

## LA COMPENSATION ENVIRONNEMENTALE, UN MÉCANISME INEFFICACE À AMÉLIORER

Marthe LUCAS

Doctorante en droit de l'environnement,  
Université de Strasbourg,  
Centre de droit de l'environnement de Strasbourg

L'étude présentée dans cet article découle d'une recherche pluridisciplinaire plus vaste visant à élaborer un outil d'aide à la décision pour des projets d'aménagement en milieux sensibles<sup>1</sup>. Plus précisément, cette étude, ayant pour cadre des projets d'extension portuaire sur le Rhin coté français, doit permettre une amélioration de l'évaluation des dommages environnementaux et de leur prise en compte dans la mise en œuvre de projets d'aménagement. Sur le plan juridique, toute opération susceptible de causer des dommages environnementaux est soumise à déclaration ou à autorisation et, dans ce cadre, fait l'objet d'une étude d'impact<sup>2</sup>. Une fois les effets dommageables sur l'environnement évalués, le pétitionnaire doit y exposer les mesures envisagées pour supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables du projet sur l'environnement et la santé.

Les mesures d'atténuation, à savoir les mesures de suppression et de réduction, relèvent des principes de prévention et de correction à la source des dommages. Elles visent à amoindrir au maximum la probabilité de la survenance et l'importance des impacts prévisibles sur le site et permettent la préservation des éléments naturels du site. Ce n'est qu'en second lieu, en cas de dommages résiduels subsistant aux mesures d'atténuation, que le maître d'ouvrage devrait avoir recours aux mesures de compensation<sup>3</sup>. Celles-ci permettent, en cas d'impacts causés à la nature, de reconstruire ailleurs un milieu naturel équivalent mais jamais identique. Le postulat posé ici par la compensation est le maintien d'une certaine qualité écologique. Toutefois, sa mise en œuvre n'est pas systématique, d'autant que la compensation n'est pas toujours envisageable sur le plan technique<sup>4</sup>.

1. Travail en collaboration avec une économiste, N. Dumax (« La réparation économique du préjudice écologique »), et une géographe, C. Ohresser, mené à l'instigation de Voies navigables de France (VNF).

2. Sous réserve des régimes d'exception déterminés par le Code de l'environnement.

3. En pratique, toutefois, il est parfois difficile de distinguer les mesures relevant de la compensation des mesures d'atténuation ou d'accompagnement.

4. Il peut s'agir de difficultés techniques de mise en place de certaines mesures compensatoires ou de difficultés dans la détermination même de mesures susceptibles de compenser certaines incidences écologiques au regard des connaissances scientifiques actuelles.

Les mesures de compensation<sup>5</sup> ne relèvent plus du domaine de la prévention, en ce qu'elles n'évitent pas la réalisation des impacts environnementaux, mais n'entrent pas encore dans le domaine de la réparation, dans la mesure où le dommage n'a pas encore eu lieu. « Permis de détruire »<sup>6</sup> ou véritable avancée pour une protection accrue de l'environnement, la compensation soulève diverses questions, à commencer par la raison d'être et l'objet de ces mesures.

Issues de la loi sur la protection de la nature et de son décret d'application, les mesures compensatoires prévues dans l'étude d'impact depuis 1976<sup>7</sup> constituent un moyen de prendre en compte la réalisation probable d'un dommage environnemental. Bien que les projets fassent l'objet d'autorisations administratives, celles-ci sont délivrées sous réserve du droit des tiers et n'exonèrent pas l'aménageur de toute responsabilité relative au préjudice environnemental généré par son projet. La réalisation de mesures de compensation devrait alors responsabiliser l'aménageur sur le plan environnemental.

Les dommages environnementaux susceptibles d'être causés, listés par l'étude d'impact, et leur compensation sont évalués en fonction des intérêts protégés par la loi et de la nature de l'opération projetée. Ainsi, il existe aujourd'hui différentes variantes de l'étude d'impact selon l'objet de l'opération<sup>8</sup>. Ces études sont assez proches, plus ou moins détaillées et peu précises concernant les modalités de mise en œuvre des actions de compensation et leur portée juridique. Elles conduisent à une application variable de ces mesures, sans que ces divergences ne soient *a priori* justifiées et surtout satisfaisantes sur le plan environnemental. C'est pourquoi il convient d'expliquer en quelques points l'ineffectivité des mesures compensatoires (I), puis d'exposer les pistes d'amélioration de ces mesures pour une compensation environnementale pérenne (II).

## I. - EXPLICATIONS SUR L'INEFFECTIVITÉ DES MESURES COMPENSATOIRES

Déterminer les mesures de compensation environnementales les plus appropriées est un exercice laborieux pour qui n'est pas expert en matière de systèmes naturels complexes. Ceci incombe principalement à deux acteurs : le

5. Les mesures de compensation environnementales abordées ici sont celles mises en place dans le cadre de projets soumis à autorisation, à l'exclusion des mesures de compensation figurant dans les documents d'urbanisme. Il ne s'agit pas de compensation au sens d'indemnisation ou de réparation d'un dommage environnemental avéré faisant suite à un contentieux.

6. M. Prieur, « Le respect de l'environnement et les études d'impact », *RJE* n° 2/1981, p. 119-120 ; J. Untermaier, « De la compensation, comme principe général du droit et de l'implantation de télésièges en site classé », *RJE* n° 4/1986, p. 382 à 412 ; M.-P. Camproux, « Les unités de biodiversité, questions de principe », in « Biodiversité et évolution du droit de la protection de la nature : réflexion prospective », journée d'étude de la SFDE du 22 mai 2008, *RJE* 2008, numéro spécial.

7. Article 2 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (*JO* du 13 juillet). Le décret n° 77-1141 du 12 octobre 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) fixe le régime général des études d'impact environnementales, tandis que depuis 1994, le décret n° 77-1133 du 21 septembre 1977 pris en application de la loi n° 76-663 du 19 juillet 1976 (*JO* du 8 octobre) prévoit un contenu spécial pour les installations classées pour la protection de l'environnement (ICPE).

8. Appelées étude d'impact pour les autorisations en matière d'installation classée pour la protection de l'environnement (art. L. 122-1 à L. 122-3 du Code de l'environnement et R. 512-6 et R. 512-8 du Code de l'environnement) ; notice d'impact en cas de version allégée de l'étude d'impact (art. R. 122-9 du Code de l'environnement) ; document d'incidence pour les installations, ouvrages, travaux ou activités (IOTA) de la nomenclature eau soumise à autorisation (art. R. 214-6 du Code de l'environnement) ou à déclaration (art. R. 214-32 du Code de l'environnement) ; évaluation des incidences pour les projets susceptibles d'impacter des sites Natura 2000 (art. R. 414-21 du Code de l'environnement) et, enfin, évaluation environnementale des plans, schémas et programmes de planification en matière d'urbanisme (art. L. 122-4 et L. 122-6 du Code de l'urbanisme).

maître d'ouvrage en propose dans son étude d'impact et l'autorité administrative compétente en impose lors de la délivrance de l'autorisation. Ce système de désignation est actuellement insatisfaisant tant du point de vue du manque de compétence du maître d'ouvrage que du pouvoir discrétionnaire de l'administration (A). Si la définition de la compensation n'échappe pas au contrôle du juge administratif, la relativité de ce contrôle ne les rend pas plus efficaces d'un point de vue environnemental (B).

#### A) UN SYSTÈME DE DÉSIGNATION DES MESURES DE COMPENSATION ENVIRONNEMENTALES INADÉQUAT

Le maître d'ouvrage, *a priori* non spécialiste des mesures de génie écologique que peuvent être des compensations environnementales, présente des mesures compensatoires dans son étude d'impact. La qualité des mesures de compensation suppose à la fois une bonne analyse de l'état initial et une évaluation précise des effets environnementaux du projet. Seule une évaluation complète des dommages<sup>9</sup> peut conduire à une anticipation maximale des atteintes environnementales. En ce sens, lors du Grenelle de l'environnement, le Conseil national pour la protection de la nature énonce que l'« un des facteurs clés de l'amélioration de la compensation réside dans la qualité des études d'impact<sup>10</sup> ». Or, à l'heure actuelle, rien ne garantit les caractères qualitatif et surtout objectif des éléments de l'étude.

À cet égard, le maître d'ouvrage cumule, *de facto*, les fonctions d'évaluation du dommage causé par son projet, de proposition de mesures d'atténuation et de compensation, et de mise en œuvre de ces mesures. Ce cumul crée un risque latent de sous ou de mauvaise évaluation des impacts environnementaux pouvant conduire à une mise en œuvre réduite ou inadéquate des mesures de compensation. La pratique démontre que le maître d'ouvrage a tendance à engager le bureau d'étude spécialisé le moins onéreux pour effectuer l'étude d'impact. Cela s'expliquerait par le fait que, pour la plupart des aménageurs, l'étude d'impact n'est qu'une formalité procédurale ; si bien que le budget qui leur est consacré serait généralement de l'ordre de 1 % du coût des projets concernés<sup>11</sup>. Ce faible coût n'est pas sans conséquences sur la qualité des résultats de l'étude d'impact faite dans des délais souvent réduits, et ne pouvant donc pas porter sur l'ensemble de la faune et la flore concernées. Le maître d'ouvrage a néanmoins intérêt à ce que son étude d'impact soit de qualité s'il tient à ce que son projet soit validé par l'administration et ne pas risquer au contentieux une annulation de son autorisation administrative pour insuffisance de l'étude d'impact.

L'autorité administrative, pour sa part, est tenue de vérifier la qualité de l'étude d'impact et à ce titre examine entre autres la pertinence des mesures de compensation proposées. Elle est libre de les reprendre intégralement, de choisir entre

9. N. Dumax, « La réparation économique du préjudice écologique », *infra* p. 51.

10. Recommandations du Conseil national de la protection de la nature (CNP) concernant le rapport du groupe 2 du Grenelle de l'environnement « Préserver la biodiversité et les ressources naturelles », réunion du CNPN du 17 octobre 2007, p. 4. Selon lui, il convient que les études d'impact « soient encadrées par un cahier des charges précis et qu'elles portent sur des cycles biologiques complets ».

11. « Les apports de la science et de la technologie au développement durable, tome II : La biodiversité : l'autre choc ? L'autre chance ? », Rapport n° 131 (2007-2008) de P. Laffitte et C. Saunier, fait au nom de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, déposé le 12 décembre 2007, p. 84.

plusieurs formes de compensation présentées par le maître d'ouvrage ou encore d'en imposer de nouvelles, si ces dernières lui semblent inadéquates<sup>12</sup>. Cette appréciation de la qualité et de l'efficacité des mesures de compensation en fonction des impacts environnementaux susceptibles d'être causés peut s'avérer un exercice délicat pour les services instructeurs. Il s'agit d'un domaine particulièrement technique, au sein duquel il n'existe pas toujours de consensus scientifique.

En outre, le maître d'ouvrage prévoit parfois des mesures de compensation nécessitant une seconde autorisation administrative<sup>13</sup>. Or non seulement l'autorité consultée n'est pas toujours qualifiée pour examiner cette autorisation, mais, même dans ce cas, elle ne dispose pas de l'ensemble des éléments requis pour instruire le dossier sur le fond. Il arrive ainsi que l'autorisation d'un projet soit délivrée sur le fondement d'actions de compensation dont rien ne garantit qu'elles soient validées ultérieurement par l'administration compétente et donc mises en œuvre.

Si l'adéquation entre la nature des futurs impacts et celle des mesures de compensation environnementales ne peut pas toujours être assurée, il n'en reste pas moins que ce point peut être soulevé devant le juge administratif lors du contrôle de la décision finale de l'autorité compétente.

## B) LE CONTRÔLE SUPERFICIEL DES MESURES DE COMPENSATION PAR LE JUGE ADMINISTRATIF

Selon les textes, les mesures de compensation figurent exclusivement dans l'étude d'impact du maître d'ouvrage. Juridiquement, cette étude participe à la procédure conduisant à la prise d'une décision administrative et ne constitue pas un acte faisant grief. Il est donc impossible de déférer une étude d'impact seule devant le juge administratif au motif qu'elle ne comporterait pas de mesures de compensation.

Le seul recours possible est celui exercé à l'encontre de l'autorisation administrative prise sur la base de l'étude d'impact. En effet, le maître d'ouvrage est tenu de mentionner dans l'étude d'impact les mesures de compensation ainsi que le montant financier prévu pour leur mise en œuvre<sup>14</sup>. Le cas échéant, si les requérants soulèvent ce moyen, une étude d'impact ne présentant pas<sup>15</sup> ou définissant mal<sup>16</sup> les mesures de compensation, peut être jugée insuffisante. Elle entraîne alors l'annulation de l'arrêté d'autorisation pour vice substantiel de

12. CAA Versailles, 2<sup>e</sup> Ch., 29 septembre 2005, M. Xavier Lapere, n° 04VE02304, *Rec. Leb.*, p. 694. Dans cet arrêt, le bénéficiaire d'une autorisation de défrichement remet en cause la nature de la compensation qui lui est imposée, en l'espèce la constitution d'une réserve boisée. La Cour estime ce moyen irrecevable en raison du caractère indivisible de l'autorisation administrative de défrichement.

13. Le maître d'ouvrage peut proposer par exemple de classer une zone naturelle en zone Natura 2000.

14. Article R. 122-3-II-4 du Code de l'environnement pour l'étude d'impact classique, R. 512-8 II 4<sup>o</sup> du Code de l'environnement pour les autorisations ICPE, R. 414-21-III-2 du Code de l'environnement pour les opérations touchant les sites Natura 2000, et R. 214-6 et R. 214-32 du Code de l'environnement pour les autorisations et les déclarations au titre de la législation eau (sans l'estimation du coût des mesures de compensation).

15. CE, 28 septembre 1984, SA Charles Mortera, n° 40902, *RJE* n° 4/1984, p. 332 (absence d'état initial et de mesures de compensation) et CE, 27 juillet 1988, Ministre délégué chargé de l'environnement c/ Alberdi, n° 87-125 et 87-524, *RJE* n° 1/1989, p. 79 (absence d'estimation).

16. CE, 10 juin 1983, M. André Decroix, n° 46877, *Rec. Leb.*, p. 255-256; *AJDA* 1983, p. 550, chron. Lasserre et Delarue et CAA Paris, 18 juillet 1995, Commune d'Esply, *Rec. Leb.*, T., p. 917.

procédure. De cette manière, ils peuvent, à l'appui de leur demande d'annulation, invoquer l'absence ou l'insuffisance des mesures de compensation d'un arrêté d'autorisation<sup>17</sup>.

Dans la mesure où l'étude d'impact conditionne la légalité de la décision administrative d'autorisation ou de refus, le juge administratif veille à ce que les éléments de l'étude (dont les mesures de compensation) soient suffisamment précis pour informer le public et l'administration<sup>18</sup>. Le juge est également attentif au degré de précision de ces mesures qui doivent être proportionnelles à la taille de l'opération et à l'ampleur de ses incidences écologiques<sup>19</sup>. Il en résulte que le maître d'ouvrage d'un petit projet ou, du moins, d'un projet n'ayant pas un impact environnemental trop important, n'est pas tenu de détailler les mesures d'atténuation et de compensation dans l'étude d'impact. Si elles ne figurent dans aucun document écrit, il est fort probable que ces mesures ne soient jamais mises en œuvre par la suite.

En l'état actuel de la jurisprudence, le juge administratif ne se prononce que sur la présence et la proportionnalité des mesures de compensation par rapport au projet envisagé dans l'étude d'impact. Il refuse tout contrôle d'opportunité quant à la pertinence des mesures de compensation prévues par le pétitionnaire ou quant aux modalités concrètes de mise en œuvre de ces mesures<sup>20</sup>. Cette situation ne l'encourage guère en matière de plein contentieux à réformer l'arrêté d'autorisation pour imposer des mesures supplémentaires<sup>21</sup>.

En outre, sa position est plus floue quant à la portée des mesures de compensation. Curieusement, à l'exception des opérations portant atteinte à un site Natura 2000<sup>22</sup>, les textes réglementaires n'imposent pas la mise en œuvre des mesures de compensation. Ainsi, l'étude d'impact n'étant pas un acte juridique contraignant, seul l'arrêté d'autorisation précisant les mesures de compensation emporte une obligation de faire. En revanche, la situation est davantage problématique lorsque l'autorité administrative ne les reprend pas ou n'y fait pas référence.

La question se pose de savoir si la réalisation des mesures de compensation prévues dans l'étude d'impact est malgré tout obligatoire. Selon la doctrine, les mesures envisagées dans l'étude d'impact ne seraient qu'un engagement moral du maître d'ouvrage<sup>23</sup>. Conformément à ce raisonnement, un arrêt de la cour

17. TA Besançon, 13 décembre 2007, Commission de protection des eaux de Franche-Comté, n° 0700637, *Dr. env.*, n° 156, mars 2008, p. 2.

18. CAA Lyon, 31 janvier 1995, Société EMC Services, n° 93LY00176, inédit au *Rec. Leb.* Est insuffisante l'étude d'impact trop générale qui ne permet pas aux tiers d'être informés clairement sur l'impact actuel et futur des installations gérées par l'exploitant.

19. Article R. 122-3 du Code de l'environnement pour les études d'impact classique, R. 214-32 du Code de l'environnement en matière d'eau, R. 512-8 du Code de l'environnement pour les ICPE, TA Caen, 12 janvier 1982, Comité départemental de défense contre les couloirs de lignes à très haute tension, n° 63-80 et 621-80, *RJE* n° 3/1982, p. 311-313.

20. Ce refus du contrôle de l'opportunité des décisions administratives se retrouve notamment dans le cadre du contrôle des variantes du projet. S. Hébrard estime que l'examen délicat et technique de l'efficacité des mesures de compensation doit échapper au contrôle du juge administratif, in « Les études d'impact sur l'environnement devant le juge administratif », *RJE* 2/1981, p. 129-176.

21. En matière de plein contentieux, les pouvoirs du juge administratif diffèrent de ceux dont il dispose dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir. Au-delà de son pouvoir d'annuler ou de valider un acte administratif, il peut réformer cet acte, voire sous certaines conditions lui substituer un autre acte. Autre singularité, le juge statue au regard du droit en vigueur à la date du jugement. En droit de l'environnement, cela concerne le contentieux relatif à la police de l'eau et des installations classées (art. L. 214-10 [IOTA] et L. 514-6 [ICPE] du Code de l'environnement).

22. L'article L. 414-4-III du Code de l'environnement prévoit expressément que les autorités administratives sont tenues de s'assurer de la mise en œuvre des mesures de compensation.

23. M. Prieur, « Droit de l'environnement », *Dalloz*, 5<sup>e</sup> éd., 2004, p. 88 ; dans le même sens : X. Braid, « Protection de l'environnement : guide juridique à l'usage des associations », Y. Michel, 2002, p. 119 : « l'étude d'impact n'impose par elle-même aucune obligation ».



administrative d'appel de Nancy a annulé un arrêté d'autorisation, notamment parce que ses prescriptions ne reprenaient pas les mesures de compensation prévues par le pétitionnaire dans son étude d'impact et ne garantissaient pas le respect des éléments protégés au titre de l'article L. 512-1 du Code de l'environnement<sup>24</sup>. Pourtant, en matière de déclaration d'utilité publique, un arrêt plus récent de la même cour a jugé que l'arrêté préfectoral d'autorisation n'avait pas à reprendre expressément les mesures de compensation, le maître d'ouvrage s'étant engagé dans l'étude d'impact à les mettre en œuvre<sup>25</sup>.

Il apparaît nécessaire d'éviter ces divergences jurisprudentielles sur la portée juridique des mesures de compensation non reprises dans un arrêté d'autorisation. Ainsi, le législateur devrait soit imposer au préfet de les reprendre dans son arrêté<sup>26</sup> soit, à défaut d'une telle reprise, donner une portée juridique aux mesures de compensation et d'atténuation figurant dans l'étude d'impact. Leur garantir une telle force contraignante permettrait aux tiers d'agir au contentieux en cas de mauvaise ou de non réalisation des mesures de compensation.

Par ailleurs, le contenu des mesures de compensation nécessiterait également d'être encadré juridiquement afin de mieux anticiper les dommages environnementaux.

## II. – UN ENCADREMENT POUR UNE COMPENSATION ENVIRONNEMENTALE ET PÉRENNE À PROPOSER

Les mesures de compensation environnementale telles qu'elles sont actuellement prévues pour des projets d'aménagement sont « décevantes »<sup>27</sup> tant au niveau de la définition environnementale des mesures (A) que des modalités temporelles et spatiales de leur mise en œuvre (B).

### A) LA NÉCESSITÉ DE PRÉCISER LE CARACTÈRE ENVIRONNEMENTAL DES MESURES DE COMPENSATION

Les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'objet des mesures de compensation sont assez inégales selon la nature de l'opération envisagée.

Sur le plan environnemental, le système le plus abouti est celui de la compensation forestière (art. L. 311-4 du Code forestier). L'autorité administrative peut adjoindre à son autorisation de défrichement un certain nombre de mesures visant au maintien des rôles écologique et social des bois<sup>28</sup>. En ce qui concerne plus précisément le boisement compensateur, elle peut en déterminer le lieu – réalisation dans la même région forestière ou dans un secteur écologiquement ou socialement comparable – et la surface – surface équivalente ou plus grande en fonction des rôles du boisement.

24. CAA Nancy, 4<sup>e</sup> Ch., 28 février 2005, Société GSM, n° 02NC01300, *RJE* n° 4/2006, p. 481-483, obs. Raphaël Schneider.

25. CAA Nancy, 21 juin 2007, Commune de Heidwiller, n° 06NC00102, inédit au *Rec. Leb.* Cette solution est pourtant critiquable juridiquement. En effet, en l'espèce le juge se fonde sur un arrêté préfectoral ne comportant pas de mesures de compensation pour affirmer que les mesures de compensation prévues justifient l'atténuation des effets négatifs du projet et le rendent d'utilité publique.

26. En ce sens, voir l'article 86 de l'avant-projet de loi, n° 155, portant engagement national pour l'environnement, déposé au Sénat le 12 janvier 2009 (dit Grenelle II) modifiant l'article L. 122-1 du Code de l'environnement.

27. Rapport n° 131 (2007-2008) de P. Laffitte et C. Saunier (préc.), p. 164-165.

28. L'administration peut prescrire, par exemple, la réalisation de boisements compensateurs, de travaux de protection contre l'érosion des sols ou de réduction des risques naturels.

Le but des mesures de compensation est défini plus sommairement pour les projets susceptibles de détériorer un site Natura 2000. Selon l'article L. 414-4-III du Code de l'environnement, elles doivent permettre « le maintien de la cohérence globale du réseau Natura 2000 ». Cette formulation sous-entend que les mesures devraient correspondre aux objectifs du site Natura touché, aux aspects structurels et fonctionnels du site, et aux éléments faunistiques et floristiques atteints. D'après la Commission européenne, seule une réparation en nature des dommages causés aux fonctions et aux espèces devrait permettre le maintien de la cohérence écologique du réseau Natura 2000<sup>29</sup>. Pour sa part, le Code de l'environnement reste silencieux sur cette question, de même qu'en matière de compensation prévue par l'étude d'impact de droit commun<sup>30</sup>. La compensation des « conséquences dommageables du projet sur l'environnement et la santé » prescrite par l'article L. 122-3 du Code de l'environnement est une vaste ambition, surtout dans la mesure où le Code ne contient aucune définition précise de la notion « environnement »<sup>31</sup>.

|   | Défrichement  | Natura 2000                                   | Etude impact           |
|---|---|---|------------------------|
| Objet de la compensation                | Maintien des rôles écologique et social des bois                                  | Maintien de la cohérence écologique du réseau | Environnement et santé |
| Obligation de compensation              | Non   | Oui   | Non                    |
| Précision des modalités de compensation | Lieu, surface, nature de la compensation (réserves boisées, bois compensateur...) | Non   | Non                    |

De telles différences de définition ne se justifient pas et sont inadmissibles sur le plan écologique. Une harmonisation de la réglementation s'alignant sur les boisements compensateurs est souhaitable mais insuffisante. Au regard de la caractéristique environnementale du dommage causé par le projet, il serait en effet judicieux de préconiser en priorité une compensation écologique. Sur ce point, un parallèle peut être fait avec les mesures de réparation – exclusivement en nature – prévues par la directive responsabilité environnementale (DRE)<sup>32</sup>. Il pourrait, en effet, être opportun de transposer les conditions posées par cette directive en matière de prévention et de réparation aux modalités de la compensation par anticipation. Les deux systèmes ont pour objet la protection du dommage environnemental pur, à ceci près que la DRE ne prend en compte que certains dommages environnementaux<sup>33</sup> alors qu'il serait souhaitable, en matière

29. En ce sens, un guide élaboré par la Commission européenne a d'ailleurs exclu la possibilité d'une compensation par un versement pécuniaire à des fonds, même si ceux-ci financent des projets de conservation de la nature : Commission européenne, « Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4 de la directive Habitats, clarification des concepts de : solutions alternatives, raisons impératives d'intérêt public majeur, mesures compensatoires, cohérence globale, avis de la Commission », janvier 2007, 31 pages, [http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance\\_art6\\_4\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/environment/nature/natura2000/management/docs/art6/guidance_art6_4_fr.pdf).

30. Il s'agit de l'étude d'impact issue du décret du 12 octobre 1977 préc. (art. L. 122-1 à L. 122-3 du Code de l'environnement).

31. L'article L. 124-2 du Code de l'environnement liste malgré tout un certain nombre de thèmes liés à l'environnement dans le cadre du droit d'accès à l'information en matière d'environnement.

32. Directive n° 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 du 30 avril). Elle vise la réparation intégrale et en nature du dommage environnemental avéré ou en cas de menace imminente de dommage environnemental.

33. Articles 2 et 3 de la DRE.

de compensation par anticipation, que la nature dite « ordinaire » (par opposition à la nature protégée) soit également intégrée<sup>34</sup>. De plus, une compensation en amont, intégrale et durable, des atteintes environnementales permettrait éventuellement d'éviter de recourir à des mesures de réparation une fois le projet réalisé, sous réserve bien sûr de ne pas découvrir par la suite une nouvelle nuisance.

Le caractère écologique des mesures suppose que les actions de compensation portent sur les atteintes causées aux écosystèmes, aux fonctions écologiques, aux équilibres naturels et aux pertes intermédiaires<sup>35</sup> quand ces dernières existent. Conformément aux méthodes d'évaluation américaines<sup>36</sup>, la nécessité d'une équivalence en nature entre les éléments touchés et ceux restaurés ou améliorés devrait être reconnue juridiquement. L'insertion d'un critère d'équivalence permettrait de remédier à cette situation en imposant des échanges entre biens de même nature, et aboutissant à la préservation de fonctions écologiques similaires<sup>37</sup>.

Par ailleurs, la réalisation des mesures de compensation environnementale par des maîtres d'ouvrage non qualifiés peut s'avérer malaisée. En pratique, ils sont amenés à déléguer cette mission à des tiers compétents moyennant une rémunération. Ce mécanisme financier conduit *in fine* à une réalisation en nature de la compensation selon les critères fixés par le maître d'ouvrage. Celui-ci reste cependant responsable de sa bonne mise en œuvre devant les tiers et l'administration. Si ce dispositif est satisfaisant du point de vue environnemental, il n'en est pas de même pour des compensations réalisées par l'Etat. Quelques textes laissent en effet le choix à l'exploitant entre la réalisation de sa propre compensation ou le versement d'une somme au Trésor public, l'Etat se chargeant ensuite de réinvestir l'argent au profit du milieu impacté<sup>38</sup>. Le montant de cette somme est calculé forfaitairement selon le prix de l'opération à mener<sup>39</sup>, sans aucune garantie d'équivalence entre les éléments touchés et ceux restaurés. Or rien ne justifie que la mise en œuvre de la compensation par l'Etat conduise à un résultat de moindre qualité environnementale<sup>40</sup>. En ce sens, il serait opportun de soumettre les opérations de compensation menées par l'Etat aux mêmes conditions écologiques que celles imposées aux maîtres d'ouvrage.

Les projets ne devraient pas être autorisés lorsqu'une compensation en nature ne peut être envisagée au regard des connaissances scientifiques actuelles<sup>41</sup>.

34. Actuellement la destruction de la nature ordinaire – c'est-à-dire celle qui ne bénéficie pas d'une protection juridique – n'est pas réellement compensée (v. doc. préc. du CNPN, note 12).

35. Ce sont les pertes de services rendus par les écosystèmes survenues entre le moment de la réalisation du dommage et celui où les mesures de compensation sont devenues effectives. Cette notion est définie par la DRE (annexe II, 1, d).

36. V. l'article de N. Dumax, préc.

37. Ph. Billet, « La nature n'a pas de prix. Vendons-là ! A propos des unités de biodiversité », Focus, Environnement n° 4, juin 2008, p. 3.

38. Cette possibilité est notamment prévue en matière de boisements compensateurs (art. L. 311-4 du Code forestier) et de dommages causés à la vie, à la circulation et à la reproduction des espèces de poissons, ainsi qu'au milieu aquatique (art. 9 du décret n° 95-1205 du 6 novembre 1995 approuvant le modèle de règlement d'eau des entreprises autorisées à utiliser l'énergie hydraulique [JO du 11 novembre], annexe de l'article R. 214-85 du Code de l'environnement). La différence – non négligeable – tient au fait qu'en matière de défrichement le bénéficiaire de l'autorisation a le libre choix entre une compensation en nature ou financière, tandis que dans l'autre cas, la compensation financière n'est possible qu'après accord « du service chargé de la pêche et du service chargé du contrôle ».

39. Par exemple, dans le cadre de l'article R. 214-8 du Code de l'environnement, cette somme est indexée sur la « valeur de (...) alevins de truites fario de six mois ».

40. Les textes n'excluent pas cette possibilité. Ce mécanisme a aussi pour conséquence que le tiers ne puisse pas vérifier la réalisation ou non des mesures de compensation et leur efficacité.

41. Cela exclut les cas où la compensation est impossible d'un point de vue technique ou parce qu'elle occasionne un coût disproportionné par rapport à celui du projet.



C'est pourquoi il serait souhaitable d'imposer que dès le stade du dépôt du dossier le pétitionnaire donne des garanties quant à la mise en œuvre des mesures compensatoires.

Cette large définition de l'objet des mesures de compensation associée à l'exigence d'équivalence vise une anticipation intégrale et en nature du dommage environnemental pur généré. Toutefois, une réalisation adéquate des mesures présume encore la détermination de critères spatio-temporels.

## B) UNE COMPENSATION ANCRÉE DANS LE TEMPS ET DANS L'ESPACE

La compensation environnementale est une action concrète à entreprendre, dont il convient d'encadrer la localisation géographique tout en organisant une gestion dans le temps subordonnée à celle du projet envisagé.

Le lancement et la longévité des mesures de compensation devraient invariablement dépendre du projet envisagé par le maître d'ouvrage. Par exemple, la mise en œuvre d'une compensation antérieurement ou concomitamment à la réalisation du projet<sup>42</sup> permettrait d'éviter la survenance de pertes intermédiaires. En outre, la pérennité de l'affectation du terrain choisi pour la mise en œuvre des mesures de compensation n'est toujours pas garantie<sup>43</sup>. Elle peut être imposée par le préfet ou mise en œuvre volontairement par le maître d'ouvrage, lequel peut conclure un bail à long terme tel un bail emphytéotique. Cependant, il est troublant de savoir que rien n'interdit actuellement qu'un terrain choisi pour une compensation en 2008 fasse l'objet en 2015 d'un nouveau projet d'aménagement. Or, le projet initial dégradant définitivement la nature, il serait logique que l'aménageur s'assure du caractère définitif de la compensation.

De surcroît, afin de veiller à l'efficacité pérenne de la compensation, la gestion financière et technique des mesures de compensation devrait être prévue sur le long terme par un acte juridique. Cela implique un suivi des mesures de compensation seulement prévu jusqu'ici pour certains documents d'urbanisme<sup>44</sup>. Dans les autres cas, le suivi n'est pas systématique pour l'aménageur à partir du moment où il n'est pas repris par le préfet dans son arrêté d'autorisation. La surveillance du site permettrait pourtant d'évaluer l'efficacité des mesures par rapport aux résultats prévus et de pouvoir les adapter si nécessaire. Pour les mêmes raisons, un suivi administratif du site concernant la réalisation des mesures de compensation et leur efficacité serait essentiel<sup>45</sup>.

La localisation des mesures de compensation est une autre question difficile à résoudre. Il s'agit de trouver un lieu qui permette une équivalence avec les

42. Le CNPN, notamment, préconise que « les compensations soient systématiquement réalisées ou garanties avant la destruction du milieu », in « Préserver la biodiversité et les ressources naturelles », préc.

43. Rapport n° 131 (2007-2008) de P. Laffitte et C. Saunier (préc.) p. 85, M.-P. Camproux-Duffrène, « Les unités de biodiversité, questions de principe et problèmes de mise en œuvre », préc.

44. Le rapport de présentation des PLU, SCOT et DTA doit désormais comprendre notamment une description des mesures d'atténuation et de compensation des impacts environnementaux (art. L. 121-11 du Code de l'urbanisme). Une analyse des résultats des mesures de suppression, de réduction et de compensation de ces documents doit être faite tous les dix ans (art. R\* 111-28, R\* 122-2 et R\* 123-2-1 du Code de l'urbanisme). Voir également l'article 86 de l'avant-projet de loi dit Grenelle II modifiant l'article L. 122-3 II 2° du Code de l'environnement.

45. On se heurte ici à la question de la compétence des agents administratifs en matière de compensation et surtout à la question de leur sous-effectif.

espèces, les habitats et les fonctions écologiques touchés. *A priori* et sous cette dernière réserve, la compensation à proximité du site impacté serait à privilégier<sup>46</sup>. La compensation prévue par le Code forestier a déjà été réformée en ce sens afin d'éviter la compensation de défrichement dans d'autres départements<sup>47</sup>.

La localisation des mesures soulève en outre le problème de la maîtrise foncière du maître d'ouvrage. En effet, ce dernier devra peut-être acquérir des terrains ou conclure des contrats de gestion pour mettre en œuvre une compensation efficace. Or *quid* d'une situation où le propriétaire de la zone idéale pour atteindre une efficacité maximale des mesures de compensation refuserait la vente ou la location de son bien immobilier ? L'article L. 162-12 nouvellement inséré dans le Code de l'environnement permet à cet égard de déclarer d'utilité publique les travaux de réparation et, le cas échéant, d'acquérir des immeubles affectés par les dommages environnementaux au profit d'une personne publique<sup>48</sup>. Ce dispositif pourrait également s'avérer intéressant dans le cadre de terrains adaptés à la réalisation de mesures de compensation. La Commission Européenne, quant à elle, suggère une expropriation à des fins de protection de la nature en vue de faciliter la localisation de la compensation pour des sites portant atteinte à un site Natura 2000<sup>49</sup>.

Par ailleurs, prendre en compte les réseaux écologiques locaux existants et les efforts faits pour leur maintien dans le choix de la localisation des mesures pourrait être une idée à exploiter<sup>50</sup>. Dans les conditions environnementales optimales en termes de qualité, de temps et de lieu développées ci-dessus, pourquoi ne pas établir un lien entre la réalisation de mesures de compensation, les zones réglementaires locales de protection de la nature et l'engagement environnemental des acteurs locaux ? L'obligation de réunir préalablement les conditions d'équivalence entre les caractéristiques touchées par le projet et les mesures de compensation permettrait en effet une anticipation des dommages causés à la nature ordinaire et sa protection.

Ainsi, le système actuel de compensation montre certes des faiblesses, mais les moyens juridiques de les surmonter existent. Toutefois, si une amélioration des mesures de compensation peut être réalisée, cela ne signifie pas pour autant que ces projets doivent se faire à tout prix. N'oublions pas que l'autorité administrative reste tenue de refuser les projets qui portent atteinte de manière trop importante aux éléments naturels<sup>51</sup>.

46. CE, 27 novembre 1985, Commune de Chamonix-Mont-Blanc c/ Association de sauvegarde de la haute vallée de l'Aveyron, n° 62210, *RJE* n° 4/1986, p. 381, commentaire J. Untermaier (préc. note 6). Ph. Billet (préc.) souligne également la nécessité de limiter le secteur géographique de mise en œuvre de la compensation environnementale.

47. Article 27 de la loi n° 2001-602 du 9 juillet 2001 d'orientation sur la forêt.

48. Loi n° 2008-757 du 1<sup>er</sup> 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). Les dommages environnementaux concernés sont ceux définis par l'article L. 162-1 du Code de l'environnement.

49. Voir le guide de la Commission européenne sur l'article 6, paragraphe 4 de la directive Habitats préc. En France, les seuls motifs environnementaux invocables pour des expropriations sont relatifs à la prévention de certains risques naturels limitativement énumérés (art. L. 561-1 du Code de l'environnement) et aux plans de prévention des risques technologiques (art. L. 515-16 III du Code de l'environnement).

50. A ce titre, il pourrait être envisagé par exemple de favoriser la localisation de mesures de compensation sur des sites sélectionnés pour la mise en place des trames verte et bleue ; sans que la localisation de cette compensation dans ces sites devienne systématique.

51. Le préfet est tenu de rejeter la demande d'autorisation d'ICPE si les atteintes aux intérêts protégés visés à l'article L. 511-1 ne peuvent être prévenues (art. L. 512-1, al. 2 du Code de l'environnement), ainsi que les déclarations et les demandes d'autorisation IOTA si aucune prescription ne permet de remédier aux atteintes graves aux intérêts mentionnés à l'article L. 211-1 (art. R. 214-6 du Code de l'environnement). De même, lorsque la conservation des bois ou des massifs ou le maintien de la destination forestière des sols est nécessaire, une autorisation de défrichement ne peut être accordée (art. L. 311-3 du Code forestier).