

Groupe de REcherche en Droit, Economie, Gestion
UMR CNRS 7321

LA NATURE DEVENUE PROJET DE COMPENSATION ÉCOLOGIQUE

Documents de travail GREDEG
GREDEG Working Papers Series

SÉVERINE BORDERON

GREDEG WP No. 2014-08

<http://www.gredeg.cnrs.fr/working-papers.html>

Les opinions exprimées dans la série des **Documents de travail GREDEG** sont celles des auteurs et ne reflètent pas nécessairement celles de l'institution. Les documents n'ont pas été soumis à un rapport formel et sont donc inclus dans cette série pour obtenir des commentaires et encourager la discussion. Les droits sur les documents appartiennent aux auteurs.

*The views expressed in the **GREDEG Working Paper Series** are those of the author(s) and do not necessarily reflect those of the institution. The Working Papers have not undergone formal review and approval. Such papers are included in this series to elicit feedback and to encourage debate. Copyright belongs to the author(s).*

La nature devenue projet de compensation écologique

Séverine Borderon¹

GREDEG Working Paper No. 2014-08

Résumé : *L'opposition homme-nature est une réalité. L'homme s'impose et détruit. Conscient de son impact sur l'environnement et des enjeux que cela entraîne, des mesures juridiques ont été élaborées afin de limiter cet impact. La loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la Protection de la Nature encadre désormais l'élaboration de certains projets et propose la mise en place de mesures destinées à éviter, réduire, voire compenser les effets néfastes que ces travaux pourraient avoir sur la nature. Bien que l'intention du législateur semble aller en faveur de l'environnement, nous verrons que la mise en application de ces nouveaux outils, et particulièrement la mise en œuvre des mesures compensatoires, pourrait tendre au contraire, à faire disparaître la nature. En effet, la compensation écologique telle que mise en pratique, vise au remplacement des écosystèmes détruits, par de nouveaux écosystèmes recréés soit in situ, soit sur un terrain à proximité du dommage. Mais peut-on réellement recréer la nature ? Notre analyse du droit et de sa mise en œuvre tentera alors de questionner cette évolution : la nature serait-elle en train de devenir un projet de compensation ?*

Mots clés : droit de l'environnement, nature, compensation écologique, marché de la compensation, mitigation banking.

¹ Université Nice Sophia-Antipolis, GREDEG-CNRS UMR 7321. Contact : severine.borderon@gmail.com.

Employer le mot « nature » plutôt que « biodiversité » ou « environnement » n'est pas anodin. En effet, en sciences juridiques, comme dans toutes les sciences, chaque mot a un sens qui lui est propre, et il est important de clarifier, dès l'introduction d'un discours, le sens des mots que l'on va employer.

La nature fait couler beaucoup d'encre en droit, pourtant sa définition juridique n'est pas évidente à trouver. En effet, bien que de nombreux textes fassent explicitement référence à la nature et à sa protection, tels que la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la Protection de la Nature, ou la Convention Africaine sur la Conservation de la Nature et des Ressources Naturelles², l'on constatera que le terme « nature » n'apparaît pas, dans ces textes, parmi les mots faisant l'objet d'une définition. Comme le précise le Professeur Untermaier, « *la nature est un de ces mots courants dont la signification semble évidente mais qui à l'examen s'avèrent rebelles à une approche rigoureuse.* »³.

Face au silence des juristes, c'est alors derrière une définition générale, communément admise, que l'on peut tenter de clarifier cette notion. Le Larousse propose ainsi plusieurs définitions de la nature :

- *Le monde physique, l'univers, l'ensemble des choses et des êtres, la réalité : Les merveilles de la nature.*
- *Ensemble de forces ou principe supérieur, considéré comme à l'origine des choses du monde, de son organisation : Rien ne se perd, rien ne se crée, c'est une loi de la nature.*
- *Ensemble des principes, des forces, en particulier de la vie, par opposition à l'action de l'homme : Elle faisait plus confiance à la nature qu'aux médecins.*

L'on comprend alors que le terme « nature » peut être considéré aussi bien comme « un tout », que comme ce qui est exclusif de la construction de l'homme. Partant de là, qu'en est-il concernant notre domaine d'étude, à savoir l'environnement et la gestion de l'espace ?

² Convention Africaine sur la Conservation de la nature et des ressources naturelles (Maputo) du 11 juillet 2003.

³ J. Untermaier, « Droit de l'homme à l'environnement et libertés publiques. Droit individuel ou droit collectif. Droit pour l'individu ou obligation pour l'Etat », RJE 4/1978, p. 329, spec. p. 336

Après une brève recherche dans la littérature spécialisée, on peut noter que, en géographie, la nature et le paysage sont fortement liés. En effet, reprenant un paragraphe tiré d'une étude récente sur « le paysage et le géo-système »⁴, il semble que l'un des postulats de base oppose la Nature (les lois de la nature) aux Hommes. Dans cette étude, la réflexion se base, en effet, sur « la manifestation spatiale de la nature, des phénomènes naturels, économiques et sociaux »⁵. Dans ce cadre, la géographie soviétique définit la nature comme un ensemble, un tout. Etant indivisible, c'est la notion de paysage qui permet alors de distinguer l'homme de la nature à travers la différenciation entre le paysage naturel et le paysage culturel⁶. La nature quant à elle, conserve cet aspect de grand tout englobant ces nuances. Le paysage est donc soumis à des distinctions que la nature ne subit pas. Que dit alors le droit concernant ce postulat : la nature est-elle, en droit, considérée comme un tout ?

Si la Déclaration de Stockholm de 1972 s'oppose à cette définition de la nature⁷ en précisant que «*pour jouir librement des bienfaits de la nature, l'homme doit tirer parti de ses connaissances en vue de créer, en coopération avec elle, un environnement meilleur* », laissant entendre que l'homme se distingue de la nature, il semble, en revanche, que la Charte Mondiale pour la Nature de 1982 abonde, quant à elle, en ce sens en soulignant que : «*L'humanité fait partie de la nature* »⁸. L'opposition que marquent les grands textes fondateurs du droit de l'environnement montre que la notion de nature n'est toujours pas claire pour les juristes. Et sans davantage rechercher de vérité juridique quant à savoir ce qu'il faut entendre par ce mot, nous concluons en reprenant les termes d'une thèse récemment soutenue sur «*Le droit de la protection de la nature et de la diversité biologique dans les*

⁴ Mateo, da Silva, Leal, *Paisaje y geosistema: apuntes para una discusión teórica*, REVISTA GEONORTE, Edição Especial, V.4, N.4, 2012, pp 249 – 260.

⁵ Mateo, da Silva, Leal, *Paisaje y geosistema: apuntes para una discusión teórica*, REVISTA GEONORTE, Edição Especial, V.4, N.4, 2012.

⁶ Le « paysage naturel » est également utilisé en Géographie Soviétique comme synonyme du concept « d'espace naturel » Mateo, da Silva, Leal, *Paisaje y geosistema: apuntes para una discusión teórica*, REVISTA GEONORTE, Edição Especial, V.4, N.4, 2012.

⁷ Déclaration de Stockholm de 1972 point 6 du Préambule.

⁸ Conférence des Nations Unies sur l'Environnement, Stockholm, 5 au 16 juin 1972, DECLARATION SUR L'ENVIRONNEMENT, Stockholm, 1972.

collectivités françaises d'outre-mer » qui annonce, dès les premières lignes, que la notion de nature est « indéfinissable »⁹.

Pour un juriste, le manque de définition peut mener sur des pistes glissantes où l'intérêt initialement recherché peut s'en retrouver desservi. En effet, lorsque nous évoquons l'intérêt de la Nature, incluons-nous également le développement humain ? Il semble que la question ici posée, à savoir, traiter de la nature comme projet de compensation écologique, pourrait être nuancée en fonction du sens donné au mot nature : s'agit-il de compenser la nature dans son sens pur et distinct de l'action humaine, ou s'agit-il de compenser une nature que l'homme aurait pu lui-même reproduire ? Cela change la donne et les limites de l'acceptation de cette notion très controversée qu'est la « compensation écologique ».

D'autre part, que signifie compenser ? Qu'est-ce que la compensation ? Classiquement, nous trouverons dans le dictionnaire que compenser signifie « *contrebalancer, équilibrer un effet par un autre, neutraliser un inconvénient, un préjudice par un avantage, un dédommagement* » finalement, compenser veut dire dédommager¹⁰. En pratique, la compensation écologique dont il est ici question, s'effectue à travers le remplacement des écosystèmes détruits, par de nouveaux écosystèmes recréés soit *in situ*, soit sur un terrain à proximité du dommage. Concrètement, cela signifie, par exemple, que si 1 hectare de prairie doit être détruit par la construction d'un projet, le maître d'ouvrage devra s'engager à recréer et entretenir 2 hectares de prairie sur une autre parcelle. Bien que la pratique de la compensation écologique existe depuis quelques années, la méthode, le contenu et le contexte même de ce principe de compensation écologique sont encore à préciser.

C'est donc avec ce flou juridique que nous nous engageons à répondre à la question posée et à analyser l'avenir de la nature telle qu'elle semble envisageable au vu du développement de l'intérêt porté au concept de la « compensation écologique ». Dans ce cadre, nous analyserons, dans un premier temps, ce que suppose la compensation écologique, c'est-à-dire ce qu'il est envisageable de réaliser au regard du droit existant (I). Et dans un second temps,

⁹ Lucie Stahl, Le droit de la protection de la nature et de la diversité biologique dans les collectivités françaises d'outre-mer, thèse soutenue à l'Université Lyon 3 Jean Moulin le 30 juin 2009, sous la direction du Professeur Jean UNTERMAIER. Consulté le 5 juin 2013 sur le site :

http://theses.univ-lyon3.fr/documents/lyon3/2009/stahl_1/pdfAmont/stahl_1_introduction.pdf

¹⁰ Dictionnaire Larousse, consulté sur internet le 11/08/13 :

<http://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/compenser/17642?q=compenser#17510>

nous nous intéresserons aux perspectives d'avenir en tentant d'imaginer des pistes d'encadrement juridique permettant de limiter certaines déviations propres à la logique de marché qui semble poindre aux abords de ce nouveau concept (II).

I. L'intégration en droit de la notion de « compensation écologique »

Bien que l'engouement pour la notion de compensation soit apparu dans les années 2000, l'utilisation du terme « compensation » en droit français de l'environnement n'est pas aussi récente qu'il n'y paraît. En effet, la compensation est requise, en France, dès la Loi n°76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature¹¹. Elle devient ainsi obligatoire dans le cadre de la construction de certains projets ou programmes pouvant endommager l'environnement¹². Mais qu'entend-on par compenser les conséquences dommageables pour l'environnement ? Qu'autorise réellement le droit, lorsqu'il préconise la réalisation d'une compensation écologique ? Le droit prévoit-il concrètement de compenser la nature ?

Avant de chercher une définition précise de ce que pourrait être le contenu de la compensation écologique (B), nous tenterons, dans un premier temps, d'affirmer la volonté du droit d'instaurer cette notion et d'impulser sa réalisation (A).

A. L'acceptation juridique de la compensation écologique

Comme nous venons de le voir, la loi sur la protection de la nature de 1976 et le Décret n° 77-1141 du 12/10/77 (pris pour application de l'article 2 de la loi de 1976 relative à la protection de la nature), impose le contenu de l'étude d'impact qui doit faire apparaître *«les mesures envisagées par le maître de l'ouvrage ou le pétitionnaire pour supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables du projet sur l'environnement et la santé»*¹³. Mais qu'est-ce que la compensation, en droit ?

¹¹ Dès les années 60 aux Etats-Unis.

¹² Article 2 « *le contenu de 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, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables pour l'environnement ;* »

¹³ Le Décret n° 77-1141 du 12/10/77, pris pour l'application de l'article 2 de la loi de 1976 relative à la protection de la nature. Article 2.4°)

Le concept de compensation a évolué. Il a mis du temps avant d'être identifié comme une notion à part entière et cela pour deux raisons. La première est que, à l'origine, le concept de compensation était fortement lié à l'obligation de réaliser une étude d'impact environnemental. En effet, le code de l'environnement¹⁴, le code de l'urbanisme¹⁵, les Conventions Internationales ainsi que de nombreuses Directives Européennes¹⁶ mentionnent, l'obligation de compenser leurs impacts parmi le triptyque « éviter, réduire compenser » (ERC), qui semble indissociable de la réalisation d'une étude d'impact. Par conséquent, à la lecture de ces textes, il semble que la notion de compensation tire son existence de celle de l'obligation d'élaborer une telle étude d'impact.

La deuxième raison est que, si le terme « compenser » un dommage est évoqué, le droit n'en a pas tout de suite précisé les contours. En effet, pendant longtemps, une confusion a régné concernant la distinction des mesures destinées à éviter, à réduire ou à compenser un impact. C'est alors en 2004, avec l'apparition de la Directive 2004/35/CE sur Responsabilité Environnement que la compensation à l'égard de l'environnement va s'autonomiser. En effet, en préconisant une réparation « en nature » du dommage environnemental, et en explicitant comment les dommages peuvent être compensés, la Directive attribue à la compensation un statut à part entière. Elle va, d'une part, se détacher de l'existence d'une évaluation environnementale, puisqu'elle peut désormais être réalisée en cas de dommages accidentels, et d'autre part, la notion de compensation va s'émanciper au regard de son attachement au

¹⁴ Article L122-1, Article L122-6, Article L371-2, Article L541-1, Article L371-3, Article L122-3, Article L122-3-4, Article L125-1, Article L125-8, Article R414-23, Article R122-14, Article R122-5, Article R512-4, Article R411-32, Article R122-20, Annexe de l'article R214-85, Article L162-9, Article R331-29 du code de l'environnement.

¹⁵ Article R111-28, Article R121-18, Article R124-2-1, Article R141-1, Article L121-11, Article A340-1, Article R122-2, Article R123-2-1 du code de l'urbanisme.

¹⁶ « La Résolution n° 7 relative aux principes directeurs de la procédure d'étude d'impact du 3 juin 1978¹¹², la Convention sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage du 23 juin 1979¹¹³, la directive n° 85/337/CEE du 27 juin 1985 relative à l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, la directive 92/43/CEE du 21 mai 1992 concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, le Protocole d'application de la Convention alpine de 1991 dans le domaine de la protection de la nature et de l'entretien des paysages, 20 décembre 1994 et la directive 2001/42/CE relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement du 27 juin 2001 », Lucas M., *Etude juridique de la compensation écologique*, dir. J-M. Staub, thèse soutenue le 28 novembre 2012, p.30.

triptyque ERC. Les précisions apportées par la Directive de 2004 pour définir ce qu'il faut entendre par « compensation », permettent alors de distinguer les différentes étapes nécessaires à la restauration d'un dommage¹⁷. La compensation acquiert ainsi une autonomie. Mais si désormais, celle-ci existe en tant que telle, et est explicitement prévue par le droit, que permet-elle réellement de faire ? Peut-on tout compenser ?

B. Le contenu imprécis de l'échange compensatoire

Cette question est importante au vu de notre sujet. En effet, si le droit prévoit la compensation, rend-il pour autant, acceptable et réalisable la compensation de la nature ? Pour en revenir à la Directive 2004/35/CE, sa particularité est qu'elle préconise une réparation « en nature » du dommage environnemental. Cette réparation « en nature » signifie qu'une perte écologique doit être remplacée par un gain écologique. Dans ce cadre et pour schématiser, la compensation, dite écologique, pourra s'envisager de la manière suivante : un hectare endommagé pourra être remplacé par 2hectares d'une surface équivalente recréés. Mais précise-t-elle cependant ce qui est compensable ? Peut-on compenser la nature en tant que telle ?

Selon l'Annexe I de la Directive, le responsable du dommage doit évaluer son impact en s'appuyant sur toute une série de données mesurables, telles que « *le nombre d'individus touché par l'impact, leur densité ou la surface couverte, le rôle des individus concernés ou de la zone atteinte par rapport à la conservation de l'espèce ou de l'habitat, la rareté de l'espèce ou de l'habitat (appréciés à un niveau local, régional et supérieur, y compris au niveau communautaire), etc* »¹⁸. A la lecture de ces quelques lignes, l'on comprend que la nature, pour être recréée, ne peut pas être considérée comme un tout, mais doit faire l'objet d'une analyse segmentée. Cependant, lorsque l'Annexe II de la Directive envisage l'utilisation prioritaire d'une équivalence ressource-ressource ou service-service pour recréer la nature, il

¹⁷ Annexe II.1 de la Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux relative à la responsabilité environnementale.

¹⁸ Directive 2004/35/CE du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale, Annexe I, transposé en France par le Décret n° 2009-468 du 23 avril 2009 relatif à la prévention et à la réparation de certains dommages causés à l'environnement.

semble qu'une prise en compte plus large que l'énumération des espèces et l'analyse de la qualité de leur habitat, soit requise. Un indice important quant au contenu de la compensation vient alors d'être posé, sans toutefois aller jusqu'à préciser ce que l'on peut entendre, ou comprendre par « équivalence ». Peut-on alors imaginer qu'il y ait compensation lorsque « l'équivalence » n'est pas tout à fait atteinte ?

Il semble que, tant que cette notion n'a pas été précisément définie, à partir du moment où le responsable du dommage prend toutes les mesures possibles pour réparer son impact, la compensation est avérée, puisque, de fait, l'équivalence n'est pas à démontrer. Deux remarques peuvent alors être faites. D'abord, si l'équivalence n'est pas à démontrer, il semble, finalement, que tout puisse être compensable, même si la technique ne permet pas encore de prouver que l'objet compensé et l'objet compensateur sont réellement semblables. D'autre part, si l'équivalence s'apparente plus à une obligation de moyens¹⁹ que de résultats²⁰, il semble que les éléments des écosystèmes non pris en compte dans la recreation de la nature impactée puissent engendrer, sur le long terme, une dégradation irréversible de la nature. En effet, la nature est un système dont la complexité dépasse encore les connaissances de l'homme. La création compensatoire de la nature impose alors la création d'une nature élaborée du point de vue de l'homme, et par conséquent potentiellement incomplète. Ainsi, accepter la compensation sans certitude de l'équivalence, est comme accepter l'irréversibilité sous couvert de l'espoir du progrès scientifique à venir. De ce fait, peut-on réellement envisager de préserver la nature en prévoyant la compensation écologique ? Quel est, alors, l'avenir de la nature ?

II. L'avenir de la nature en tant que projet de compensation

Au vu du droit que nous venons d'analyser, il semble effectivement que la nature puisse devenir un projet de compensation, c'est-à-dire que la création compensatoire de la nature semble admise par le droit. Cela laisse-t-il supposer que l'artificialisation de la nature est acceptable ? Comment le droit envisage-t-il d'encadrer ce phénomène ?

Il est important de noter ici que la pratique s'est développée rapidement, à tel point que le droit s'est laissé dépasser par les événements. En effet, si l'on reprend le principe juridique de

¹⁹ Le débiteur de l'obligation s'engage à mettre tous les moyens en œuvre pour atteindre le résultat.

²⁰ Le débiteur de l'obligation promet d'atteindre le résultat.

la compensation, compenser 1ha de surface endommagée par 2hectares de terrains équivalents²¹, suppose de trouver l'espace nécessaire pour recréer la nature impactée. Cela suppose, par conséquent, qu'un territoire dispose de suffisamment d'espace pour à la fois construire et compenser les impacts. Pourtant, le manque de terrains disponibles est une réalité qui est difficile à surmonter. D'autant plus que la loi précise la nécessaire équivalence entre le terrain impacté et la nature recréée, et recommande également une proximité géographique entre ces deux espaces²². Alors, pour contourner ce nouvel obstacle, la pratique a mis en place un ensemble d'acteurs chargés de résoudre cette situation; il s'agira notamment des bureaux d'études et des banques de compensation environnementale.

Des banques ? Le droit relatif à la compensation écologique ne mentionne pas leur intervention. De ce fait, bien que le droit positif ne prenne pas encore en compte cette évolution vers un système de banque de compensation, nous reste alors la tâche de tenter d'y apporter remède en consultant les apports doctrinaux. Nous verrons donc, dans un premier temps, que les juristes attachés à cette problématique semblent se diriger vers la piste d'un véritable marché qui se créerait autour de la notion de compensation (A), mais dont l'encadrement juridique reste pour l'heure, à définir (B).

A. Vers une compensation marchandisée ?

Observant la mise en place de ce processus aux Etats-Unis, c'est un système de banque de compensation qui semble offrir le meilleur soutien aux maîtres d'ouvrage pour leur permettre de répondre à leur obligation juridique. Ainsi, la France s'est inspirée de ce modèle à travers la création de la Caisse des Dépôts et Consignations Biodiversité (CDC - B). En effet, la CDC-B tente de répondre au souci de disponibilité foncière. Sa mission consiste ainsi à proposer des services de sécurisation foncière. A l'image des mécanismes de *Mitigation Banking* existant aux Etats-Unis, dont l'idée est de créer des *"habitats de réserve pouvant permettre la création d'instruments d'échange pour faire face à d'éventuelles responsabilités*

²¹ Les ratios compensatoires sont fixés au cas par cas par l'autorité compétente.

²² Directive 2004/35/CE sur la Responsabilité Environnementale, Annexe II, 1.3.1 : Les options de réparation raisonnables devraient être évaluées à l'aide des meilleures technologies disponibles, lorsqu'elles sont définies, sur la base des critères suivants : [...] - le lien géographique avec le site endommagé.

*environnementales*²³, la CDC-B propose un système de transactions entre le maître d'ouvrage responsable de l'impact et un opérateur capable d'offrir des unités écologiques (nombre d'individus, fonctionnalité écologique) susceptibles de compenser le dommage écologique causé par le projet ou l'accident²⁴. Mais qu'appelle-t-on concrètement une « unité écologique » ? Quel système d'échange ou de transaction est-il en train de se mettre place ? La nature peut-elle être échangée et être au cœur de ce mécanisme d'échange ?

La nature est, en droit, qualifiée de chose commune. Elle est donc juridiquement non-échangeable dans le sens où elle appartient à tout le monde²⁵. Ce n'est donc pas la nature en tant que telle qui, selon les termes du droit, pourra être l'objet d'un échange. De plus, pour qu'il y ait échange, il faut qu'il y ait une « unité » d'échange, c'est-à-dire un étalon de référence qui serait interchangeable et adaptable à tous les cas de compensation. Or, la nature est un tout, un système complexe qui ne peut pas faire l'objet d'une dissection. Dans ce cadre, peut-on trouver des éléments de la nature qui pourraient servir d'unité d'échange ?

Aucune réponse n'est possible à cette question. Pourtant, nous lirons tant dans la littérature scientifique, économique que juridique qu'un marché de la compensation est possible. En effet, alors que le droit français ne permet pas l'échange de la nature en tant que telle, il n'interdit pas l'échange de services. Ce serait donc à travers les services de gestion ou de restauration des espaces, par exemple, que pourrait fonctionner ce marché. Ces services pourraient être évalués en fonction du temps et de l'espace consacré à la recreation de la nature et permettraient d'attribuer un prix à ce travail sans avoir à passer par la marchandisation de la nature. Ainsi, quelle économie de l'environnement sommes-nous en train de mettre en place à travers cette pratique ? Que proposent concrètement ces banques d'échange de services²⁶?

²³ Trébulle FG, *Les fonctions de la responsabilité environnementale : réparer, prévenir, punir*, in La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation, Chantal Cans, Dalloz, 2009 (colloque de l'université du Maine) p.27 et s.

²⁴ Steichen P., *Le principe de compensation : un nouveau principe du droit de l'environnement?*, in La responsabilité environnementale : prévention, imputation, réparation, Chantal Cans, Dalloz, (colloque de l'université du Maine), 2009, p.144.

²⁵ Camproux-Duffrène MP et Martin G, *Le marché d'unité de biodiversité : question de principe*, in « Les unités de biodiversité, question de principe et de mise en œuvre, Environnement (RJE), numéro spécial 2008, p.88.

²⁶ Le terme « service » dans le cadre de la compensation écologique peut avoir différente signification, notamment concernant la question des services rendus par la nature. A cet égard, lire Doussan, I., 2009, Les

Selon les mécanismes qui se mettent en place, le rôle d'une banque de compensation est de détenir des actifs naturels que le maître d'ouvrage en quête d'unité de compensation, pourra acheter afin de répondre à son obligation légale de compensation. Plus simplement, cela signifie que la banque de compensation détient des terres sur lesquelles elle crée des services de conservation des éléments de la nature, afin que, le jour où un maître d'ouvrage endommage un certain type d'écosystème, il puisse solliciter cette banque qui lui fournira le service de compensation dont il a besoin. Ce procédé relève de l'anticipation de la demande de compensation.

Le premier exemple de compensation par l'offre, en France, soulève cependant une question inquiétante. En effet, la CDC-B a été investie de la mission de recréer des écosystèmes. Cependant, les écosystèmes choisis ont été de type remarquable, donc rare, comme le coussoul de Crau. Le coussoul est une steppe semi-aride contenant les associations végétales méditerranéennes les plus riches en espèces. Mais alors, puisque du coussoul est en train d'être recréé, cela signifie-t-il que des maîtres d'ouvrages peuvent désormais envisager installer leur structure dans ces zones naturelles pourtant protégées ? La création d'une offre de compensation, anticipant un dommage encore inexistant, semble être une manipulation qui, bien que scientifiquement intéressante, reste risquée dans son principe. L'on peut alors se questionner sur le poids de la création de l'artifice face à la préservation du réel, et au risque que cela encoure au regard de la préservation de la biodiversité ? Ainsi, comme nous pouvons l'imaginer, le principe de la compensation par l'offre semble présenter un risque non négligeable que le droit doit être en mesure d'encadrer rapidement.

B. L'avenir incertain du cadre juridique de la compensation écologique

Comme nous l'avons vu, le droit prévoit la compensation, mais en aucun cas il ne semble orienter son développement vers un système d'offre de compensation²⁷, plutôt que par la

services écologiques : un nouveau concept pour le droit de l'environnement. *La responsabilité environnementale*. C. Cans. Paris, Dalloz, pp. 125-141, et Bonnin M, « L'émergence des services environnementaux dans le droit international de l'environnement : une terminologie confuse », *VertigO - la revue électronique en sciences de l'environnement* [Online], Volume 12 numéro 3 | décembre 2012.

²⁷ Système existant grâce aux banques.

demande de compensation²⁸. Rappelons que, selon la Convention sur la Diversité Biologique, l'Etat est souverain sur ses ressources naturelles²⁹. Il serait donc seul à pouvoir dire si oui ou non, il accepte les manipulations qui s'opèrent actuellement sur son territoire. La compensation par l'offre anticipe une demande qui n'existe pas encore. En autorisant la création anticipée de certains écosystèmes sur son territoire, l'Etat accepte alors implicitement que ses ressources naturelles soient progressivement remplacées par des écosystèmes artificiels, dont la pérennité n'est pas prouvée³⁰ et dont l'action humaine reste utile à sa survie. Pourtant, rien ne semble expliciter la légalité de ces pratiques, si ce n'est la pratique elle-même. De ce fait, faut-il attendre qu'une forme de coutume se développe pour réglementer la compensation ? Il nous semble ainsi essentiel qu'un cadre juridique vienne en préciser les contours.

La question de la disponibilité foncière est une réalité qui touche la demande de compensation. Si l'achat anticipé de terrains destinés à la compensation peut être une réponse à ce problème, rien n'oblige les banques à anticiper la recréation d'un certain type d'écosystème sur ces terres. La question d'une réglementation en ce sens pourrait être posée afin de limiter les risques de dérives comme celles provoquées par des expériences comme la recréation de coussoul. De plus, si l'on envisage le développement d'un marché, il semble nécessaire d'encadrer le rôle de ses acteurs clés, car, outre les bureaux d'étude dont la fonction ne fait pas encore l'objet d'un encadrement, les banques de compensation méritent également attention. En effet, si la pratique se développe, les banques pourraient devenir détentrices des terrains compensateurs et disposeraient ainsi d'un pouvoir tant économique qu'environnemental important sur le territoire. Elles deviendraient propriétaires d'une partie de la richesse naturelle d'un territoire. Plusieurs questions se posent alors quant à l'encadrement de leurs compétences (techniques et géographiques, par exemple) et de leur statut (public ou privé).

L'on voit ainsi que la logique de régulation de l'offre et de la demande a dépassé l'intérêt écologique de la démarche. C'est pourquoi, la doctrine française semble se tourner davantage

²⁸ Recherche de terrain par les responsables du dommage.

²⁹ Convention sur la Diversité Biologique, Nations Unies, 1992. Consultable sur internet : <http://www.cbd.int/doc/legal/cbd-fr.pdf>

³⁰ Lire la thèse de Marthe Lucas, « Etude juridique sur la compensation écologique », dirigée par JM Staub, soutenue le 28 novembre 2012, page 532 (non publiée).

vers la possibilité de limiter ce risque en restreignant l'activité de banking « à des personnes publiques ou, du moins, à des acteurs déjà connus pour leur compétence dans le domaine de la biodiversité »³¹. C'est également pourquoi l'idée de créer une Autorité qui régulerait le marché est encouragée par le Professeur Gilles J. Martin qui insiste sur l'indépendance d'une telle structure. Son rôle serait notamment de contrôler l'équivalence des transactions et d'assurer, de manière transparente, le bon équilibre entre les dommages et les réparations. Mais ne peut-on pas envisager d'autres perspectives que le marché et sa régulation ?

A-t-on réellement besoin d'un système de banque de compensation ? La planification du territoire ne pourrait-elle pas d'ores-et-déjà permettre de cibler les emplacements de terrains disponibles et compensables ? La question de la gestion de la disponibilité foncière et des limites de l'urbanisation pourrait, en effet, être envisagée sous cet angle, plutôt que sous l'angle d'un marché. Ainsi, sans créer une nouvelle structure composée d'experts dont l'objet serait de contrôler d'autres structures opaques dont seules les personnes directement impliquées pourraient finalement maîtriser les données et évaluer les impacts, ne pourrait-on pas imaginer l'ouverture de la démarche de contrôle à l'ensemble des acteurs concernés et au décloisonnement des structures vers une réelle transparence ? Une telle instance ne pourrait-elle pas s'inscrire dans une démarche évolutive et dynamique des procédures étatiques plutôt que de la création d'un nouvel acteur du marché ?

La nature est un élément sensible qui ne peut pas être recréé. Le rôle du droit ne serait-il pas alors d'imposer une restriction franche et de faire respecter les limites de notre planète ? C'est sur ces questions que nous laissons là en suspens le sort de notre problématique relative à la nature comme projet de compensation écologique.

³¹ Marthe Lucas, *op. cit.*, p.549.

DOCUMENTS DE TRAVAIL GREDEG PARUS EN 2014
GREDEG Working Papers Released in 2014

- 2014-01** CRISTIANO ANTONELLI & FRANCESCO QUATRARO
The Effects of Biased Technological Changes on Total Factor Productivity: A Rejoinder and New Empirical Evidence
- 2014-02** MICHAËL ASSOUS & ROBERTO LAMPA
Lange's 1938 Model: Dynamics and the "Optimum propensity to consume"
- 2014-03** AGNÈS FESTRÉ & PIERRE GARROUSTE
Do People Stand by their Commitments? Evidence from Classroom Experiments
- 2014-04** SAMIRA DEMARIA & SANDRA RIGOT
IFRS Standards and Insurance Companies: What Stakes for Long-Term Investment? A French Case Explanatory Analysis
- 2014-05** GÉRARD MONDELLO
Splitting Nuclear Parks or Not? The Third Party Liability Role
- 2014-06** FRÉDÉRIC MARTY
Towards an Economics of Convention-based Approach of the European Competition Policy
- 2014-07** GIOVANNI DOSI, GIORGIO FAGIOLO, MAURO NAPOLETANO, ANDREA ROVENTINI & TANIA TREIBICH
Fiscal and Monetary Policies in Complex Evolving Economies
- 2014-08** SÉVERINE BORDERON
La nature devenue projet de compensation écologique