

ENVIRONNEMENT

Parmi les nombreuses mesures qu'elle instaure, la loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité renforce notamment l'obligation de compensation qui pèse sur les maîtres d'ouvrage lorsque leurs travaux portent atteinte à l'environnement. De nouveaux outils sont à cet effet créés par la loi.

1340

La compensation des atteintes à la biodiversité : une obligation renforcée pour les maîtres d'ouvrage



Étude rédigée par Laurence Esteve de Palmas et Xavier Lièvre



Laurence Esteve de Palmas, avocat, consultante 14 Pyramides Notaires. Xavier Lièvre, notaire associé, 14 Pyramides Notaires

1 - L'urbanisation croissante implique nécessairement un recul des espaces naturels et une atteinte à l'environnement et à la biodiversité¹. Depuis la loi sur la protection de la nature de 1976², les maîtres d'ouvrage doivent ainsi éviter et réduire le plus possible ces impacts, puis compenser ceux qu'ils n'auront pas pu empêcher. Les enjeux et pratiques ayant considérablement évolué et la mise en œuvre de mesures compensatoires s'étant avérée peu efficace faute de règles claires, la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiver-

1 L'article L. 110-1 du Code de l'environnement définit la biodiversité ou diversité biologique 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 écosystèmes ainsi que les interactions entre les organismes vivants ».

2 L. n° 76-629, 10 juill. 1976 sur la protection de la nature.

sité, de la nature et des paysages est venue renforcer les règles applicables à la compensation.

2 - Désormais, la compensation écologique devient une obligation pour les maîtres d'ouvrage lorsque la réalisation d'un projet de travaux ou l'exécution d'un plan, schéma ou programme occasionne des dommages à l'environnement. Sa mise en œuvre est néanmoins encadrée et les nouvelles possibilités qu'elle ouvre génèrent des incertitudes quant à son efficacité réelle.

1. La consécration de la compensation écologique

3 - C'est la loi précitée du 10 juillet 1976 sur la protection de la nature qui, en soumettant à étude d'impact les projets susceptibles de porter atteinte à l'environnement, a mis en place la séquence « Éviter, Réduire, Compenser » (ERC) encore en vigueur aujourd'hui. L'article 2 de cette loi précisait ainsi que « 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 ».

4 - La réforme de l'étude d'impact par le décret du 29 décembre 2011³ a permis d'aller plus loin dans la protection de la nature en imposant une démarche d'évitement de l'impact du projet sur l'environnement : il ne s'agit donc plus aujourd'hui de seulement supprimer a posteriori l'impact du projet sur l'environnement mais plutôt de l'éviter en amont, avant si cela n'est pas possible, de chercher à réduire au maximum ses effets et en dernier recours, lorsque les deux premières mesures ne suffisent pas à empêcher ces atteintes, de les compenser.

5 - La loi du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages vient compléter ce principe d'action préventive et de correction par priorité à la source des atteintes à l'environnement en précisant à l'article L. 110-1-II-2° du Code de l'environnement 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. Ce principe doit viser un objectif d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité ».

6 - En dédiant un chapitre spécial du Code de l'environnement à la « Compensation des atteintes à la biodiversité », la

loi du 8 août 2016 consacre ainsi la compensation, même si la loi précise bien qu'elle ne peut pas se substituer à l'évitement ou à la réduction des effets du projet sur l'environnement et la biodiversité.

7 - Plusieurs modalités de compensation sont ainsi prévues par la loi : outre la compensation « directe » par prise de mesures sur le site ou à proximité immédiate, le maître d'ouvrage peut confier contractuellement la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation qui les met en œuvre pour son compte. Il peut aussi acquérir des unités de compensation dans le cadre d'un « site naturel de compensation » préalablement agréé par l'État comme cela est détaillé ci-après. Les modalités de compensation peuvent être mises en œuvre de manière alternative ou cumulative et ces mesures doivent en tout état de cause être menées en priorité sur le site endommagé ou à proximité.

REMARQUE

→ Dans tous les cas, le maître d'ouvrage des travaux reste seul responsable vis-à-vis de l'autorité administrative qui a prescrit ces mesures de compensation.

Tout en promouvant la compensation alors qu'elle n'est traditionnellement qu'une solution de secours si les impacts du projet n'ont pu être évités ou réduits, la loi du 8 août 2016 cherche à rendre plus efficaces et plus contraignantes les règles qui lui sont applicables. Elle crée ainsi un véritable cadre juridique de la compensation qui devrait faciliter sa mise en œuvre.

2. L'encadrement de la compensation écologique

8 - La loi sur la biodiversité commence ainsi par préciser 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. 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 façon satisfaisante, celui-ci n'est pas autorisé en l'état » (C. env., art. L. 163-I).

A. - Les obligations renforcées de la compensation

9 - Il résulte de ces nouvelles dispositions que les mesures de compensation ne doivent pas entraîner d'absence de perte nette de biodiversité, voire tendre vers un gain de biodiversité. L'objectif des mesures de compensation affiché n'est donc pas d'accepter les impacts générés. À cet effet, plusieurs règles sont prévues :

3 D. n° 2011-2019, 29 déc. 2011 portant réforme des études d'impact des projets de travaux, d'ouvrages ou d'aménagements.

La compensation écologique devient une obligation pour les maîtres d'ouvrage lorsque la réalisation d'un projet de travaux ou l'exécution d'un plan, schéma ou programme occasionne des dommages à l'environnement

10 - Les maîtres d'ouvrage sont désormais débiteurs d'une véritable obligation de résultat, qui pourra entraîner le rejet du projet par l'Administration si les mesures compensatoires ne sont pas jugées « satisfaisantes ». La subjectivité de la notion « satisfaisante » laisse cependant une grande marge de manœuvre à l'Administration, ce qui risque, au vu des enjeux économiques en cause, d'être source d'un important contentieux.

Les maîtres d'ouvrage seront en outre responsables de ces mesures sans limitation précise de durée. En effet, la loi octroie aux mesures de compensation la même durée que les atteintes constatées.

11 - Le non-respect des mesures de compensation est aussi sanctionné : l'Administration peut ainsi mettre en demeure le maître d'ouvrage d'y satisfaire et en cas de non-respect de la mise en demeure dans le délai imparti, l'Administration peut procéder d'office à l'exécution de ces mesures en lieu et place du maître d'ouvrage et à ses frais (C. env., art. L. 163-4).

12 - L'Administration a également la possibilité de demander au maître d'ouvrage de constituer des garanties financières destinées à assurer la réalisation des mesures de compensation. Les manquements aux obligations de garanties financières donnent lieu à l'application de la procédure de consignation, indépendamment des poursuites pénales qui peuvent être exercées. Cette possibilité doit permettre de garantir que le maître d'ouvrage disposera des fonds pour mettre en œuvre les mesures de compensation nécessaires.

13 - La loi cherche ainsi à renforcer les contraintes pesant sur la compensation afin qu'elle ne se substitue pas systématiquement aux mesures d'évitement ou de réduction des effets du projet sur l'environnement, qui restent les solutions à privilégier. Si les modalités de mise en œuvre des mesures de compensation sont novatrices, elles génèrent néanmoins des incertitudes sur les véritables effets qu'elles vont engendrer.

B. - Les incertitudes liées à la mise en œuvre des nouveaux systèmes de compensation

14 - **Obligations réelles environnementales** - Afin de compenser l'impact de son projet sur l'environnement, un maître d'ouvrage va pouvoir mettre en œuvre des obligations réelles environnementales en tant que mesures compensatoires : sché-

matiquement, cela consiste pour le propriétaire d'un bien à le grever d'une obligation liée à la protection de la biodiversité, qu'un maître d'ouvrage pourra utiliser pour compenser tout ou partie des atteintes de son projet à l'environnement. La nouvelle loi offre en effet aux propriétaires de biens immobiliers la possibilité 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 » (C. env., nouv. art. L. 132-3).

REMARQUE

→ Le contrat contenant de telles obligations réelles doit être conclu sous la forme authentique et préciser la durée des obligations, les engagements réciproques ainsi que les possibilités de révision et de résiliation. Comme une servitude - même si elles n'en constituent pas une -, ces obligations suivront le bien.

La limite de cette solution novatrice d'obligations réelles environnementales qui seront transmises aux propriétaires successifs pourrait être qu'aucune incitation financière n'est prévue, à part la possibilité d'exonération par les communes de taxe foncière sur ces terrains. De même, l'obligation d'accord préalable du preneur à bail rural pourrait être un frein à la mise en œuvre de ce contrat.

15 - **Opérateur de compensation** - Une autre innovation de la loi consiste en la possibilité pour le maître d'ouvrage de satisfaire aux obligations de compensation soit en confiant contractuellement la réalisation de ces mesures à un opérateur de compensation, soit en acquérant des unités de compensation dans le cadre d'un site naturel de compensation.

Ce mécanisme consiste par exemple pour un opérateur à réhabiliter en amont un écosystème, puis à vendre au maître d'ouvrage des parcelles de ce site dont la restauration et la gestion écologique garantiraient un gain de biodiversité équivalent à ce qui a été détruit.

Ce système de compensation « par l'offre », sorte de prestation de service, s'inspire de l'expérience américaine où elle se développe depuis une trentaine d'années, en particulier pour les zones humides. Là-bas, des banques de compensation réhabilitent des

terres qu'elles rétrocèdent ensuite à une ONG ou à l'Administration avec un contrat de gestion à long terme et une servitude écologique garantissant leur conservation définitive. Le prix assez élevé de ces parcelles dissuade certains maîtres d'ouvrage de construire ou attire au contraire des investisseurs qui gagneront davantage à restaurer la biodiversité sur une parcelle qu'à monter un programme immobilier à côté. L'article L. 163-3 du Code de l'environnement prévoit ainsi que les sites naturels de compensation peuvent être mis en place par des personnes publiques ou privées et doivent faire l'objet d'un agrément préalable par l'État. Un décret actuellement en consultation définit notamment les critères que ces sites doivent satisfaire pour prétendre à l'agrément, les modalités de demande de l'agrément, le contenu de celui-ci, les obligations qui en découlent pour leur opérateur (transmission d'un rapport annuel comprenant notamment le suivi scientifique et l'évaluation des résultats des mesures, le suivi des unités de compensation vendues, etc.) ainsi que les modalités de modification et d'abrogation de l'agrément. Cette compensation par l'offre apparaît séduisante en ce qu'elle permet d'anticiper la destruction d'un habitat en étant planifiée sur des sites plus vastes et soumis à un certain contrôle. L'aspect « financiarisation de la nature » puisque, pour certains, le maître d'ouvrage se contente finalement de « payer pour détruire », et la non-substituabilité des écosystèmes (remplacer un arbre centenaire par dix arbres de dix ans ne permet pas de restaurer l'intégralité de l'écosystème préexistant) font néanmoins partie des critiques virulentes que l'on retrouve contre ce système.

16 - Enfin, la pérennité des mesures compensatoires au-delà de la durée de l'obligation de compensation imposée par

l'Administration est également une interrogation. On peut en effet se demander ce qu'il adviendra une fois que la fin de l'obligation de compensation sera intervenue, mais alors que des impacts environnementaux demeurent. Ou ce qui se passera lorsque les impacts générés seront permanents : le maître d'ouvrage pourrait ainsi en pratique être tenu à des mesures permanentes sans aucune limitation de durée puisque son obligation est censée être calée sur la durée de l'atteinte de son projet à l'environnement... ■

Focus sur les autres « mesures phare » de la loi sur la biodiversité

La loi du 8 août 2016 contient aussi de nombreuses dispositions allant dans le sens d'une meilleure protection de l'environnement. Parmi celles-ci, on trouve notamment :

- la création de nouveaux principes dans le Code de l'environnement tels que celui de solidarité écologique (prise en compte des interactions entre écosystèmes par les décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement) ou de non-régression de la protection de l'environnement ;
- le fait que désormais, les espaces, ressources, milieux naturels, biodiversité, etc. font partie du patrimoine commun de la nation, l'idée étant d'en assurer par ce biais une meilleure protection ;
- la consécration dans le Code civil de la notion de réparation du préjudice écologique dont le régime juridique est renforcé pour consolider les acquis de la jurisprudence en matière de responsabilité environnementale ;
- l'obligation pour les centres commerciaux à partir du 1^{er} mars 2017 de mieux prendre en compte l'environnement en intégrant des systèmes de production d'énergie renouvelable, de végétalisation, d'infiltration des eaux pluviales, etc.

Collection Codes bleus 2016 L'incontournable du juriste

Annotés ou commentés, les Codes bleus sont rédigés par des **auteurs reconnus** dans leur domaine de compétence. La **fiabilité de la consolidation** des textes et la **richesse de la jurisprudence** font la renommée de cette collection. L'accès à l'information y est facilité par des **index enrichis** chaque année.

Qualité de la consolidation des textes

Pertinence des commentaires et annotations

Richesse des références jurisprudentielles



 LexisNexis®

Retrouvez tous nos codes bleus et ouvrages sur
boutique.lexisnexis.fr