 2019, 114 p.

DIRECTION RÉGIONALE DE L'ENVIRONNEMENT PROVENCE-ALPES-CÔTE D'AZUR, *Rapport. Les mesures compensatoires pour la biodiversité. Principes et projet de mise en œuvre en Région PACA*, févr. 2009, 55 p.

DREAL Midi-Pyrénées, *Bilan bibliographique sur les méthodes de définition de l'équivalence écologique et des ratios des mesures compensatoires*, avril 2014, 43 p.

DUVAL L. et al.

- *Guide à destination des acteurs privés : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture. Étude réalisée pour le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation*, Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, déc. 2019, 65 p.
- *Guide à destination des collectivités territoriales : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture. Étude réalisée pour le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation*, Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, déc. 2019, 68 p.
- *Guide à destination des services de l'État et de ses opérateurs : déployer des paiements pour services environnementaux en agriculture. Étude réalisée pour le ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation*, Ministère de l'Agriculture et de l'Alimentation, déc. 2019, 42 p.
- *Paiements pour services environnementaux et méthodes d'évaluation économique. Enseignements pour les mesures agro-environnementales de la politique agricole commune. Étude réalisée pour le ministère en charge de l'agriculture. Rapport final*, Oréade-Brèche, juin 2016, 135 p.

EUROPEAN COMMISSION, *Mapping and Assessment of Ecosystems and their Services. An analytical framework for mapping and assessment of ecosystem condition in EU. Discussion paper – Final January 2018*, Office of the European Union, Luxembourg, 2018, 75 p.

FAO, *La situation mondiale de l'alimentation et de l'agriculture 2007. Payer les agriculteurs pour les services environnementaux*, Collection FAO, Agriculture n° 38, 2007, 240 p.

FÉTIVEAU J., KARSENTY A., GUINGAND A., CASTELLANET C., *Étude relative aux initiatives innovantes pour le financement de la biodiversité et l'identification des mécanismes à fort potentiel*, Ministère des affaires étrangères et du développement international, févr. 2014, 97 p.

FRANÇOIS P.

- *Rapport fait au nom de la commission des affaires économiques sur le projet de loi, adopté par l'Assemblée Nationale, d'orientation sur la forêt*, Doc. Sénat, n° 191, 17 janvier 2001, 231 p.
- *Rapport sur le projet de loi d'orientation sur la forêt*, Doc. Sénat n° 191, 17 janv. 2001, 452 p.

GAILLARD G., *Rapport de la mission d'information relative aux enjeux et aux outils d'une politique intégrée de conservation et de reconquête de la biodiversité, fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire*, Doc. AN n° 3313, 6 avril 2011, 172 p.

GAUBERT H., HUBERT S., *La loi responsabilité environnementale et ses méthodes d'équivalence – Guide méthodologique*, CGDD, Coll. Références, juill. 2012, 128 p.

GROUARD S., PANCHER B., *Rapport fait au nom de la commission du développement durable et de l'aménagement du territoire sur le projet de loi adopté par le Sénat, après déclaration d'urgence, portant engagement national pour l'environnement*, Doc. AN n° 2449, 9 avril 2010, 625 p.

HERNANDEZ-ZAKINE C., *Contractualiser pour produire de l'environnement et augmenter ses revenus*, Saf agr'iDées, déc. 2014, 24 p.

JÉGOUZO Y., *Pour la réparation du préjudice écologique*, 17 sept. 2013, 71 p.

KÄGI B., STALDER A., THOMMEN M., *Reconstitution et remplacement en protection de la nature et du paysage. La réglementation des atteintes en droit suisse*, Office fédéral de l'environnement, 2002, 123 p.

LAFFITTE P., SAUNIER C., *Rapport sur les apports de la science et de la technologie au développement durable, Tome II : « La biodiversité : l'autre choc ? l'autre chance ? »*, Doc. AN n° 501, Doc. Sénat n° 131, 12 déc. 2007, 192 pages.

MASSOL M., *Les dérogations espèces protégées - Analyse du contentieux*, DREAL Occitanie, 2020, 60 p.

MAUREL F., *Projet de caractérisation des fonctions écologiques des milieux en France*, CGDD, Études et documents, coll. Économie et évaluation, n° 20, mai 2010, 70 p.

MÉZARD J., *Rapport sur la proposition de loi de Mme Marie-Hélène DES ESGAULX, MM. Jean-Léonce DUPONT et Jacques MÉZARD portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes et sur la proposition de loi organique de Mme Marie-Hélène DES ESGAULX, MM. Jean-Léonce DUPONT et Jacques MÉZARD relative aux autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes*, Doc. Sénat n° 332, 27 janv. 2016, 226 p.

MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, CEREMA, *Obligations réelles environnementales (ORE). Fiche de Synthèse*, juin 2018, fiche 4, 21 p.

MINISTÈRE DE LA TRANSITION ÉCOLOGIQUE ET SOLIDAIRE, *Charte d'engagement des bureaux d'études dans le domaine de l'évaluation environnementale*, 11 mars 2020, 4 p.

MINISTÈRE DE L'ÉCOLOGIE, DU DÉVELOPPEMENT ET DE L'AMÉNAGEMENT DURABLES, SECRETARIAT D'ÉTAT À L'ÉCOLOGIE, *Préserver la biodiversité et les ressources naturelles. Rapport du Groupe 2 du Grenelle de l'environnement*, Ministère de l'écologie, du développement et de l'aménagement durables, 2007, 143 p.

MINISTÈRE DE L'ENVIRONNEMENT, DE L'ÉNERGIE ET DE LA MER, EN CHARGE DES RELATIONS INTERNATIONALES SUR LE CLIMAT, *Guide de lecture de la nomenclature des études d'impact (R. 122-2)*, févr. 2017, 67 p.

MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ, *Paiements pour Services Environnementaux : enjeux, vision des acteurs et perspectives en France. Réflexion commune entre France Nature Environnement et la Mission Economie de la Biodiversité*, Les cahiers de biodiv'2050, n° 9, sept. 2016, 21 p.

MÜLLER A., LEGENDRE T., LEMAÎTRE V., DARSEES O., *La séquence « éviter, réduire et compenser », un dispositif consolidé*, Théma, mars 2017, 4 p.

NUNGESSER R., *Rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la nature*, Doc. AN n° 1764, 18 juin 1975, 89 p.

ORÉADE-BRÈCHE, *Évaluation des mesures agroenvironnementales*, Rapport financé par la Commission européenne, 2005, 309 p.

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES.

- *Payer pour la biodiversité. Améliorer l'efficacité-coût des paiements pour services écosystémiques*, Éditions OCDE, 2011, 228 p.

- *Renforcer les mécanismes de financement de la biodiversité*, Éditions OCDE, 2014, 188 p.

PATRIAT F., *Rapport fait au nom de la commission de la production et des échanges sur le projet de loi d'orientation agricole (n° 977)*, Assemblée Nationale, n° 1058, 8 juillet 1998, 362 p.

PEIRO G., *Rapport fait au nom de la Commission des affaires économiques sur le projet de loi d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt (n° 1548)*, Doc. AN n° 1639, 13 déc. 2013, 849 p.

POMPILI B., SERMIER J.-M., *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2019-773 du 24 juillet 2019 portant création de l'Office français de la biodiversité, modifiant les missions des fédérations des chasseurs et renforçant la police de l'environnement*, Doc. AN n° 2734, 4 mars 2020, 43 p.

SOLAGRO, AGENCE DE L'EAU ADOUR-GARONNE, *Guide méthodologique et d'instruction 2020 pour la mise en place du PSE Adour-Garonne*, version 3 du 22 juillet 2020, 52 p.

UNTERMAIER J., JANIN P., *Le procédé de l'autorisation conditionnelle et la mise en œuvre des mesures de réduction, de suppression et de compensation des études d'impact. Rapport final*, Ministère de l'Environnement (Atelier central de l'environnement), févr. 1983, 154 p.

VALLON P., *Rapport sur le projet de loi relatif à la protection de la nature*, Doc. Sénat n° 293, 12 mai 1976, 71 p.

VERNIER J., *Moderniser l'évaluation environnementale*, mars 2015, 96 p.

WAHL T., THOMAS J., KRIEFF D., VANDERHEYDEN G., *Les aides d'État*, Rapport n° 2014-M-094-02, Inspection générale des finances, 2015, 30 p.

B.- AUTRES RAPPORTS, DOCUMENTS DE TRAVAIL ET ÉTUDES SCIENTIFIQUES

BALNY P. et al., *La rémunération des services environnementaux rendus par l'agriculture*, Prospective et Evaluation, document de travail n° 2, mars 2009, 25 p.

BAS A., GAUBERT H., *La directive « Responsabilité environnementale » et ses méthodes d'équivalence*, Études et documents du CGDD, n° 19, 2010, 172 p.

BAYON R., FOX J., CARROL N. (dir.), *Conservation and Biodiversity Banking: A Guide to Setting Up and Running Biodiversity Credit Trading System*, Earthscan, 2008, 322 p.

BIDAUD C., MÉRAL Ph., RODARY E., *Services écosystémiques et aires protégées*, Repères pour l'action, fiche n° 8, SERENA, 2013, 7 p.

BONIN M., ANTONA M., *Généalogie scientifique et mise en politique des SE (services écosystémiques et services environnementaux)*, Document de travail n° 2010-1, Programme Serena, 2010, 62 p.

BONIN M. et al., *Les mesures agri-environnementales favorisent-elles la fourniture de services écosystémiques ? Contribution de trois études de cas (Auvergne, Réunion, Guadeloupe)*, 7^{èmes} Journées de Recherche en Sciences Sociales, Angers, 2013, 24 p.

BOSI S., EUZEN A. (coord.), *Droit, écologie et économie de la biodiversité*, Les Cahiers Prospectives CNRS, 2015, 64 p.

BROUGHTON E., PIRARD R., *Instruments de marché pour la biodiversité : la réalité derrière les termes*, Analyse de l'IDDRI, n° 03/11, mai 2011, 50 p.

BUSINESS AND BIODIVERSITY OFFSETS PROGRAMME, *To No Net Loss and Beyond: An Overview of the Business and Biodiversity Offsets Programme (BBOP)*, Washington, D.C., 2012, 20 p.

CARDONA A., *L'introduction de la notion de « services écosystémiques » : pour un nouveau regard sur le sol ?*, 6^{ème} Journées de Recherches en Sciences Sociales, Toulouse, décembre 2012, 14 p.

CONSEIL ÉCONOMIQUE POUR LE DÉVELOPPEMENT DURABLE, *Les « PSE » : des rémunérations pour les services environnementaux*, note n° 17, 2010, 8 p.

COUVET D., *Compensation et infrastructures linéaires : stratégies et scénarios pour l'action (COMPILSA). La compensation face à ses limites écologiques et organisationnelles*, Rapport final d'activité, 24 février 2017, 125 p.

Évaluation des Écosystèmes pour le Millénaire (Millennium Ecosystems Assessment – MEA), *Rapport de synthèse sur l'Évaluation des Écosystèmes pour le Millénaire*, Island Press, Washington, DC, 2005.

HRABANSKI M., AZNAR O., VALETTE E. (dir.), *Les services écosystémiques et environnementaux en France métropolitaine et d'outre-mer : synthèse des travaux du programme SERENA*, Note de synthèse n° 2012-02, Programme Serena, 2012, 29 p.

HAMILTON L. S., *Les forêts et l'eau : Étude thématique préparée dans le cadre de l'Évaluation des ressources forestières mondiales 2005*, Étude FAO Forêts, n° 155, 2008, 93 p.

LABAT B. (coord.), *Droits réels au profit de la biodiversité : comment le droit peut-il contribuer à la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux ?*, Humanité et Biodiversité, Mission Économie de la Biodiversité, Fondation Nicolas Hulot pour la Nature et l'Homme, 2014, 63 p.

LEFEBVRE T., MONCORPS S., *Les espaces protégés français : une pluralité d'outils au service de la conservation de la biodiversité*, Comité français de l'UICN, Paris, France, 2010, 98 p.

LEVREL H., MISSEMER A., *L'économicisation de la nature, réalités historiques et mythes contemporains*, FAERE Working Paper, 24, 2016, 29 p.

L'ÉCONOMIE DES ÉCOSYSTÈMES ET DE LA BIODIVERSITÉ (The Economics of Ecosystems and Biodiversity – TEEB), *L'économie des écosystèmes et de la biodiversité pour les décideurs nationaux et internationaux. Résumé : Prendre en compte la valeur de la nature*, nov. 2009, 52 p.

LINIGER H. P. et al., *La pratique de la gestion durable des terres. Directives et bonnes pratiques en Afrique subsaharienne*, TerrAfrica, Panorama mondial des approches et technologies de conservation (WOCAT) et Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), 2011, 249 p.

MAYRAND K., PAQUIN M., *Le paiement pour les services environnementaux : étude et évaluation des systèmes actuels*, Unisfera International Centre, Commission de coopération environnementale de l'Amérique du nord, Montréal, 2004, 59 p.

MÉRAL Ph., *L'histoire du concept de services écosystémiques*, Repères pour l'action, fiche n° 2, SERENA, 2013, 7 p.

MISSION ÉCONOMIE DE LA BIODIVERSITÉ.

- « Les paiements pour services écosystémiques : des vertus du concept aux défis de la mise en œuvre », *Biodiv'2050*, n° 1, mai 2013, pp. 7-11.

- *Biodiv'2050*, n° 3, mai 2014, 19 p.

« Les Paiements pour Préservation des Services Ecosystémiques comme outil de conservation de la biodiversité. Cadres conceptuels et défis opérationnels pour l'action », *Les cahiers de biodiv'2050*, n° 1, févr. 2014, 26 p.

- « La compensation écologique à travers le monde : source d'inspiration ? », *Les cahiers de Biodiv'2050*, n° 10, déc. 2016, 39 p.

MORAL V., *Quelles stratégies régionales pour la biodiversité en France métropolitaine ?*, Comité français de l'UICN, Paris, France, 2011, 115 p.

OCDE.

- *Biodiversity Offsets. Effective Design and Implementation*, OECD Publishing, dec. 2016, 223 p.

- *Les approches volontaires dans les politiques de l'environnement : analyse et évaluation*, OCDE, 1999, 163 p.

- *L'évaluation monétaire des avantages des politiques de l'environnement*, Paris, 1989, 91 p.

- *Principes et concepts environnementaux*, OCDE/GD(95)124, Paris, 1995, 28 p.

- *Réforme de la politique agricole : nouvelles orientations, le rôle des paiements directs au revenu*, Paris, 1994, 217 p.

OMC, *Rapport sur le commerce mondial 2010. Le commerce des ressources naturelles*, Organisation Mondiale du Commerce, 2010, 252 p.

PECH M., JEGOU K., *Mise en œuvre des Paiements pour Services Environnementaux: Utilités d'un questionnaire juridico-économique ?*, Working Paper SMART – LERECO n° 19-02, 2019, 33 p.

PERROT-MAÎTRE D., *The Vittel payments for ecosystem services : a "perfect" PES case?*, International Institute for Environment and Development, London, UK, 2006, 24 p.

Study of Critical Environmental Problems (SCEP), *Man's Impact on the Global Environment: Assessment and Recommendations for Action*, Cambridge, MIT Press, 1970, 319 p.

The Economics of Ecosystems and Biodiversity (TEEB), *The Economics of Ecosystems and Biodiversity – An Interim Report*, French, May 2008, 64 p.

UICN France, *La compensation écologique : État des lieux et recommandations*, Paris, France, 2011, 43 p.

TABLE DE JURISPRUDENCE

1.- CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC, 17 janvier 1989, Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, n° 88-248 DC, Rec., p. 18.

CC, 19 déc. 2000, Loi de financement de la sécurité sociale pour 2001, n° 2000-437 DC.

CC, 6 déc. 2001, Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, n° 2001-452 DC.

CC, 25 oct. 2018, Loi pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous, n° 2018-771 DC.

CC, 3 avr. 2020, Union nationale des étudiants de France, n° 2020-834 QPC.

2.- TRIBUNAL DES CONFLITS

TC, 22 janv. 1921, Société commerciale de l'Ouest Africain, req. n° 00706, Rec. p. 91.

TC, 8 juill. 1963, Société entreprise Peyrot, req. n° 01804, Rec. p. 787.

TC, 21 mars 1983, Union des Assurances de Paris, req. n° 02256.

TC, 25 mars 1996, Préfet de la région Aquitaine, préfet de la Gironde, req. n° C 02991.

TC, 22 oct., 2007, Mlle Doucedame c/ Département des Bouches-du-Rhône, req. n° C3625, Rec. p. 607.

TC, 9 mars 2015, Rispal c/ Société Autoroutes du Sud de la France, req. n° C3984, Rec. p. 2015.

3.- COUR DE CASSATION

Cass. com., 26 mai 1987, req. n° 84-17.777, Publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, req. n° 93-15.150, Publié au bulletin.

Cass. civ. 1^{ère}, 6 juill. 2011, req. n° 10-23430.

4.- COUR D'APPEL

Cour d'appel de Pau, 10 sept. 2015, req. n° 15/03289.

5.- CONSEIL D'ÉTAT

CE, 6 déc. 1907, Deplanque, req. n° 04244 et s., Rec. p. 513.

CE, 4 mars 1910, Théron, req. n° 29373, Rec. p. 193.

CE, 31 juillet 1912, Société des granits porphyroïdes des Vosges, req. n° 30701, Rec. p. 909.

CE, 27 juill. 1932, Léonard, Rec. p. 799.

CE, 13 mai 1938, Caisse primaire « Aide et protection », req. n° 57302, Rec. p. 417.

CE, 2 avr. 1956, Époux Bertin et Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard, req. n° 98637, Rec. p. 168.

CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, req. n° 32401, Rec., p. 246.

CE, 28 juin 1963, Sieur Narcy, req. n° 43834, Rec. p. 401.
CE, 13 déc. 1963, Syndicat des praticiens de l'art dentaire du nord et Merlin, req. n° 53973, Rec. p. 623.
CE, 2 févr. 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, req. n° 34027, Rec. p. 33.
CE, 11 mai 1990, Bureau d'aide social de Blénod-Lès-Ponts à Mousson c/ O.P.H.L.M. de Meurthe et Moselle, req. n° 60247.
CE, 20 juillet 1990, Ville de Melun, req. n° 69867 et 72160, Rec. p. 220.
CE, 15 mai 1991, Association des Girondins de Bordeaux Football Club, req. n° 124067, Rec. p. 179.
CE, 3 nov. 1997, Société Yonne Funéraire, Société Intermarbres, Société Million et Marais, req. n° 169907, Rec. p. 406.
CE, 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris, req. n° 275531, Rec. p. 272.
CE, 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés (A.P.R.E.I.), req. n° 264541, Rec. p. 92.
CE, 14 oct. 2011, Société Ocréal, req. n° 323257.
CE, 23 déc. 2011, Danthony et autres, req. n° 335033, Rec. p. 649.
CE, 20 oct. 2017, Office national des forêts, req. n° 400122.
CE, 6 déc. 2017, req. n° 400559.
CE, 8 déc. 2017, Fédération Allier Nature, req. n° 404391.
CE, 21 févr. 2018, Office national des forêts, req. n° 410678.
CE, 9 juill. 2018, req. n° 410917.
CE, 21 nov. 2018, SNC Roybon Cottages, req. n° 408175.
CE, 13 mars 2019, req. n° 414930.
CE, 24 juillet 2019, « Val Tolosa », req. n° 414353.
CE, 9 oct. 2019, Associations France Nature Environnement et Guyane Nature Environnement req. n° 420804.
CE, 3 juin 2020, Ministre de la Transition écologique et solidaire c/ Société provençale, req. n° 425395, n° 425399 et n° 426536.
CE, 17 juin 2020, SNC Roybon Cottages, req. n° 438062.

6.- COURS ADMINISTRATIVES D'APPEL

CAA de Douai, 13 avril 2006, Association de chasse sur le domaine public maritime de la Baie de Seine et du pays de Caux, req. n° 05DA00582.
CAA de Nancy, 12 juin 2014, req. n° 13NC00244.
CAA de Douai, 15 octobre 2015, req. 14DA02064.
CAA de Lyon 18 oct. 2016, req. n° 14LY01848.
CAA de Nantes, 14 novembre 2016, req. n° 15NT02883.
CAA de Lyon, 16 déc. 2016, req. n° 15LY03104, 15LY03144.
CAA de Lyon, 21 mai 2019, req. n° 18LY04149.
CAA de BORDEAUX, 12 déc. 2019, req. n° 18BX02166, 18BX02180, 18BX02368.

7.- TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

TA de Lyon, 1^{er} oct. 2005, Commune de Sainte-Catherine et autres, req. n° 0506497
TA de Besançon, 26 mai 2011, CPEPESC, req. n° 1001096.
TA de Grenoble, 16 juill. 2015, UR FRAPNA et autres, req. n° 1400678, 1406933 et 1501820.
TA de Montreuil, 15 nov. 2019, req. n° 1902037.

ENTRETIENS

Entretien réalisé le 31 janvier 2020 auprès de M. Jean-Marc Valet, Chef d'unité évaluations environnementales et économie de l'environnement (EEEE) au Centre d'études et d'expertise sur les risques, l'environnement, la mobilité et l'aménagement Centre-Est (CEREMA Centre-Est).

Entretien réalisé le 6 mai 2020 auprès de M. Gabriel Ullmann, docteur-ingénieur, docteur en droit, ancien commissaire enquêteur, expert judiciaire pour les questions d'environnement.

Entretien réalisé le 15 mai 2020 auprès de Me. Emmanuel Wormser, Avocat au barreau de Lyon.

Entretien réalisé le 25 mai 2020 auprès de Mme Kristell Labous, Consultante en charge du développement des services environnementaux dans le cadre du projet « EPITERRE. Des services environnementaux pour nos territoires ».

Entretien réalisé le 23 juin 2020 auprès de Mme Caroline Folliet, Cheffe de projet à la Caisse des Dépôts et Consignations – Biodiversité (CDC – Biodiversité).

Entretien réalisé le 17 juillet 2020 auprès de M. Alexandre Bacher, Expert Biodiversité auprès de l'Agence de l'eau Rhône-Méditerranée-Corse (RMC).

Entretien réalisé le 20 août 2020 auprès de Mme Nathalie Marty, Chargé d'étude Service Agriculture, Milieux aquatique et Inondations auprès de Agence de l'eau Adour-Garonne.

Entretien réalisé le 14 septembre 2020 auprès de M. Eric Bruyère, Gérant de la société d'expertises et de conseils REFLEX Environnement.

Entretien réalisé le 24 septembre 2020 auprès de Me. Thibault Soleilhac, Avocat au barreau de Lyon, Président d'Hélios Fiducie.

ANNEXES



CONTRAT DE LOCATION DE COLONIES D'ABEILLES POUR LA POLLINISATION EN ARBORICULTURE*

Contractants :

Le présent contrat est signé entre :

L'apiculteur pollinisateur :

Raison sociale
 Nom
 Prénom
 Adresse

 Code Postal
 Ville
 Tél. Fixe
 Tél. Portable
 E-mail
 N° de SIRET

L'arboriculteur :

Raison sociale
 Nom
 Prénom
 Adresse

 Code Postal
 Ville
 Tél. Fixe
 Tél. Portable
 E-mail
 N° de SIRET

Objet du contrat

Ce contrat définit les conditions de location de colonies pour la campagne de pollinisation en cours. Il vaut pour la culture de

type de ruches	surface (ha)	nombre de colonies / ha	nbre total de colonies	tarif unitaire	montant (ht)
montant total (ht)					
taux de tva appliqué %			montant de la tva		
total ttc					

Caractéristiques de la pollinisation :

La durée de dépôt des colonies est définie en fonction de l'objectif visé par l'arboriculteur en coordination avec son technicien.

Pour le présent contrat, les conditions sont les suivantes

Date approximative d'apport des colonies | Date approximative de retrait des colonies

La qualité de la pollinisation des arbres fruitiers dépendant de la bonne synchronisation entre l'apport des ruches et le début de la floraison.

L'apiculteur s'engage à livrer les colonies à la date convenue, avec une tolérance de plus ou moins 24 heures.

L'arboriculteur devra prendre contact avec l'apiculteur au moins 6 jours avant la date de pose estimée. Ensemble, ils définiront le jour idéal de pose.

*A utiliser à défaut de contrat proposé par l'apiculteur



Informations et échanges

Pour que le service pollinisation soit de qualité, plusieurs règles doivent être suivies. Et seule une relation étroite entre l'apiculteur et l'arboriculteur permettra de connaître les besoins et les contraintes de chacun.

L'apiculteur pollinisateur

- ▶ **informe** l'agriculteur de toutes les actions liées au métier d'apiculteur.
- ▶ **est à l'écoute** des informations fournies par l'agriculteur.
- ▶ **avertit** l'agriculteur dans les plus brefs délais dans le cas de conditions climatiques extrêmes empêchant le déplacement des ruches.
- ▶ **informe** l'agriculteur au moins 45 jours à l'avance en cas de fortes pertes hivernales (nombre de ruches inférieur à la commande) .
- ▶ **déclare** être enregistré auprès des services compétents selon la réglementation en vigueur.
- ▶ **s'engage** à apporter des ruches qu'il a préparées ou sélectionnées en vue d'assurer une pollinisation de qualité.
- ▶ **assure un suivi** des ruchers: sanitaire et nourrissage en cas de conditions difficiles.

L'arboriculteur

- ▶ **informe** l'apiculteur de toutes les opérations culturales liées au métier d'arboriculteur
- ▶ **est à l'écoute** des informations fournies par l'apiculteur.
- ▶ **informe** l'apiculteur en cas de désistement au moins 45 jours avant la date prévue de la pose des ruches (sauf intempéries) .
- ▶ **prépare** l'emplacement des ruches en accord avec l'apiculteur.
- ▶ **intervient** hors des périodes d'activités des abeilles et respecte la réglementation sur l'utilisation des produits phytosanitaires
- ▶ **si, à titre exceptionnel, une intervention est nécessaire pendant les périodes d'activité des abeilles, il informe avant toute intervention l'apiculteur** de façon à définir les modalités d'intervention d'un commun accord
- ▶ **avertit l'apiculteur** au moins 3 jours à l'avance afin qu'il procède à l'enlèvement des ruches (sauf conditions particulières définies dans le contrat).
- ▶ **suit les préconisations techniques régionales** (guide Sud Arbo p.10/11...)

Propriété

Les ruches sont la propriété de l'apiculteur, par conséquent elles doivent être manipulées uniquement par l'apiculteur (ou toute autre personne expressément autorisée par l'apiculteur).

Responsabilité

L'arboriculteur et l'apiculteur doivent être assurés pour les risques professionnels liés à leurs activités.

Chaque partie certifiée être couverte pour les dégâts dont elle peut être responsable.

L'arboriculteur est responsable de la conduite de sa culture et du respect de la réglementation notamment vis-à-vis de l'utilisation des produits de protection des plantes.

Montant et conditions de paiement :

Après la réalisation de la prestation, l'apiculteur éditera une facture qui sera délivrée à l'arboriculteur.

Le montant total (TTC) € est payable par (mode de règlement) selon l'échéancier suivant

- ▶ **en cas de retard dans le paiement de la prestation une pénalité sera appliquée conformément au taux légal en vigueur.**
- ▶ **en cas de force majeure les parties sont dégagées de leurs obligations réciproques.**
- ▶ **en signant ce contrat, l'apiculteur s'engage à respecter le guide des bonnes pratiques apicoles de l'ITSAP**
- ▶ **en signant ce contrat, l'arboriculteur s'engage à respecter la charte de Production Fruitière Intégrée de l'AOP Pêches et Abricots de France**

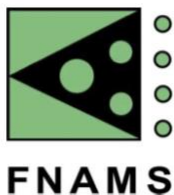
FAIT EN DOUBLE EXEMPLAIRE, LE

L'apiculteur pollinisateur

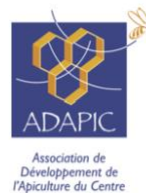
L'arboriculteur

SOURCE : Contrat de location de colonies d'abeilles pour la pollinisation en arboriculture, proposé par la Fédération Nationale du Réseau de Développement Apicole (ADA France) sur le site de l'ADA France :

<https://adafrance.org/dvpt-apicole/pollinisation.php>



Mise à jour : avril 2012



**CONTRAT DE POLLINISATION DES CULTURES
PORTE-GRAINE - LOCATION DE RUCHES
REGION CENTRE**

Le présent contrat est conclu entre deux contractants :

Le multiplicateur, ci-après nommé agriculteur :

Nom, adresse :

.....
.....
.....

Tel, mail :

&

L'apiculteur, ci-après nommé apiculteur :

Nom, adresse :

.....
.....
.....

Tel, mail :

Le présent contrat, signé par les deux contractants, **vaut pour la location de****ruches** pour la campagne de pollinisation en cours.

En cas de force majeure (mortalité des abeilles, gel ou destruction des cultures contractualisées), le contrat peut être résilié après accord écrit des deux parties.

Durée du contrat : 1 an à compter de sa signature par les deux contractants.

Date estimative d'apport des ruches :

Date estimative de retrait des ruches :

Article 1 - Cultures concernées :

Carotte PG Chicorées PG Oignon PG

Autre :

Article 2 - Lieu de déchargement :

Article 3 - Exigences de chaque contractant sur le déchargement et le positionnement des ruches :

Apiculteur

Agriculteur

En absence de toute directive de l'agriculteur, l'apiculteur choisit l'endroit le plus approprié.

Article 4 - Besoins et livraison en ruches :

Culture	Type de ruches	Surface / ha	Quantité*	Tarif unitaire HT	Coût
	Total				

**les commandes se font par multiple de 4*

En vue de polliniser les cultures mentionnées ci-dessus, location deruches (..... cadres de couvain) ou ruchettes actives et bien peuplées (*barrer la mention inutile*).

L'agriculteur doit prévenir l'apiculteur du besoin des ruches au minimum 72 h avant la date de livraison des ruches. Elles doivent être apportées dès la floraison des 1ères fleurs.

L'apiculteur s'engage à apporter les ruches au minimum dans les 72 h suivant la demande de livraison des ruches de la part de l'agriculteur.

L'enlèvement des ruches est décidé conjointement par les deux contractants. L'apiculteur s'engage alors à les retirer dans les 72 h. En cas d'empêchement (suite par exemple aux conditions climatiques), ce dernier avertira le multiplicateur.

Article 5 - Autres services souhaités ou exigences particulières : (ex : apport d'eau, contrôle de la qualité des ruches, information réciproque en cas d'intervention sur la culture,...)

Apiculteur

Agriculteur

Article 6 - Conditions de paiement :

Une facture sera délivrée à l'agriculteur après réalisation de la prestation. Le coût de la prestation est payable à la réception de la facture dans un délai de 30 jours.

En cas de retard dans le paiement de la prestation, il sera appliqué une majoration conformément au taux légal en vigueur.

Article 7 – Réclamations :

Pour toute réclamation relevant du non respect manifeste des clauses du contrat (perçu comme tel de la part du client) par l'un des contractants, une lettre avec accusé de réception devra lui être adressée dans les 8 jours.

Article 8 - Non-respect du contrat et du cahier des charges pollinisation :

En cas de non-respect des engagements du cahier des charges et des exigences précisées dans ce contrat par l'un des deux contractants et que sa responsabilité est établie, ce dernier devra régler les pertes subies.

A défaut d'entente, les contractants se gardent la possibilité de saisir toute instance compétente sur la question. Une expertise à l'amiable pourra être réalisée en présence des contractants, d'un technicien agricole et d'un technicien apicole. Les frais d'expertise (déplacements et analyses) seront pour moitié à la charge des deux parties.

Fait en double exemplaire, le :

Je m'engage à respecter les exigences du présent contrat ainsi que mes engagements définis dans le cahier des charges joint.

L'agriculteur :

L'apiculteur

SOURCE : « Contrat de pollinisation des cultures porte-graine – Location de ruches Région Centre », proposé par la Fédération nationale des agriculteurs multiplicateurs de semences (FNAMS) et l'Association de développement de l'Apiculture du Centre (ADAPIC) sur le site de l'ADAPIC :

https://adapic.adafrance.org/downloads/infos%20techniques/contrat_pollinisation.pdf



**CONVENTION CADRE MEEDDM – CDC BIODIVERSITE
RELATIVE A L'EXPERIMENTATION D'OFFRE DE COMPENSATION
2010 – 2018**

Entre

Le Ministère de l'écologie, de l'énergie, du développement durable et de la mer, en charge des technologies vertes et des négociations sur le climat, désigné ci-après par le MEEDDM, représenté par la Secrétaire d'Etat chargée de l'écologie.

Et

CDC Biodiversité, SAS au capital de quinze millions d'euros, filiale de premier rang de la Caisse des Dépôts, ayant son siège 56, rue de Lille 75007 Paris et dont le siège opérationnel est 102 rue de Réaumur, 75002 Paris, inscrit au registre du commerce et des sociétés de Paris sous le n° siret 501 639 587, représentée par M. Laurent PIERMONT, Président-Directeur général.

IL A ETE CONVENU CE QUI SUIT :

Article 1 : Objet de la convention

La présente convention entre le MEEDDM et CDC Biodiversité, désignés ci-après par « les Parties », a pour objet de définir les modalités de la démarche conjointe sur l'expérimentation d'offre de compensation des atteintes à la biodiversité.

Les Parties, par la présente convention, souhaitent assurer le bon déroulement des opérations entrant dans le cadre de cette expérimentation, afin de pouvoir en tirer les enseignements dans les meilleures conditions.

Cette démarche conjointe entre les Parties n'exclut pas la possibilité pour le MEEDDM de convenir d'autres partenariats similaires avec d'autres opérateurs.

Article 2 : Définitions des termes utilisés

Les définitions des termes ci-après s'appliquent à la présente convention et aux conventions particulières qui y sont rattachées.

L'« **expérimentation** » désigne l'ensemble des opérations expérimentales que le MEEDDM et CDC Biodiversité décident de lancer dans le cadre de la présente convention.

Une « **opération expérimentale** » est un ensemble d'actions menées sur un site donné dans le cadre de l'expérimentation d'offre de compensation.

Une « **mesure compensatoire** » des atteintes à la biodiversité est toute action visant à offrir une contrepartie positive à un impact dommageable non réductible provoqué par un projet, de façon à maintenir la biodiversité dans un état équivalent ou meilleur à celui observé avant la réalisation du projet. Elle n'intervient que sur l'impact résiduel, lorsque toutes les mesures envisageables ont été mises en œuvre pour éviter puis réduire les impacts négatifs sur la biodiversité.

Dans le cadre de l'instruction d'un projet, la compensation porte sur des dommages prévus par les réglementations suivantes, qui peuvent le cas échéant apporter des précisions sur la nature de la mesure compensatoire :

- les études d'impact (régime général de la loi du 10 juillet 1976 / L.122-1 et suivants du Code de l'Environnement et régime ICPE / L.511-1 et L.511-2 du Code de l'Environnement) ;
- les évaluations des incidences Natura 2000 (directives Oiseaux de 1979 et Habitats faune flore de 1992 / L.414-4 du Code de l'Environnement) ;
- les études des incidences loi sur l'eau (loi du 3 janvier 1992 / L.214-1 à L. 214-11 du Code de l'Environnement) ;
- les demandes de dérogation pour espèces protégées (L. 411-1 et L. 411-2 du Code de l'Environnement et leurs textes réglementaires d'application, en particulier l'arrêté du 19 février 2007 fixant les conditions de demande et d'instruction des dérogations définies au 4° de l'article L. 411-2 du Code de l'Environnement portant sur des espèces de faune et de flore protégées) ;
- les évaluations environnementales des plans, schémas et programmes (ordonnance du 3 juin 2004 et décret du 27 mai 2005 / L.122-6 du Code de l'Environnement et L.121-11 du Code de l'Urbanisme concernant l'évaluation environnementale des SCoT, PLU et cartes communales) ;
- la loi sur la responsabilité environnementale du 1^{er} août 2008 (L.160-1 et suivants du Code de l'environnement), qui transpose la Directive Responsabilité Environnementale 2004/35/CE en ce qui concerne la prévention et la réparation compensatoire de dommages environnementaux.

L'« **équivalence** » recouvre un ensemble de règles, et dans certains cas de méthodes, qui visent à ce que les mesures compensatoires soient suffisantes (type, quantité, qualité) au regard de la menace qui pèse sur les espèces ou leurs habitats, pour assurer la non perte (voire un gain) de biodiversité. En d'autres termes, il s'agit d'atteindre au moins l'égalité entre le dommage (espèces ou habitats impactés par un projet) et la restauration écologique (espèces ou habitats restaurés ou préservés par une mesure compensatoire, en particulier s'agissant de leur état de conservation), en tenant compte de la fonctionnalité des milieux et des exigences écologiques des espèces concernées.

Les objectifs et exigences correspondantes en termes d'équivalence varient d'un cadre réglementaire à l'autre (étude d'impact, Natura 2000, espèces protégées, loi sur l'eau, etc.).

En cas d'impact sur les espèces protégées, les mesures compensatoires sont définies sur la base d'une évaluation de l'état de conservation des espèces concernées avant le projet, d'une évaluation de l'impact sur l'état de conservation et d'une détermination des mesures propres à maintenir l'état de conservation des habitats et des espèces.

Dans le cadre des évaluations des incidences Natura 2000, les mesures compensatoires au titre de la directive Habitats doivent être élaborées sur la base des conditions de référence définies après la caractérisation de l'intégrité biologique du site Natura 2000 susceptible d'être dégradé, et en fonction des effets négatifs probables qui ne seront pas neutralisés par les mesures d'atténuation. On entend par « intégrité biologique » l'ensemble des facteurs qui contribuent au maintien dans un bon état de conservation de l'écosystème ou des habitats, et notamment de ses éléments structurels et fonctionnels, en lien avec les objectifs de conservation qui ont motivé la désignation du site aux fins du réseau Natura 2000.

L'« **additionnalité** » d'une mesure compensatoire consiste à démontrer des effets positifs au-delà de ceux que l'on aurait pu obtenir sans cette mesure compensatoire. Au niveau écologique (additionnalité

écologique), les fonctionnalités assurées après compensation doivent être au moins équivalentes à celles précédant la réalisation du projet. Au niveau de l'action publique, la mesure compensatoire ne doit pas se substituer aux outils et moyens et responsabilités de l'Etat et des collectivités.

Un « **maître d'ouvrage** » est toute personne physique ou morale, publique ou privée, initiatrice d'un projet et responsable de la demande d'autorisation.

Un « **opérateur** » est toute entreprise, de statut public ou privé, qui dispose des capacités techniques et financières pour acquérir et restaurer des terrains par des actions de long terme générant une additionnalité écologique réelle et mesurable, dans la perspective de valoriser ultérieurement ces actions au titre de la compensation auprès de maîtres d'ouvrage ayant l'obligation de mettre en œuvre des mesures compensatoires.

Article 3 : Contexte réglementaire

Le principe de la compensation existe en France depuis la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature et est présent également dans le droit communautaire (directives Natura 2000, directives Projets et Plans et programmes).

Dans un cadre propre à chacune des réglementations concernées qui en précise les modalités, la compensation intervient pour contrebalancer les effets négatifs d'un projet, lorsque toutes les mesures envisageables ont été mises en œuvre pour éviter puis réduire les impacts négatifs de ce projet sur la biodiversité. Elle porte ainsi sur l'impact « résiduel » éventuel d'un projet et consiste, en dernier recours, à mener des actions qui permettent de maintenir la biodiversité dans un état équivalent à meilleur que celui observé avant la réalisation du projet.

Or, l'expérience montre que les mesures compensatoires prévues ne sont pas toujours mises en œuvre dans leur intégralité ou de manière pérenne, parfois par manque de sites proches des milieux impactés adaptés à la mise en œuvre de la mesure compensatoire.

Pour répondre à cette situation, le MEEDDM mène un certain nombre d'actions. La loi du 12 juillet 2010 portant Engagement national pour l'environnement prévoit des dispositions visant à assurer l'effectivité et le contrôle des mesures compensatoires prévues dans les études d'impact. Des études sont en cours en vue d'aboutir à des lignes directrices sur la compensation d'ici 2011.

Afin de faciliter la mise en place de mesures compensatoires, le MEEDDM s'intéresse également à l'expérimentation d'une offre de compensation, en partenariat avec CDC Biodiversité.

Article 4 : Principes de l'expérimentation d'offre de compensation

4.1. Cadre général

L'expérimentation d'offre de compensation consiste pour un opérateur à anticiper la demande potentielle de compensation, en particulier dans des territoires où la pression sur les milieux est forte. L'opérateur acquiert et restaure des terrains par des actions de long terme générant une additionnalité écologique réelle et mesurable, dans la perspective de valoriser ultérieurement ces actions au titre de la compensation auprès de maîtres d'ouvrage ayant l'obligation de mettre en œuvre des mesures compensatoires.

Les maîtres d'ouvrages publics ou privés restent tenus de respecter, comme il se doit, l'ensemble des exigences réglementaires s'attachant à la réalisation de leur projet au regard des différentes réglementations relatives à la protection de la nature, en particulier la séquence d'évitement et de réduction des impacts, et de ne faire appel à la compensation qu'en dernier lieu. L'autorité

- Les habitats et espèces visés par les opérations expérimentales doivent être les mêmes que les habitats et espèces impactés par un projet ayant recours à une opération expérimentale au titre de la compensation ;
- Les opérations expérimentales doivent pouvoir servir à compenser des impacts visant des habitats ou espèces présents sur le site expérimental au moment de l'instruction du projet, ou dont le retour sur le site à brève échéance est assuré ;
- Les opérations expérimentales ne peuvent servir à compenser que des impacts situés sur des terrains suffisamment connectés écologiquement avec le site expérimental, permettant ainsi d'assurer l'efficacité du maintien de l'état de conservation des populations d'espèces impactées ;
- Les opérations expérimentales pourraient être mobilisées, sous réserve de l'examen au cas par cas entre les Parties, pour des mesures de réparation compensatoire d'un dommage au titre de la responsabilité environnementale.

Ces critères ne préjugent pas de l'avis des services instructeurs auxquels seront soumis au cas par cas l'examen des dossiers. Ils pourront être renseignés par les indicateurs de suivi.

Le recours aux opérations expérimentales devra être examiné en comparaison des autres possibilités réalistes de compensation.

Les opérations expérimentales seront conduites sur une durée à définir au cas par cas. Il faut distinguer la durée expérimentale et la durée de gestion conservatoire :

- La durée expérimentale définit le temps nécessaire à l'obtention de résultats, suffisamment significatifs, permettant une évaluation de l'opération. Elle doit être au moins de 8 ans sur l'ensemble de la surface du site de l'opération. L'évaluation, basée sur les résultats du suivi, permet de valider l'intérêt du site et de sa réhabilitation ou restauration, de faire un bilan de sa valorisation (nombre de transactions d'unités effectuées ou en cours), et éventuellement de s'accorder sur des critères d'équivalence et le phasage de la possibilité de proposer aux maîtres d'ouvrage des unités générées par l'opération. Un bilan à mi-parcours est réalisé et permet de définir les modalités de poursuite.

- La durée de gestion conservatoire correspond à l'engagement de gestion de CDC Biodiversité auprès des maîtres d'ouvrage, qui doit être au moins de 30 ans. Cet engagement s'applique de façon irréversible à la seule partie des surfaces correspondant aux unités qui auront été vendues. Ceci devra être précisé aux maîtres d'ouvrage. Après avis du MEEDDM, les unités non vendues pourront ne plus bénéficier de l'engagement de gestion et être remises sur le marché du foncier, dès lors que cela ne remet pas en cause la cohérence écologique des surfaces correspondantes, dans les conditions énoncées à l'article 12.

Une solution doit être prévue au-delà de cette durée pour assurer le maintien de la vocation écologique du site de l'opération.

Des unités pourront être vendues dans une logique de gestion conservatoire mais pour des objectifs autres que la compensation réglementaire ou la réparation compensatoire des dommages, dans une proportion ne dépassant pas 10% des unités générées par l'opération expérimentale, après accord du MEEDDM.

La durée expérimentale permettra d'évaluer les modalités de prise en compte des services rendus au public habitant ou fréquentant la zone concernée par les impacts.

4.3. Processus de validation par le MEEDDM des opérations expérimentales

Une opération ne pourra entrer dans le cadre de l'expérimentation qu'après accord entre les services centraux et régionaux du MEEDDM et CDC Biodiversité¹, selon une procédure en deux étapes :

¹ Cette disposition n'a plus lieu de s'appliquer pour l'opération Cossure, lancée en mai 2009 conjointement par le MEEDDM et CDC Biodiversité.

environnementale donne un avis sur le bon respect de ces principes et la qualité des mesures compensatoires au regard des impacts résiduels. L'autorité administrative ainsi que les organismes consultatifs sollicités le cas échéant (par exemple le Conseil national de la protection de la nature) vérifient, lors de la procédure d'instruction d'une demande d'autorisation administrative liée à un projet, que la mesure compensatoire envisagée sur le territoire expérimental satisfait pleinement aux exigences de rétablissement de la situation écologique (par exemple, s'agissant des espèces protégées, le maintien dans un état de conservation favorable des populations locales des espèces impactées par le projet).

Il convient de souligner que les maîtres d'ouvrage restent libres de choisir la manière de s'acquitter de l'obligation de mise en œuvre des mesures compensatoires, les opérations expérimentales ne constituant qu'une option parmi d'autres.

Le recours aux opérations expérimentales peut concerner des projets en cours d'instruction ayant une obligation de compensation pour des dommages résiduels sur la biodiversité, et également des projets déjà autorisés qui doivent s'acquitter de mesures compensatoires si celles-ci sont apparues nécessaires à défaut de solutions alternatives moins impactantes et du fait de mesures réductrices insuffisantes.

Parmi les avantages potentiels de ce mécanisme figurent la mise en place de projets d'envergure liés à la mutualisation des mesures compensatoires, la réalisation effective de la mesure compensatoire avant la survenue de l'impact, et le renforcement de sa pérennité.

Fort de ces avantages, cette approche expérimentale reste conditionnée à des modalités opératoires qui doivent être testées et évaluées. Le principe même d'une anticipation de mesures compensatoires demande à être étudié sur des cas concrets.

4.2. Objectif et modalités des opérations expérimentales

Jusqu'à cinq opérations pourront être lancées dans le cadre de cette expérimentation, dans les trois ans suivant la signature de la présente convention. Elles seront menées par CDC Biodiversité, sous le pilotage du MEEDDM (services centraux et DREAL) et en collaboration avec les acteurs nationaux (Conseil national de la protection de la nature, autorité environnementale) et locaux pertinents. Parmi ces cinq opérations est comprise l'opération Cossure, lancée en plaine de Crau le 11 mai 2009 conjointement par les Parties.

Cette démarche conjointe entre les Parties n'exclut pas la possibilité pour le MEEDDM de convenir d'autres partenariats similaires avec d'autres opérateurs.

L'objectif des opérations expérimentales est d'étudier la faisabilité de la mise en place et du maintien dans le temps de propriétés foncières (sites préservés ou reconstitués), mobilisables au titre de la compensation. Elles devront être représentatives d'une diversité d'habitats et de régions, se situer dans des zones soumises à forte pression, et être pertinentes au regard des principes d'additionnalité et d'équivalence écologique et territoriale (voir définitions à l'article 2). Les sites devront être choisis en accord avec les DREAL concernées.

Les opérations expérimentales auront lieu selon le droit en vigueur, dans le respect des procédures applicables et notamment de l'examen des études d'impact, de la procédure liée aux dérogations à la protection stricte des espèces, et des évaluations d'incidence par les instances compétentes (autorité environnementale, Conseil national de la protection de la nature, Commission européenne).

Pour chaque opération expérimentale, une convention particulière (telle que définie à l'article 4.3 de la présente convention cadre) précise les conditions d'éligibilité de l'offre de compensation au regard des particularités écologiques des territoires expérimentaux. D'un point de vue général, les Parties conviennent de la pertinence des critères suivants :

- CDC Biodiversité soumettra un dossier technique au MEEDDM, qui étudiera sur cette base la pertinence et la faisabilité de l'opération. Ce dossier comprendra a minima les informations suivantes : contexte de l'opération (permettant notamment d'apprécier l'additionnalité de l'opération), méthodologie (engagements de moyens et de résultats de CDC Biodiversité, indicateurs de suivi sur l'ensemble des espèces et milieux concernés), phasage et mise en œuvre de l'opération, durées expérimentale et de gestion conservatoire, garanties de pérennité, valorisation (équivalence, détermination des unités, modalités d'échange des unités, prix de vente), et gouvernance de l'opération.

- Si l'opération est retenue par le MEEDDM, une convention de l'opération sera convenue entre les Parties, sur la base du dossier technique précédemment soumis et après avis du CNPN. Cette convention autorise CDC Biodiversité à lancer l'opération et à proposer les unités générées en tant que mesures compensatoires potentielles.

Si cela s'avère nécessaire, suite au lancement de l'opération, la convention pourra être complétée par un document de cadrage technique (précisant notamment un phasage de vente des unités sur la base d'indicateurs et le cas échéant, les modalités de localisation des unités vendues), au cours de la durée expérimentale. Dans ce second cas, la possibilité donnée à CDC Biodiversité de proposer les unités qui seront générées en tant que mesures compensatoires potentielles n'interviendra qu'après le lancement de l'opération, sur la base du document de cadrage technique complémentaire.

Article 5 : Engagements des Parties à la convention

5.1. Engagements du MEEDDM

Le MEEDDM veillera d'une part à ce que l'expérimentation d'offre de compensation se conforme aux principes issus des réglementations auxquelles est soumis le projet faisant appel à l'offre de compensation, et en particulier aux principes suivants :

- Le respect de la séquence d'évitement et de réduction des impacts, incluant notamment l'analyse de solutions alternatives, doit rester essentiel et ce malgré la disponibilité d'une offre de compensation ;
- Le principe d'équivalence écologique et territoriale entre les impacts résiduels d'un projet et les gains issus de mesures compensatoires doit reposer sur des critères et méthodes robustes, afin que l'offre de compensation vise des impacts sur les mêmes espèces ou habitats et prenne en compte la fonctionnalité des milieux (voir définition à l'article 2), ceci de manière à ce que les objectifs des réglementations auxquelles est soumis le projet, visant au maintien des situations écologiques des espèces et habitats impactés, soient pleinement atteints ;
- Le principe d'additionnalité des mesures compensatoires, à la fois en termes écologiques et en termes d'action publique (locale ou nationale), doit être appliqué (voir définition à l'article 2).

Le MEEDDM aura d'autre part les responsabilités suivantes :

- Décider des opérations expérimentales à retenir en concertation avec CDC Biodiversité, selon les modalités de l'article 4.3. ;
- Piloter les groupes de travail locaux et nationaux de l'expérimentation, selon les modalités de l'article 6 ;
- Elaborer un rapport de conclusion sur l'expérimentation à l'issue de la période de la convention (voir article 11), sur la base des rapports établis par CDC Biodiversité pour chaque opération expérimentale ;
- Préserver toute la confidentialité requise, relative aux opérations expérimentales en construction, tant qu'elles ne sont pas disponibles pour des maîtres d'ouvrage ;
- Associer CDC Biodiversité à toute action de communication sur l'expérimentation, selon les modalités de l'article 9.

5.2. Engagements de CDC Biodiversité

CDC Biodiversité s'engage vis-à-vis du MEEDDM à :

- Ne pas lancer d'opération expérimentale visant la mise en place de mesures compensatoires en dehors du cadre fixé par la présente convention ;
- Soumettre au MEEDDM un dossier technique pour chaque opération expérimentale, selon les modalités de l'article 4.3. ;
- Prévoir pour chaque opération une phase expérimentale d'une durée minimale de 8 ans et un plan de gestion conservatoire d'une durée minimale de 30 ans ;
- Garantir la vocation écologique des sites concernés par chaque opération au-delà de la durée de gestion conservatoire, et en cas de cession, privilégier la cession des terrains à un organisme dont la nature des garanties apportées permet de conclure de façon certaine au maintien de la vocation écologique du site ;
- Transmettre un rapport annuel au MEEDDM pour chaque opération expérimentale, comprenant a minima les informations suivantes : suivi scientifique sur la base d'indicateurs, suivi des unités vendues, critères d'équivalence et ratios compensatoires retenus par les services instructeurs pour chaque transaction ;
- Transmettre au MEEDDM un rapport faisant un bilan sur chaque opération expérimentale six mois avant la fin de la présente convention (voir article 11) ;
- Associer le MEEDDM à toute action de communication sur l'expérimentation, selon les modalités de l'article 9.

Article 6 : Gouvernance de l'expérimentation

Chaque opération expérimentale sera suivie par le comité national et un comité au niveau local.

6.1. Comité national

Le comité national de l'expérimentation d'offre de compensation, mis en place en 2009, est piloté par le MEEDDM. Il est chargé d'élaborer une méthodologie sur la compensation applicable à l'ensemble des opérations expérimentales, et d'évaluer l'expérimentation. Pour chaque opération expérimentale, il a pour responsabilité d'élaborer les critères et méthodologies sur l'équivalence et la vente des unités, sur la base des propositions faites par le comité local, et d'examiner et de valider les rapports d'avancement relatifs à chaque convention particulière.

Les participants au comité national sont le Commissariat général au développement durable (CGDD), la Direction générale de l'aménagement, du logement et de la nature (DGALN), le Conseil général de l'environnement et du développement durable (CGEDD) en tant qu'autorité environnementale, les DREAL intéressées, des représentants du Conseil national de la protection de la nature (CNPN) et CDC Biodiversité.

Ce comité se réunira tous les six mois.

Le MEEDDM transmettra les comptes-rendus des réunions au comité local de chaque opération expérimentale dans le mois suivant chaque réunion.

6.2. Comité local

Un comité technique local sera mis en place pour chaque opération expérimentale. Il sera piloté par la DREAL concernée par l'opération et organisé en collaboration avec CDC Biodiversité (qui pourra en assurer le secrétariat technique). Ce comité est chargé du montage technique de l'opération (ingénierie de l'opération, travaux, modalités de gestion) et du montage méthodologique (propositions sur l'équivalence et la vente des unités). Il produira les rapports précisés dans la convention particulière. La DREAL sera notamment en charge de mettre en place un registre des unités échangées.

Les participants au comité local sont la DREAL concernée (ou les DREAL si l'opération est située sur le territoire de plusieurs régions), la ou les DDT, CDC Biodiversité, un représentant du CSRPN et les autres organismes pertinents à associer (exemples : collectivités, Chambre d'agriculture, Conservatoire du Littoral, associations de protection de la nature, universités, etc.).

L'information des services de l'Etat sur cette expérimentation est pilotée par le MEEDDM.

Article 10 : Avenants à la convention

Toute modification des modalités de la présente convention, y compris sa durée, fera l'objet d'un avenant défini d'un commun accord entre les Parties.

Article 11 : Durée de la convention

La présente convention est établie pour une durée de huit ans à compter de sa signature par les Parties. Elle est renouvelable pour une durée équivalente.

Les Parties se fixent comme objectif commun d'avoir défini les sites des opérations expérimentales potentielles avant fin 2010.

Un rapport d'évaluation à mi-parcours (soit 4 ans après la signature de la présente convention), permettant d'établir un bilan des résultats écologiques et en termes de valorisation, sera établi conjointement par les Parties dans les quatre ans suivant la signature de la présente convention.

Un rapport de conclusion sur l'expérimentation sera établi par le MEEDDM un mois avant la fin de la présente convention, sur la base de rapports fournis par CDC Biodiversité pour chaque opération expérimentale six mois avant la fin de la présente convention. L'examen de ce rapport de conclusion permettra de décider de l'intérêt du mécanisme et de la poursuite ou non de l'expérimentation de l'offre de compensation, d'un commun accord entre les Parties.

Un rapport de bilan sera établi par CDC Biodiversité pour chaque opération expérimentale, à mi-parcours et six mois avant la fin de la convention particulière correspondante. L'examen de ces rapports de bilan par le MEEDDM permettra de décider de la poursuite ou non de l'opération expérimentale, d'un commun accord entre les Parties. Le cas échéant, dans le seul but de parfaire le rapport de bilan, il pourra être décidé de prolonger, pour une durée à définir, la durée expérimentale de l'opération.

Article 12 : Résiliation de la convention

Les Parties s'efforcent de résoudre à l'amiable les contestations qui pourraient surgir de l'interprétation ou de l'exécution des clauses de la présente convention.

En cas de désaccord, le tribunal administratif de Paris ne pourra être saisi qu'à l'issue d'une procédure tendant à un traitement amiable du litige.

En cas de résiliation de la convention cadre, notamment suite à l'examen du rapport d'évaluation à mi-parcours de la période initiale (soit 4 ans), les opérations expérimentales déjà engagées doivent être conduites jusqu'à leur terme dans les conditions décrites à l'article 4. Ceci garantira notamment la validité des unités d'échange achetées par des maîtres d'ouvrage avant la résiliation.

En cas de résiliation de la convention particulière à une opération expérimentale, suite à une décision conjointe entre les Parties, un état des lieux est réalisé sur les actions entreprises et les unités vendues. Les surfaces correspondant aux unités vendues seront géoréférencées. Le cas échéant, le choix de leur localisation sera effectué d'un commun accord entre les Parties, en fonction de la nature des mesures compensatoires concernées (engagements des maîtres d'ouvrage) et en tenant compte des fonctionnalités écologiques du site.

Ce comité se réunira au moins deux fois par an.
La DREAL transmettra les comptes-rendus des réunions au comité national dans le mois suivant chaque réunion.
A noter que des sous-comités rattachés au comité local pourront être mis en place selon les besoins identifiés par les acteurs locaux.

Article 7 : Suivi de la convention

Pour le MEEDDM, la convention est suivie par :
- la Direction générale de l'aménagement, du logement et de la nature / Direction de l'eau et de la biodiversité / Sous-direction de la protection et de la valorisation des espèces et de leurs milieux
- le Commissariat général au développement durable / Service de l'économie, de l'évaluation et de l'intégration du développement durable / Sous-direction de l'économie des ressources naturelles et des risques

Pour CDC Biodiversité, la convention est suivie par son Directeur.

Article 8 : Aspects financiers

CDC Biodiversité prend à sa charge l'ensemble des dépenses relevant de ses missions.
Le MEEDDM prend à sa charge les dépenses relevant de ses missions.

Article 9 : Information mutuelle et confidentialité

Le MEEDDM apportera les informations utiles à la réalisation de l'objectif commun.

CDC Biodiversité communiquera au comité national toutes informations sur les opérations menées.

La présente convention cadre et les conventions de chaque opération expérimentale seront mises à la disposition du public.

Les informations financières, en tant qu'elles déterminent le prix du crédit des unités, seront indiquées dans le dossier technique soumis par CDC Biodiversité pour chaque opération. Ces informations seront à la disposition de membres du comité national nommément désignés par le MEEDDM. De plus, il est rappelé conformément à la convention d'Aarhus transposée dans le droit européen et national, que le public doit être informé au moment de l'enquête publique, puis lors de la décision d'autorisation, des modalités concrètes de toute mesure compensatoire envisagée ainsi que de son estimation financière.

Pour chaque opération expérimentale, CDC Biodiversité s'engage à rendre publique la partie des contrats avec les maîtres d'ouvrage correspondant aux caractéristiques des engagements en matière de compensation, conformément à la Convention d'Aarhus.

Les Parties se concerteront avant de lancer toute communication sur l'expérimentation et les opérations (conférences, publications, etc.). En cas de communication, écrite ou orale, il sera fait systématiquement mention de la collaboration entre le MEEDDM et CDC Biodiversité dans le cadre de l'expérimentation. Les deux Parties seront citées sur tout support. Toute communication devra préciser que l'expérimentation est pilotée par le MEEDDM en partenariat avec CDC Biodiversité. Lors de toute communication ou promotion de l'opération, qu'elles soient d'ordre général ou dans le cadre de contacts entre CDC Biodiversité et des entreprises soumises à des obligations de compensation, CDC Biodiversité s'engage à mettre systématiquement en avant la séquence éviter/réduire/compenser.

A Saint-Martin-de-Crau, le

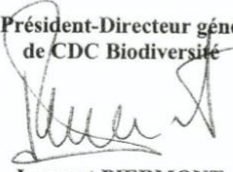
10 AOUT 2010

La Secrétaire d'Etat à l'Ecologie



Chantal JOUANNO

Le Président-Directeur général
de CDC Biodiversité



Laurent PIERMONT

Convention cadre MEEDDM – CDC Biodiversité 2010-2018

SOURCE : Convention cadre MEEDDM – CDC Biodiversité relative à l'expérimentation d'offre de compensation 2010-2018, signée le 10 août 2010 :
<https://www.ecologie.gouv.fr/eviter-reduire-et-compenser-impacts-sur-lenvironnement>

**EXEMPLES DE RÉMUNÉRATIONS POUR LA MISE EN ŒUVRE DE MESURES
COMPENSATOIRES SUR DES TERRES AGRICOLES**

Mesure	Rémunération
Creusement de mares	10 à 12 € par m2
Plantation de haies	12 € par mètre linéaire
Création de talus	2,50 € par mètre linéaire
Entretien de mares	75 à 100 € par mare par an
Entretien de haies	2 € par mètre linéaire par an
Entretien d'arbres isolés	17 € par arbre par an
Fauche tardive de prairies	450 à 670 € par hectare
Pâturage extensif sur prairies	300 € par hectare
Gel sur prairies	600 € par hectare
Culture de navette fourragère	650 € par hectare

Source : DANTEC R., Rapport fait au nom de la commission d'enquête 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, préc., p. 93.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

A

Additionnalité écologique218, 281, 292, 338, 432
Agrément de site naturel de compensation..235, 246, 250,
419, 478, 483
Aides d'État.....405
Aménités.....128
Autorisation environnementale398, 415

B

Biodiversité
appropriation (de la).....227
définition2
relations avec le climat.....300, 418
relations avec les services écosystémiques300
Bureau d'études282, 479

C

Capital écologique152
Capital naturel140
Choses communes228, 240
Compensation carbone377, 430
Compensation écologique
adaptation au changement climatique292, 418
coût.....311
définition33
marché d'unités de compensation242
modèle américain74
modèle français80
mutualisation des mesures compensatoires.....428
unités de compensation248
Concertation449
Contrat
bail rural328
chartes forestières de territoire58
contrat de compensation.....213
contrat de prestation de service environnemental ..213
contrats environnementaux215
contrats territoriaux d'exploitation.....55
de prestation de service212
définition201
marchés publics.....401
Coût raisonnable113, 320

D

Durabilité faible/forte143, 156

E

Efficacité.....265
Efficience.....309
Équité.....316
Équivalence écologique250, 275, 284, 289
Espaces naturels sensibles368, 374, 375
Étude d'impact.....73, 81
Évaluation économique14
Évaluation environnementale270, 279, 385
Éviter - Réduire - Compenser (séquence).....73, 109, 311,
313, 321, 386, 387, 392, 414, 454, 486

F

Fiducie336, 346
Financiarisation de la nature245
Fonctions écologiques
appropriation (des)227
définition19, 138, 302
distinction fonction environnementale44
relations avec le climat.....336

G

Gain net de biodiversité293

I

Imputation
principe pollueur-payeur101, 115
Information et participation du public (droit à)452
Instruments économiques
critique de la qualification92, 94
définition économique.....21
définition juridique23, 90
distinction avec les "instruments de marché"22
Instruments volontaires.....93
Internalisation
définition101
distinction avec l'imputation.....102

K

Kyoto (protocole de).....431

M

Marché
d'unité de compensation242, 464
de compensation écologique240

de paiements pour services environnementaux.....	241
définition	239
Marchés publics (droit des)	400
Mesures agro-environnementales et climatiques.....	183, 197, 437
Méthodes d'évaluation de la biodiversité.....	275, 282
Millenium Ecosystem Assessment	18
Multifonctionnalité	44, 64

N

Nature/biodiversité ordinaire.....	86, 134, 279, 298
Non compensabilité	308

O

Obligation	
de moyens.....	229, 233
de résultat	233
Obligation réelle environnementale	209, 332
Office français de la biodiversité.....	315, 347, 481, 495
Optimisation écologique.....	339, 433

P

Paiements pour services environnementaux	
définition économique.....	26
définition juridique.....	182
Pérennisation	326, 370
Perte nette (absence de).....	77, 285, 289
Plans locaux d'urbanisme (PLU)	363, 396
Pollueur.....	105, 107, 114
Principe	
bénéficiaire-payeur.....	97, 118, 119, 122
de complémentarité entre l'environnement,	
l'agriculture, l'aquaculture et la gestion durable des	
forêts	68
destructeur-payé	125
destructeur-payeur.....	114
imputation (principe d')	101
internalisation (principe d').....	26, 101
pollueur-payé.....	124, 190
pollueur-payeur	97, 99, 112
prévention (principe de)	108, 308
protecteur-payé.....	97, 117, 119, 122
récupération des coûts (principe de)	119
utilisateur-payeur.....	97, 118

Q

Quotas de gaz à effets de serre	248
---------------------------------------	-----

R

Régulation	
autorité de.....	471, 488, 495

définition	443
formes de	444
Responsabilité environnementale	106
Responsabilité sociale des entreprises (RSE).....	193, 338

S

SAGE.....	350
Schémas de cohérence territoriale (SCoT)	363
Sciences économiques	
écologie économique.....	17, 141, 165
économie de l'environnement	141, 165
économie des services	166
SDAGE.....	350
Services économiques.....	132
Services écosystémiques	
appropriation (des)	228
définition	18
distinction avec le service environnemental.....	25
historique du concept.....	16
Services environnementaux	
définition économique.....	25
définition juridique	172, 174
distinction avec le service public.....	175
distinction avec les services écosystémiques	25
Site naturel de compensation 87, 235, 269, 272, 338, 419,	
466	
Solidarité.....	318, 355
SRADDET.....	357

T

Technique de marché.....	94, 238
Théorie des externalités	102
Transparence environnementale	456

U

Unité de compensation	
cessibilité	253
définition	243
nature juridique.....	248

V

Valeur économique totale	14
Valeurs d'usage	14, 68, 154, 298
Valeurs de non-usage.....	14

Z

Zéro artificialisation nette (objectif).....	368
--	-----

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS	III
LISTE DES ABRÉVIATIONS	V
SOMMAIRE	1
INTRODUCTION GÉNÉRALE	1
I.- L'APPRÉHENSION JURIDIQUE DE LA BIODIVERSITÉ	2
§1.- <i>DU DROIT DE LA PROTECTION DE LA NATURE AU DROIT DE LA RECONQUÊTE DE LA BIODIVERSITÉ</i>	3
§2.- <i>LES DIFFICULTÉS D'APPRÉHENSION ET DE PROTECTION JURIDIQUES DE LA BIODIVERSITÉ</i>	10
II.- L'INTÉGRATION DE LA DIMENSION ÉCONOMIQUE DANS LA SPHÈRE DE LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ	12
§1.- <i>L'ÉVALUATION ÉCONOMIQUE APPLIQUÉE À LA BIODIVERSITÉ ET AUX ÉCOSYSTÈMES</i> ...	13
A.- LES MÉTHODES DE L'ÉVALUATION ÉCONOMIQUE	14
B.- LES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES, UNE CONSTRUCTION ÉCONOMIQUE AU SERVICE DU RENOUVELLEMENT DE L'INTÉRÊT À PROTÉGER LA BIODIVERSITÉ	16
§2.- <i>LA PROMOTION DE « NOUVEAUX » INSTRUMENTS POUR LA PRÉSERVATION DE LA BIODIVERSITÉ ET DES SERVICES ÉCOSYSTÉMIQUES</i>	20
A.- L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DES « MARKET-BASED INSTRUMENTS FOR BIODIVERSITY »	20
B.- LES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX ET DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE	23
1.- L'indétermination qui entoure la définition des paiements pour services environnementaux	24
2.- La pluralité des dispositifs de compensation écologique	28
III.- CONSTRUCTION DE LA PROBLÉMATIQUE	33
PREMIÈRE PARTIE LA CONSÉCRATION JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES POUR LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ	39
TITRE 1.- L'ÉMERGENCE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LES APPROCHES JURIDIQUES DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ	40
<i>CHAPITRE 1.- L'ÉCONOMICISATION DES INSTRUMENTS JURIDIQUES DE PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ</i>	41
SECTION 1.- LE DÉPLOIEMENT INACHEVÉ DES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	42
§1.- LA « MULTIFONCTIONNALITÉ » COMME JUSTIFICATION À LA RÉMUNÉRATION DES FONCTIONS ENVIRONNEMENTALES DE L'ACTIVITÉ AGRICOLE ET FORESTIÈRE	44
A.- LA RECONNAISSANCE DE LA FONCTION ENVIRONNEMENTALE DE L'ACTIVITÉ AGRICOLE ET FORESTIÈRE	45
1.- La reconnaissance juridique des fonctions environnementales de l'activité agricole et forestière	46
2.- La légitimité de la rémunération des fonctions environnementales des activités agricole et forestière	50
B.- LE DÉPLOIEMENT DE NOUVEAUX INSTRUMENTS JURIDIQUES ORGANISANT LA RÉMUNÉRATION DE LA FONCTION ENVIRONNEMENTALE DES ACTIVITÉS AGRICOLE ET FORESTIÈRE	52
1.- Le déploiement de nouveaux outils dans le cadre de la politique agricole commune	52
2.- Le déploiement de nouveaux outils spécifiques en matière de forêt	56
§2.- LE SERVICE ENVIRONNEMENTAL, NOUVELLE JUSTIFICATION À LA RÉMUNÉRATION DES SERVICES RENDUS À L'ENVIRONNEMENT	58
A.- LA CONSÉCRATION EXPLICITE DES SERVICES ENVIRONNEMENTAUX DANS LES POLITIQUES AGRICOLE ET FORESTIÈRE	59
1.- L'intégration des « services » et « paiements » en droit européen et national	60
2.- La disparition du concept de multifonctionnalité des activités agricole et forestière	64
B.- VERS UNE CONSÉCRATION EXPLICITE DES PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX ET ÉCOSYSTÉMIQUES	68
1.- L'intégration insatisfaisante du concept de services environnementaux dans la loi « Biodiversité » du 8 août 2016	68
2.- La revendication d'un système de paiements pour services écosystémiques	70
SECTION 2.- LA MUTATION JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES	72

§1.- LA DIVERSITÉ DES FONDEMENTS DES MÉCANISMES DE COMPENSATION DES ATTEINTES À LA BIODIVERSITÉ	73
A.- L'INFLUENCE MARQUÉE DU MODÈLE AMÉRICAIN DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE... 74	74
1.- La législation américaine d'évaluation environnementale, fondement du premier modèle de compensation écologique	74
2.- L'influence des approches économiques sur le modèle américain de compensation écologique.....	78
B.- L'IDENTIFICATION DES PARTICULARITÉS DU MODÈLE FRANÇAIS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE.....	80
1.- La démarcation à l'égard du modèle américain de compensation écologique.....	81
2.- L'absence de prise en compte des considérations économiques dans la création du dispositif français de compensation écologique.....	82
§2.- L'INCURSION DE L'ÉCONOMIE DANS LE CADRE JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES.....	84
A.- LA CONSÉCRATION DE NOUVEAUX OBJET ET MODALITÉ DE MISE EN ŒUVRE PLUS ÉCONOMIQUE.....	85
1.- L'introduction explicite des services écosystémiques dans le champ des dispositifs de compensation écologique.....	85
2.- Les « sites naturels de compensation », nouvelle modalité de mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique	87
B.- L'INSTRUMENT ÉCONOMIQUE, UN « HABIT NEUF » POUR DÉSIGNER LES MÉCANISMES DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE ?	89
1.- L'« instrument économique », une catégorie inadaptée d'un point de vue juridique aux mécanismes de compensation écologique	90
2.- La recherche d'une qualification juridique plus adaptée	92
CHAPITRE 2.- L'ÉVOLUTION DU CADRE CONCEPTUEL DU DROIT DE LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ	97
SECTION 1.- LES PRINCIPES ENVISAGÉS COMME FONDEMENTS PRIVILÉGIÉS DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	98
§1.- LE PRINCIPE POLLUEUR-PAYEUR, FONDEMENT PRIVILÉGIÉ DES MÉCANISMES DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE.....	99
A.- LA DISTINCTION ENTRE LES APPROCHES ÉCONOMIQUE ET JURIDIQUE DU PRINCIPE POLLUEUR-PAYEUR	100
1.- Les origines exclusivement économiques du principe pollueur-payeur	100
2.- L'appropriation juridique inadéquate du principe pollueur-payeur.....	103
B.- L'ABSENCE DE RATTACHEMENT LÉGISLATIF DES DISPOSITIFS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE AU PRINCIPE POLLUEUR-PAYEUR.....	108
1.- Le rattachement législatif des compensations au principe d'action préventive et de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement	108
2.- Le rapprochement doctrinal des compensations écologiques au principe pollueur-payeur.....	112
§2.- LE PAIEMENT POUR SERVICE ENVIRONNEMENTAL, POINT DE RENCONTRE ENTRE PRINCIPES ENVIRONNEMENTAUX	116
A.- L'ABSENCE DE TRADUCTION JURIDIQUE DES PRINCIPES DU « BÉNÉFICIAIRE-PAYEUR » ET DU « PROTECTEUR-PAYÉ »	117
1.- La promotion d'une pluralité de concepts légitimant la rémunération des paiements pour services environnementaux	117
2.- Les manifestations des principes « bénéficiaire-payeur » et « protecteur-payé » en droit.....	119
B.- LA CONSÉCRATION JURIDIQUE DES PRINCIPES « PROTECTEUR-PAYÉ » ET « BÉNÉFICIAIRE-PAYEUR ».....	122
1.- Les difficultés théoriques et matérielles liées à l'introduction des principes « protecteur-payé » et « bénéficiaire-payeur » en droit.....	122
2.- La nécessité d'éviter le basculement vers la mise en œuvre d'un principe « pollueur-payé »	124
SECTION 2.- LES CONCEPTS VECTEURS D'UNE APPROCHE PLUS ÉCONOMIQUE DU DROIT DE LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ.....	125
§1.- L'APPRÉHENSION JURIDIQUE HÉTÉROGÈNE DES SERVICES RENDUS PAR LES ÉCOSYSTÈMES	126
A.- L'INTÉGRATION JURIDIQUE DU CONCEPT DE SERVICES RENDUS PARS LES ÉCOSYSTÈMES	127
1.- L'identification des premières manifestations juridiques du concept de services rendus par les écosystèmes	127
2.- L'introduction des services écologiques dans le cadre de la réparation des dommages causés à l'environnement.....	129
B.- L'AUTONOMISATION DES SERVICES RENDUS PAR LES ÉCOSYSTÈMES DES DISPOSITIFS DE RÉPARATION DE CERTAINS DOMMAGES CAUSÉS À L'ENVIRONNEMENT.....	131
1.- La généralisation du recours aux services écologiques et services écosystémiques dans les approches juridiques de protection de la biodiversité.....	131
2.- La loi « Biodiversité » du 8 août 2016, un marqueur de l'introduction du concept de « service écosystémique » en droit	136

§2.- LA PORTÉE JURIDIQUE LIMITÉE DU CONCEPT DE CAPITAL NATUREL	140
A.- LA MOBILISATION CROISSANCE DU CONCEPT DE CAPITAL NATUREL	140
1.- Le capital naturel, concept clef du cadre théorique des instruments économiques	141
2.- Le déploiement du concept de capital naturel en droit international et européen.....	144
B.- LA PRÉÉMINENCE DU CONCEPT DE PATRIMOINE NATUREL EN DROIT FRANÇAIS	148
1.- L'origine du concept de patrimoine appliqué à l'environnement	149
2.- La pénétration limitée du concept de capital naturel en droit français	152
TITRE 2.- LA PLURALITÉ DES ENJEUX DE QUALIFICATION JURIDIQUE SOULEVÉS PAR LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	161
CHAPITRE 1.- LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	163
SECTION 1.- LE SERVICE ENVIRONNEMENTAL, UN OBJET ÉCONOMIQUE AUX CONTOURS JURIDIQUES INCERTAINS	164
§1.- L'HÉTÉROGÉNÉITÉ DU CONCEPT DE SERVICE ENVIRONNEMENTAL.....	164
A.- LA CARACTÉRISATION ÉCONOMIQUE DU SERVICE ENVIRONNEMENTAL	165
B.- LA RECHERCHE D'ÉLÉMENTS DE CARACTÉRISATION DU SERVICE ENVIRONNEMENTAL EN DROIT	167
1.- Les perspectives de qualification limitées offertes par le droit européen	167
2.- Les éléments en faveur de la caractérisation du concept de service environnemental en droit interne	168
§2.- LA QUALIFICATION JURIDIQUE DES SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	170
A.- LE SERVICE ENVIRONNEMENTAL, UNE CATÉGORIE PARTICULIÈRE DE PRESTATION DE SERVICE.....	171
1.- La définition des « services » en droit interne et européen.....	171
2.- La définition juridique du concept de « services environnementaux ».....	172
B.- L'ADÉQUATION ENTRE SERVICE ENVIRONNEMENTAL ET SERVICE PUBLIC	175
SECTION 2.- LE « PAIEMENT », CONTREPARTIE À LA RÉALISATION D'UNE PRESTATION DE SERVICE ENVIRONNEMENTAL	178
§1.- LES CONTOURS DU « PAIEMENT » EN CONTREPARTIE DE LA RÉALISATION D'UNE PRESTATION DE SERVICE ENVIRONNEMENTAL	179
A.- LA NATURE JURIDIQUE DU « PAIEMENT » DANS LE CADRE DES DISPOSITIFS DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	179
1.- L'intérêt d'une définition juridique extensive du concept de « paiement ».....	180
2.- Les mesures agro-environnementales et climatiques de la politique agricole commune, une forme particulière de paiement pour service environnemental	183
B.- LA LÉGITIMITÉ D'UNE CONTREPARTIE À LA RÉALISATION DE PRESTATIONS DE SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	187
§2.- LES OBSTACLES AU VERSEMENT D'UNE CONTREPARTIE DANS LE CADRE DES PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	190
A.- L'IDENTIFICATION D'UN « PAYEUR » DANS LE CADRE D'UN PAIEMENT POUR SERVICE ENVIRONNEMENTAL	191
B.- LES MODALITÉS DE DÉTERMINATION DE LA CONTREPARTIE DANS LE CADRE D'UN PAIEMENT POUR SERVICE ENVIRONNEMENTAL.....	194
1.- Le principe : la détermination concertée d'une contrepartie à la réalisation d'un service environnemental	194
2.- L'expérimentation française de « paiements pour services environnementaux » : une contrepartie exclusivement déterminée par la personne publique.....	196
CHAPITRE 2.- LE CONTRAT, SUPPORT JURIDIQUE PRIVILÉGIÉ DE MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	201
SECTION 1.- LA COEXISTENCE D'UNE PLURALITÉ DE RELATIONS CONTRACTUELLES.....	202
§1.- LA DÉTERMINATION DE LA PLACE DU CONTRAT DANS LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	202
A.- LE CONTRAT, INSTRUMENT DE PRÉDILECTION DANS LE CADRE DE LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	203
1.- La justification du recours au contrat dans le cadre de la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux	203
2.- La nature essentiellement contractuelle des relations nouées dans le cadre de la mise en œuvre des instruments économiques	206
B.- L'INTÉGRATION DES CONTRATS MOBILISÉS DANS LES CATÉGORIES JURIDIQUES EXISTANTES	211
1.- La diversité des formes de contrats mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des instruments économiques.....	211
2.- La nature publique ou privée des contrats mobilisés dans le cadre de la mise en œuvre des instruments économiques	216
§2.- LA BIODIVERSITÉ ET LES ÉCOSYSTÈMES, UN « OBJET » SINGULIER EN DROIT DES CONTRATS.....	221

A.- LES SERVICES RENDUS PAR LES ÉCOSYSTÈMES ENVISAGÉS COMME OBJET DU CONTRAT.....	222
1.- Les services rendus par les écosystèmes envisagés comme objet d'une prestation contractuelle	222
2.- La revendication de droits de propriété ou d'usage sur les services rendus par les écosystèmes du fait de la contribution à leur préservation	224
B.- LA MOBILISATION DE L'OBLIGATION DE RÉSULTAT APPLIQUÉE À LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ ET DES ÉCOSYSTÈMES.....	229
1.- Le recours limité à l'obligation de résultat en matière de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux	230
2.- Le risque de remise en cause de la volonté de contracter	234
SECTION 2.- LE RECOURS AU « MARCHÉ » DANS LE CADRE DE LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	237
§1.- L'EXISTENCE DE MARCHÉS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE ET DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX.....	238
A.- L'OBJET DES MARCHÉS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE ET DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	239
B.- L'IDENTIFICATION DES MARCHÉS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE ET DE PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX.....	240
1.- La reconnaissance de l'existence d'un marché de la compensation écologique.....	240
2.- Le déploiement des marchés de paiements pour services environnementaux	241
§2.- LES SPÉCIFICITÉS JURIDIQUES DU MARCHÉ DES UNITÉS DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE	242
A.- L'INTRODUCTION RÉCENTE D'UNE OFFRE D'« UNITÉS DE COMPENSATION » EN DROIT FRANÇAIS.....	243
1.- L'unité de compensation, nouvelle modalité de satisfaction d'une obligation de compensation des atteintes à la biodiversité	243
2.- Les potentialités offertes par l'acquisition « volontaire » d'unités de compensation	246
B.- LA NATURE JURIDIQUE DES « UNITÉS DE COMPENSATION ».....	248
1.- La distinction entre unités de compensation et quotas de gaz à effets de serre	248
2.- La cessibilité limitée des unités de compensation.....	253
DEUXIEME PARTIE LE NÉCESSAIRE RENFORCEMENT DU CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	263
TITRE 1.- L'EFFICACITÉ DISCUTABLE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES POUR LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ.....	265
<i>CHAPITRE 1.- LE CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES À L'ÉPREUVE DE LA COMPLEXITÉ DU VIVANT.....</i>	<i>266</i>
SECTION 1.- L'INADÉQUATION DU CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES AVEC LA COMPLEXITÉ DE LA BIODIVERSITÉ	267
§1.- LA PRISE EN COMPTE JURIDIQUE INSUFFISANTE DES INCERTITUDES EN TERMES DE MESURES DE LA BIODIVERSITÉ.....	268
A.- L'ÉVALUATION ENVIRONNEMENTALE INSUFFISANTE DES OPÉRATIONS FAVORABLES À LA BIODIVERSITÉ.....	268
1.- Les incidences écologiques des opérations favorables à la biodiversité.....	269
2.- L'identification des fondements juridiques mobilisables pour l'évaluation des incidences des opérations favorables à la biodiversité	270
B.- L'ABSENCE DE RÉFÉRENTIEL COMMUN D'ÉVALUATION ET DE SUIVI DE LA BIODIVERSITÉ.....	275
1.- La diversité des méthodes d'évaluation de la biodiversité.....	275
2.- L'intérêt d'un encadrement juridique des méthodes d'évaluation de la biodiversité	278
§2.- L'IMPRÉCISION JURIDIQUE DES CRITÈRES APPLICABLES AUX INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	283
A.- L'IDENTIFICATION DES CRITÈRES APPLICABLES AUX INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	284
1.- La codification de critères ambitieux en matière de compensation écologique.....	284
2.- L'insuffisante portée juridique des critères applicables aux instruments économiques	287
B.- LA PERTINENCE ÉCOLOGIQUE DISCUTABLE DES CRITÈRES APPLICABLES AUX INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	289
1.- Les critères d'équivalence écologique, d'absence de perte nette et de proximité applicables à la mise en œuvre des compensations écologiques	289
2.- L'additionnalité écologique, déterminant commun aux mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux	292
SECTION 2.- LA PRIMAUTÉ DES ENJEUX ÉCONOMIQUES, UN RISQUE POUR LA PROTECTION JURIDIQUE DE LA BIODIVERSITÉ.....	296
§1.- LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES, UNE RÉPONSE INSATISFAISANTE POUR LA PROTECTION DE LA BIODIVERSITÉ.....	296

A.- LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES, POURVOYEURS D'UNE VISION COMPTABLE ET ANTHROPOCENTRÉE DE LA NATURE.....	297
1.- L'instrumentalisation de la biodiversité et la hiérarchisation des dynamiques écologiques	297
2.- Le risque de simplification des dynamiques écologiques.....	300
B.- L'OCCULTATION DES ÉLÉMENTS GÉNÉRATEURS D'ATTEINTES À LA BIODIVERSITÉ ...	303
1.- La présence de dérogations aux régimes de protection des espèces et habitats naturels	304
2.- La limitation des dérogations aux atteintes à certaines espèces et milieux naturels non compensables	306
§2.- L'EFFICIENCE, UN CRITÈRE DISCUTABLE D'ÉVALUATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	309
A.- LA RELATIVE CAPACITÉ DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES À SATISFAIRE L'OBJECTIF DE MOINDRE COÛT.....	310
1.- Le déficit de transparence des coûts de mise en œuvre des instruments économiques	310
2.- L'importance du coût des instruments économiques pour la collectivité	313
B.- LA RÉPARTITION INÉQUITABLE DES COÛTS DE MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	316
1.- La nécessaire répartition équitable des gains et coûts associés à la mise en œuvre des instruments économiques	316
2.- L'augmentation des coûts de la compensation, une solution au service de l'évitement et de la réduction des incidences des projets, activités, plans et programmes sur la biodiversité	319
<i>CHAPITRE 2.- LE CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES À L'ÉPREUVE DE LA GESTION DE LA BIODIVERSITÉ.....</i>	<i>325</i>
SECTION 1.- LES DIFFICULTÉS LIÉES À L'UTILISATION DU CONTRAT POUR ASSURER UNE GESTION PÉRENNE DE LA BIODIVERSITÉ.....	326
§1.- LES INSTRUMENTS CONTRACTUELS AU SERVICE DE LA PÉRENNISATION DES OPÉRATIONS DE GESTION DE LA BIODIVERSITÉ.....	326
A.- LES LIMITES DU CONTRAT POUR ASSURER LA PÉRENNITÉ DE LA GESTION DE LA BIODIVERSITÉ.....	327
1.- La pérennité de la gestion de la biodiversité fragilisée par la durée du contrat	327
2.- Le renouvellement et la transmission des contrats de gestion de la biodiversité.....	330
B.- L'IDENTIFICATION DE DISPOSITIFS PLUS ADAPTÉS POUR ASSURER UNE GESTION PÉRENNE DE LA BIODIVERSITÉ.....	331
1.- Les potentialités de l'obligation réelle environnementale	332
2.- Les perspectives offertes par la fiducie en matière environnementale	336
§2.- LA GESTION DE LA DISCONTINUITÉ DANS LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	339
A.- LE RISQUE DE DÉFAILLANCE FINANCIÈRE ET MATÉRIELLE DES CO-CONTRACTANTS.....	340
B.- LES MODALITÉS DE SÉCURISATION DES OPÉRATIONS DE GESTION DE LA BIODIVERSITÉ.....	343
1.- L'obligation légale de constituer des garanties financières en matière de compensation écologique.....	343
2.- La possibilité de constituer des garanties financières sur une base volontaire	346
SECTION 2.- LE NÉCESSAIRE DÉVELOPPEMENT D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	348
§1.- L'INTÉGRATION CROISSANTE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LES DOCUMENTS DE PLANIFICATION.....	348
A.- L'INTÉGRATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LA PLANIFICATION ENVIRONNEMENTALE.....	349
1.- L'intégration hétérogène des instruments économiques dans la planification de l'eau.....	349
2.- L'identification limitée des espaces à enjeux écologiques dans les schémas régionaux d'aménagement, de développement durable et d'égalité des territoires.....	357
B.- L'INTÉGRATION LIMITÉE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES DANS LA PLANIFICATION D'URBANISME.....	363
1.- La sous-exploitation des perspectives offertes par la planification d'urbanisme pour la mise en œuvre des instruments économiques	363
2.- L'absence de portée juridique de l'objectif « zéro artificialisation nette ».....	368
§2.- LA PÉRENNISATION DES GAINS ÉCOLOGIQUES GÉNÉRÉS PAR LE RECOURS AUX INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	370
A.- LE SILENCE DU LÉGISLATEUR SUR LA PÉRENNISATION DES GAINS ÉCOLOGIQUES OBTENUS PAR LES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	371
B.- LES SOLUTIONS JURIDIQUES MOBILISABLES POUR ASSURER LA PÉRENNISATION DES GAINS ÉCOLOGIQUES	373
1.- Les perspectives offertes par la négociation contractuelle et les mécanismes de protection foncière.....	373
2.- Le recours à des mesures de gestion de la biodiversité pérennes par nature	376
TITRE 2.- L'ENCADREMENT JURIDIQUE INSATISFAISANT DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	383
<i>CHAPITRE 1.- LA FRAGMENTATION DU RÉGIME JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....</i>	<i>383</i>

SECTION 1.- LA COEXISTENCE D'UNE PLURALITÉ DE RÉGIMES JURIDIQUES AUTONOMES	384
§1.- L'ÉPARPILLEMENT DU RÉGIME JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES	384
A.- LA COEXISTENCE D'UNE PLURALITÉ DE FORMES DE DISPOSITIFS DE COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES	385
1.- La diversité des dispositions législatives et réglementaires formalisant l'obligation de compensation écologique.....	385
2.- Le renforcement du régime juridique de la compensation écologique	388
B.- LA RÉGRESSION DU RÉGIME JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES	392
1.- La réduction du champ des opérations soumises à évaluation environnementale	393
2.- La neutralisation de la compétence du Conseil national de la protection de la nature en matière d'autorisations environnementales	398
§2.- L'ABSENCE DE RÉGIME JURIDIQUE PROPRE AUX PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	399
A.- L'INDISPENSABLE RESPECT PAR LES PERSONNES PUBLIQUES DU DROIT DE LA COMMANDE PUBLIQUE.....	400
1.- La rigidité du droit des marchés publics pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux	400
2.- Les potentialités offertes par le droit de la commande publique pour la mise en œuvre des paiements pour services environnementaux	403
B.- LES CONTRAINTES LIÉES AU RESPECT DU RÉGIME JURIDIQUE DES AIDES D'ÉTAT	405
1.- Les paiements pour services environnementaux à l'épreuve de l'interdiction de principe des aides d'État	405
2.- La sous-utilisation des perspectives offertes par les mesures agroenvironnementales et climatiques de la politique agricole commune	410
SECTION 2.- LA MISE EN COHÉRENCE DU CADRE JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	412
§1.- LA RATIONNALISATION DU CADRE JURIDIQUE PROPRE À CHAQUE INSTRUMENT	413
A.- L'ÉVOLUTION INDISPENSABLE DU CADRE JURIDIQUE DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES	413
1.- L'opportunité d'unifier le cadre juridique des compensations écologiques	413
2.- L'évolution du champ d'application des compensations écologiques	417
B.- L'INTÉRÊT D'UN RÉGIME JURIDIQUE DÉDIÉ AUX PAIEMENTS POUR SERVICES ENVIRONNEMENTAUX	419
1.- Les exemples étrangers en matière de paiements pour services environnementaux	420
2.- L'opportunité de la création d'un régime juridique dédié aux paiements pour services environnementaux	423
§2.- LES PERSPECTIVES D'ARTICULATIONS JURIDIQUES ENTRE INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	427
A.- LES MODALITÉS DE CUMUL DES MESURES DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE SUR UN MÊME ESPACE.....	428
1.- La mutualisation sous-condition des mesures de compensation écologique	428
2.- L'hypothèse d'un cumul entre compensations écologiques et compensation carbone.....	430
B.- LE PAIEMENT POUR SERVICE ENVIRONNEMENTAL COMME MODALITÉ DE SATISFACTION D'UNE OBLIGATION DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE	433
1.- La promotion d'un rapprochement entre paiements pour services environnementaux et compensation écologique.....	434
2.- Un rapprochement entre mesures compensatoires et paiements pour services environnementaux envisageable mais conditionné.....	438
<i>CHAPITRE 2.- LA RÉGULATION INADÉQUATE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....</i>	<i>443</i>
SECTION 1.- LA COEXISTENCE D'UNE PLURALITÉ DE FORMES DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	444
§1.- LA PRÉPONDÉRANCE DES FORMES PRIVÉES DE RÉGULATION	445
A.- LE RECOURS PRIVILÉGIÉ AUX FORMES PARTENARIALES ET NÉGOCIÉES DE RÉGULATION.....	446
1.- Le contrat comme instrument de régulation juridique des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux	446
2.- La concertation comme pratique inhérente à la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux.....	449
B.- L'INTÉGRATION INSUFFISANTE DU PUBLIC DANS LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	452
1.- Le renforcement du droit à l'information et à la participation du public concernant les projets, plans et programmes susceptibles d'avoir des incidences sur l'environnement.....	452
2.- Le secret des affaires, un obstacle à la transparence environnementale	456
§2.- L'IDENTIFICATION DES FORMES PUBLIQUES DE RÉGULATION JURIDIQUE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	461
A.- LA MOBILISATION EXCLUSIVE DE LA RÉGLEMENTATION DANS LE CADRE DE L'OBLIGATION DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE.....	462

1.- La prépondérance de l'autorité administrative dans la prescription des mesures de compensation écologique.....	462
2.- La régulation juridique du marché des unités de compensation	464
B.- L'ABSENCE D'AUTORITÉ UNIQUE DE RÉGULATION DES COMPENSATIONS ÉCOLOGIQUES	469
1.- La prépondérance de l'État et de ses services administratifs pour la régulation de la compensation écologique.....	469
2.- Le manque d'indépendance des formes publiques de régulation.....	471
SECTION 2.- LE DÉFICIT DES FORMES PUBLIQUES DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	475
§1.- LE CARACTÈRE INSUFFISANT DU CONTRÔLE DE L'ADMINISTRATION DE LA MISE EN ŒUVRE DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	476
A.- L'ENCADREMENT LIMITÉ DES COMPÉTENCES ÉCOLOGIQUES DES PRESTATAIRES ENVIRONNEMENTAUX	477
1.- L'absence de contrôle de la qualité d'opérateur de compensation écologique et de prestataire de service environnemental	477
2.- Le contrôle limité des bureaux d'études sollicités dans la mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique	479
B.- LA SOUS-UTILISATION DES MODALITÉS DE CONTRÔLE ET DE SANCTION EN MATIÈRE DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE	482
1.- L'introduction de nouvelles modalités de suivi et de sanctions.....	482
2.- La mise en œuvre perfectible du contrôle des compensations écologiques.....	484
§2.- L'ADAPTATION DU CADRE DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	488
A.- LA DÉTERMINATION DE CRITÈRES PERTINENTS POUR LA CONSTRUCTION D'UN CADRE DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES.....	488
B.- L'IDENTIFICATION D'UN CADRE PERTINENT DE RÉGULATION DES INSTRUMENTS ÉCONOMIQUES	490
1.- Les régions et agences de l'eau, cadres privilégiés de mise en œuvre des dispositifs de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux.....	491
2.- L'Office français de la biodiversité, autorité de régulation en matière environnementale	495
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	507
BIBLIOGRAPHIE	511
ANNEXES	557
INDEX ALPHABÉTIQUE	573
TABLE DES MATIÈRES.....	575

Résumé :

Regroupés sous le vocable d'« instruments économiques » – ou instruments de marché (*market-based instrument*) –, les mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux se sont imposés comme des instruments incontournables des politiques de protection de la biodiversité et des écosystèmes. Articulés autour d'une pluralité de principes (principe pollueur-payeur, principe bénéficiaire-payeur, etc.) et de concepts (services écosystémiques, capital naturel, etc.) largement influencés par les approches économiques de la biodiversité et des écosystèmes, ces deux instruments caractérisent l'émergence d'une nouvelle approche des politiques environnementales. L'étude révèle la pluralité des liens juridiques qui unissent la compensation écologique et les paiements pour services environnementaux. Tantôt rapprochés, tantôt distingués, ces mécanismes s'imposent, *in fine*, comme les deux faces d'une même pièce. L'utilisation des paiements pour services environnementaux, à des fins de compensation écologique, apparaît toutefois comme une orientation préoccupante de nature à détourner cet instrument de son objet. En dépit de leurs vertus théoriques, l'efficacité des mécanismes de compensation écologique et de paiements pour services environnementaux pour la protection de la biodiversité se révèle discutable, justifiant un renforcement et une mise en cohérence de leur cadre juridique.

Mots clés :

Droit de l'environnement – Compensation écologique – Évaluation environnementale – Paiements pour services environnementaux – Sites naturels de compensation – Principe pollueur-payeur – Principe utilisateur-payeur – Capital naturel – Services écosystémiques – Équivalence écologique – Additionnalité écologique – Contrats environnementaux – Planification – Information et participation du public – Gouvernance.

Abstract:

Gathered under the term "economic instruments" – or market-base instruments -, mechanisms for ecological compensation and payments for environmental services have established themselves as the essential tool for the biodiversity and ecosystem protection policies. Built around a plurality of principles (polluter pays principle, beneficiary pays principle, etc.) and concepts (ecosystem services, natural capital, etc.) largely influenced by economical approaches of biodiversity and ecosystems, these two instruments characterize the oncoming of a new take on environmental policies. The study reveals the plurality of judicial links that unite ecological compensation and payments for environmental services. Sometimes close together, sometimes distinguishable, these mechanisms are, *in fine*, both sides of a same coin. The use of payments for environmental services, as ecological compensation, appears however as a preoccupying orientation, likely to deflect this instrument from its purpose. In spite of their theoretical virtues, the efficiency of ecological compensation mechanisms and payments for environmental services for the protection of biodiversity turns out to be questionable, justifying a reinforcement and more consistency in their legal framework.

Keywords:

Environmental Law – Biodiversity offsets – *Environmental impact assessment* – Payments for environmental services – Mitigation banks – Polluter pays principle – Beneficiary pays principle – Natural capital – Ecosystem services – Ecological equivalence – Ecological additionality – Environmental contracts – Planification – Information and public participation – Governance.