

# BDEI

# Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel

## La compensation environnementale dans et pour le projet

### *Restitution des travaux de la Sphère Compensation du LIFTI*

- La compensation environnementale : un enjeu d'aménagement du territoire. *Par Marc Kaszynski*
- La compensation des atteintes à la biodiversité, entre droit à détruire et levier d'amélioration et de régulation des projets. *Par Christophe Barbara et Camille Barbara*
- Bien lire l'obligation de compensation : une affaire d'optique ?  
*Réflexions croisées, Jean-Pierre Boivin et Philippe Merle*
- Les collectivités locales et la compensation écologique : quel rôle pour quelles ambitions ?  
*Entretien, Jean-Pierre Boivin et Philippe Schmit*
- Repenser la compensation des atteintes à la biodiversité selon une approche systémique et interconnectée au projet. *Par Christophe Barbara*
- La compensation écologique par l'offre, un dispositif à rendre réellement opérationnel. *Par Camille Barbara*
- La compensation des atteintes à la biodiversité, clé de la réussite des projets.  
*Conclusion du cycle d'ateliers initiés au sein de la Sphère Compensation du LIFTI*  
*Entretien, Jean-Pierre Boivin, Manuel Pennaforte et Violette de Ganay*

**112** | SUPPLÉMENT  
JUILLET 2024

## CONSEIL SCIENTIFIQUE

**Jean-Pierre BOIVIN** : Docteur scientifique - Avocat associé, SCP Boivin et Associés

**Michel BAUCOMONT** : Docteur en droit - Avocat à la Cour

**Marie BEAU** : Cheffe du Pôle réglementation, Direction Générale de la Prévention des Risques, Ministère de la Transition Écologique

**Annie BEZIZ-AYACHE** : Docteur en droit - Maître de conférences, Co-directrice du Centre de droit pénal, Université Jean Moulin, Lyon III

**Jean-Nicolas CLÉMENT** : Avocat associé, Cabinet Gide Loyrette Nouel

**Agnès DUPIE** : Avocat, In Extenso Avocats, Méditerranée - Chargée de cours en droit de l'environnement, Université de Paris VIII

**Laurent FONBAUSTIER** : Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'université Paris-Sud Directeur du Master Droit de l'environnement

**Jérôme FROMAGEAU** : Doyen de la Faculté Jean Monnet, Université Paris-Sud XI - Vice-Président de la SFDE

**Thomas GARANCHER** : Avocat associé, Frêche & Associés

**Matthieu GALEY** : Docteur en droit - Chargé de mission Réglementation ICPE, Pôle réglementation, DGPR, Ministère de la Transition Écologique

**David GILLIG** : Avocat associé, SELARL Soler-Couteaux et associés - Chargé d'enseignement à la Faculté de Droit de Strasbourg

**Louis-Narito HARADA** : Avocat associé, KH Legal

**Mathilde HAUTEREAU-BOUTONNET** : Professeure de droit privé, Université Jean Moulin, Lyon III

**Steve HERCÉ** : Avocat associé, SCP Boivin et Associés

**Olivier HERRNBERGER** : Notaire - Président honoraire de la Chambre des Notaires des Hauts de Seine

**Christian HUGLO** : Avocat associé fondateur, Huglo Lepage Avocats - Professeur honoraire à l'ICH, CNAM

**Pascale KROMAREK** : Avocat à la Cour

**Françoise LABROUSSE** : Avocat associé, Jones Day

**Laurence LANOY** : Docteur en droit - Avocat à la Cour

**Christophe LAURENT** : Avocat, ancien magistrat administratif

**Xavier de LESQUEN** : Avocat associé, Lacourte, Raquin, Tatar

**Marie-Pierre MAITRE** : Docteur en Droit - Avocate associée, Atmos Avocats

**Ghislain de MARSILY** : Professeur émérite à l'Université Pierre et Marie Curie, Paris VI - Membre de l'Académie des sciences et de l'Académie des technologies - Associé étranger de l'US national Academy of Engineering

**Jean-Marie MASSIN** : Expert auprès des instances maritimes internationales

**Malik MEMLOUK** : Avocat associé, SCP Boivin et Associés

**Alexandre MOUSTARDIER** : Avocat associé, Atmos Avocats

**Françoise NÉSI** : Magistrat

**Cyril ROGER-LACAN** : Président de Tilia - Maître des requêtes au Conseil d'État

**Jacques SIRONNEAU** : Docteur en Droit - Expert consultant en droit et institutions dans le domaine de l'eau auprès des instances communautaires et internationales

**Catherine SMITS** : Avocat associé, DBB LAW - Assistante à l'Institut d'Études européennes de l'Université Libre de Bruxelles

**François-Guy TRÉBULLE** : Agrégé des facultés de droit, Professeur à l'Université Paris I Panthéon Sorbonne - Doyen honoraire de l'École de Droit de la Sorbonne

## COMITÉ DE RÉDACTION

Jean-Pierre BOIVIN

Marie BEAU

Michel BAUCOMONT

Jean-Nicolas CLÉMENT

Agnès DUPIE

Laurent FONBAUSTIER

Matthieu GALEY

Thomas GARANCHER

David GILLIG

Louis-Narito HARADA

Steve HERCÉ

Olivier HERRNBERGER

Christian HUGLO

Laurence LANOY

Xavier de LESQUEN

Marie-Pierre MAITRE

Malik MEMLOUK

Alexandre MOUSTARDIER

Cyril ROGER-LACAN

Catherine SMITS

François-Guy TRÉBULLE

## LA COMPENSATION ENVIRONNEMENTALE DANS ET POUR LE PROJET

### Restitution des travaux de la Sphère Compensation du LIFTI



- La compensation environnementale : un enjeu d'aménagement du territoire **P. 3**  
*Par Marc Kaszynski, Président du Laboratoire d'initiatives foncières et territoriales innovantes, LIFTI*
- La compensation des atteintes à la biodiversité, entre droit à détruire et levier d'amélioration et de régulation des projets **P. 6**  
*Par Christophe Barbara, Directeur de CB<sup>2</sup> Territoires Durables et Camille Barbara, Directrice d'études Eau et Biodiversité CB<sup>2</sup> Territoires Durables*
- Bien lire l'obligation de compensation : une affaire d'optique ? **P. 11**  
*Réflexions croisées, Jean-Pierre Boivin, Directeur scientifique du BDEI et Philippe Merle, Ingénieur général des mines*
- Les collectivités locales et la compensation écologique : quel rôle pour quelles ambitions ?  
*Entretien, Jean-Pierre Boivin, Avocat, Directeur scientifique du BDEI et Philippe Schmit, Expert Foncier et Urbanisme, Président d'Urba Demain P. 17*
- Repenser la compensation des atteintes à la biodiversité selon une approche systémique et interconnectée au projet **P. 24**  
*Par Christophe Barbara, Directeur de CB<sup>2</sup> Territoires Durables*
- La compensation écologique par l'offre, un dispositif à rendre réellement opérationnel **P. 32**  
*Par Camille Barbara, Directrice d'études Eau et Biodiversité CB<sup>2</sup> Territoires Durables*
- La compensation des atteintes à la biodiversité, clé de la réussite des projets **P. 41**  
*Conclusion du cycle d'ateliers initiés au sein de la Sphère Compensation du LIFTI*  
*Entretien, Jean-Pierre Boivin, Avocat, Directeur scientifique du BDEI, Manuel Pennaforte, Avocat au Barreau de Paris, Managing Partner et Violette de Ganay, Juriste SCP Boivin & Associés*

**Éditeur** : Lamy Liaisons, SAS ayant son siège social 7, rue Emmy Noether - 93400 Saint-Ouen. **Représentant légal** : Guillaume Deroubaix. **Associé unique** : Karnov HoldCo France.

**Directeur de la publication** : Guillaume Deroubaix. **Directrice des rédactions** : Sylvie Duras. **Rédactrice en chef** : Delphine Déprez. **Rédactrices** : Sarah Cohen, Ornella Insalaco. **Dépôt légal** : à parution. **Prix au numéro** : 109,58 €<sup>TTC</sup>. **N°ISSN** (version en ligne) : 2257-2996. **N°ISSN** (version imprimée) : 1262-0955. **Périodicité** : mensuel. **N°CPPAP** : 0628 T 88244.

**Crédit photos** : Getty Images. **Imprimeur** : Dupliprint, 2 rue Descartes, 95330 Domont - **Origine du papier** : Portugal.

**Taux de fibres recyclées** : 0%. **Certification** : imprimé sur papier FSC. **Eutrophisation** : Ptot 0.08 kg/tonne.

Pour contacter le service client :

**N°Cristal** 09 69 39 58 58  
APPEL NON SURTAXÉ

**Courriel** : contact@lamyliaisons.fr  
**Internet** : www.liaisons-sociales.fr - www.lamyline.fr - www.lamy-liaisons.fr



Toute reproduction ou représentation intégrale ou partielle par quelque procédé que ce soit, du contenu issu de la présente publication, effectuée sans autorisation de l'éditeur, est illicite et constitue une contrefaçon.

# La compensation environnementale

BDEI n° 3260

## La compensation environnementale : un enjeu d'aménagement du territoire



Par Marc Kaszynski,  
Président du LIFTI

J'ai eu le plaisir de contribuer en décembre 2021 au supplément du numéro 95 du Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel, consacré à l'objectif du Zéro artificialisation nette. Et c'est avec le même intérêt que j'introduis aujourd'hui la contribution du Laboratoire d'initiatives foncières et territoriales innovantes, le LIFTI que je préside, à l'explicitation de l'articulation des enjeux actuels de l'aménagement avec la protection de l'environnement.

Cette contribution a été engagée en 2023 sous la forme d'un groupe de travail créé au sein du LIFTI, qui s'est saisi de la question de la compensation environnementale des atteintes à l'environnement susceptibles d'être causées par des projets d'aménagement et de construction sur la base d'une proposition qui m'a été faite par Jean-Pierre BOIVIN, Avocat associé au sein du cabinet Boivin & Associés et par ailleurs Vice-Président du CSPRT.

Le lancement des travaux de ce groupe s'est concrétisé par une présentation publique de son programme d'investigation qui s'est tenue le 29 juin 2023 dans les locaux de DS Avocats, membre fondateur du LIFTI.

C'est sous la houlette de Christophe BARBARA, Directeur de CB<sup>2</sup> Territoires Durables, cabinet d'Ingénierie de projets urbains et environnementaux, que s'est constituée une Task force associant :

- Sarah DUBAUX, Déléguée générale du LIFTI, Docteure en géographie et aménagement, Ingénieure de recherche LATTIS ;

- Manuel PENNAFORTE, Avocat associé, SCP Boivin et Associés ;
- Laura CECCARELLI-LE GUEN, Avocate associée, DS Avocats ;
- Vianney CUNY, Avocat pré-associé, DS Avocats ;
- et votre serviteur.

Cette équipe a mobilisé autour d'elle un réseau d'une trentaine d'experts de tous horizons professionnels tant publics que privés, qui ont contribué aux travaux des cinq ateliers qui se sont succédé au cours du second trimestre de l'année 2023.

### La compensation environnementale en cinq ateliers

→ *Atelier n° 1 : La compensation environnementale, composante indissociable de la notion de projet*  
7 septembre 2023

Animateur : Cabinet Boivin et associés

Objectifs :

- Questionner la notion de projet au regard des considérations et des interprétations réalisées par les instances communautaires, l'administration centrale et les différentes juridictions ;
- Repositionner la place de la compensation environnementale dans le processus de conception du projet.

→ **Atelier n° 2 : La compensation par l'offre, une logique d'anticipation globale à repenser**  
22 septembre 2023

**Animateur :** SCP Boivin et associés

**Objectifs :**

- Préciser le cadre conceptuel de la compensation par l'offre et de la compensation par la demande ;
- Interroger la mise en œuvre actuelle de la compensation par « l'offre » par les opérateurs et la procédure d'agrément des sites naturels de compensation ;
- Positionner la compensation par l'offre dans la séquence ERC afin de renforcer la faisabilité et la performance environnementale des projets.

→ **Atelier n° 3 : Prospection foncière et enjeux écologiques : le rôle central de la data et des référentiels** - 9 novembre 2023

**Animateur :** SNCF Immobilier

**Objectifs :**

- Cibler les besoins spécifiques nouveaux ou complémentaires d'informations à collecter et les faire apparaître afin de faciliter le développement et la mise en œuvre de la compensation ;
- Préciser le rôle majeur de la « data » dans toutes les logiques d'action foncière permettant la réalisation des opérations d'aménagement dont la compensation.

→ **Atelier n°4 : Intégrer la compensation aux stratégies foncières territoriales** – 21 novembre 2023

**Animateur :** Cabinet DS Avocats

**Objectifs :**

- Préciser l'ensemble des usages du foncier dans le cadre, notamment, des injonctions du ZAN, du ZEN, de la lutte contre l'étalement urbain et la densification/intensification urbaine, des types de compensation, etc. ;
- Explorer de nouvelles potentialités en termes de mobilisation foncière (délaissés, zones tampons soumises à des servitudes d'utilité publique, etc.) ;
- Envisager de nouvelles approches afin de mieux mobiliser le foncier disponible et la compensation environnementale à travers des stratégies foncières opérationnelles et performantes.

→ **Atelier n°5 : Mobiliser et coordonner les outils locaux au service de la compensation environnementale** – 7 décembre 2023

**Animateur :** Fédération des Entreprises Publiques Locales (EPL)

**Objectifs :**

- Formaliser la cartographie des acteurs en précisant leur rôle et leurs responsabilités ainsi que les leviers d'ac-

tions mobilisables dans le cadre de la compensation environnementale ;

- Interroger l'efficacité des principaux outils de maîtrise foncière et de gestion des usages disponibles pour la compensation environnementale ;
- Explorer la possibilité d'adapter ou de créer de nouveaux outils spécifiquement dédiés à la compensation en précisant la gouvernance la plus à même de les porter.

L'ensemble de ces travaux ont fait ensuite l'objet d'une synthèse présentée le mardi 11 juin 2024 au siège du Conseil Economique, Social et Environnemental (CESE).

---

## Les motivations et les attentes du LIFTI dans cette démarche sur la compensation environnementale

Depuis sa création en 2016, le Fonds de dotation LIFTI porte une vision transversale de la question foncière, prenant en considération tous ses usages, qu'ils soient urbains ou ruraux et de ce fait tous les conflits et les mécanismes d'arbitrage de ces usages, qu'ils procèdent du fonctionnement des marchés ou de la régulation publique. Il en résulte que le LIFTI est attentif à l'ensemble des acteurs impliqués dans ces enjeux qu'ils soient publics ou privés, institutionnels ou associatifs. Il souhaite leur donner un lieu d'expression libre mais responsable sur les dimensions foncières de la montée en puissance des enjeux territoriaux du réchauffement climatique, de la dégradation de la biodiversité, de l'irruption de l'économie numérique dans la production de biens et de services, mais également de la permanence des tensions sur les marchés du logement et l'amplification des ségrégations sociales urbaines.

C'est ainsi que la question de la compensation environnementale a trouvé naturellement sa place dans le déploiement des activités du LIFTI en 2023, qui abordaient déjà dans ses groupes de travail la question de l'articulation du foncier appréhendé en tant que support socio-économique de l'immobilier et le sol appréhendé comme une ressource agronomique et écologique.

En témoigne la publication le 15 novembre 2023 de l'ouvrage collectif : *Renouveler les stratégies foncières territoriales*, qui accordait une large place à l'émergence de la prise en compte de la qualité environnementale des sols et de sa valorisation au regard d'approches plus traditionnelles de la valorisation foncière.

Issu du constat des difficultés et des impasses rencontrées par les porteurs de projets de construction immobilières et d'aménagement, en matière de gestion des obligations environnementales attachées à la mise en œuvre de leurs projets, la démarche proposée par le Cabinet Boivin et Associés s'est appuyée en premier lieu, sur l'analyse des blocages juridiques rencontrés par ces opérateurs.

Mais le développement de cette problématique, en abordant les différents angles décrits ci-dessus dans les cinq ateliers qui se sont succédé, a manifestement donné une dimension très transversale à la réflexion du groupe de travail, le conduisant à rechercher les pistes de solutions en lien avec le renouvellement souhaité par le LIFTI des stratégies foncières territoriales.

En inscrivant la prise en compte de la compensation environnementale dès l'amont de la conception des projets dans le cycle *Éviter, Réduire, Compenser* (ERC) en posant la question de l'identification et de la constitution des fonciers de compensation dans les stratégies foncières territoriales et les outils d'urbanisme qui les portent, en se saisissant de la gestion dans le long terme des fonciers renaturés, les travaux de ce groupe ont très directement nourri la réflexion que mène le LIFTI sur les nouvelles pratiques stratégiques du foncier à partager avec les acteurs des territoires. Affaire à suivre... !

## Participants aux ateliers et contributeurs

- ANCEL Marine, Avocate au Barreau de Paris, Maître de Conférences à Sciences-Po Paris
- BENELHABIB Nawale, Chargée de mission Biodiversité & Économie, OREE
- BARBARA Camille, Directrice d'études chez CB<sup>2</sup> Territoires Durables, Ancienne Directrice déléguée d'un opérateur de compensation environnementale territorial porteur d'un projet de Site naturel de compensation (SNC)
- DELEPINE Inès, Doctorante Urbanisme & Aménagement, SNCF Immobilier
- TOUBIANA Olivier, Ancien Responsable du Département aménagement chez Fédération des Entreprises publiques locales (FedEpl)
- FOURNEAU Nathalie, Responsable du Département Aménagement des territoires, Association des maires de France et des présidents d'intercommunalité
- FERREIRA Paulo, Directeur Associé à Virtuo Industrial Property, Vice-président d'Afilog
- GIRERD Charlotte, Directrice Transition, RSE et Innovation, SNCF Immobilier
- LAFFAY Delphine, Directrice du pôle Montage Développement Aménagement, Faubourg Promotion, Groupe IDEC
- LECOQ Cécile, Fédération Nationale des SAFER, Service Etudes, Veille et Prospective
- LEMERI Joachim, Dirigeant-consultant, cabinet « Supplément d'âme en transition environnementale »
- BOLLOTTE Lucien, IPEF – Ancien Directeur général de l'EPF Normandie. Co-animatrice du comité ECF du LIFTI
- LLORENTE Marie, Economiste de l'aménagement, Consultante-chercheuse Enseignante à l'Ecole d'Urbanisme de Paris & à Sciences Po Paris
- FOURNIER Jean-Louis, Docteur en aménagement. Expert en données et stratégies foncières. Coanimateur du comité SFT du LIFTI.
- LAFENETRE Sophie, Directrice générale EPF Occitanie
- ISNARD Lucie, Directrice de Projet Transition écologique, EODD Ingénieurs Conseils
- SCHMIT Philippe, Président de Urba Demain, Expert consultant politiques publiques locales, aménagement, urbanisme, foncier
- QUINIOU Emmanuelle, Urbaniste, Fondatrice de l'atelier Pas à pas
- GALDEMAS Laurent, Président d'EODD Ingénieurs Conseils
- AUBRY Steven, Chargé de mission chez Dervenn
- DÉPREZ Delphine, Rédacteur en chef du Bulletin de droit de l'environnement industriel, Lamy Liaisons, Groupe Karnov
- HIEZ David, Président de l'Union des Professionnels de la Dépollution des sites (UPDS)
- BARRAQUE Gabrielle, Responsable SIG à l'EPF de Bretagne. Co-animatrice du comité ODF du LIFTI
- DURAND Hélène, Directrice d'Alisé, société experte sur la DATA «ZAN compatible»
- BENEDETTI Roxane, Directrice du développement Résilience des territoires - EVEN Conseil
- HIAULT Pierre, Responsable d'agence / Directeur d'étude - Citadia
- MESNET Marguerite, Chargée de mission Innovation urbaine et aménagement durable – Région Ile-de-France
- ZAMUNER Albert, Gérant Aven Conseil, Président d'ENCEM Conseil, Président d'honneur de l'Union Nationale des Entreprises de Valorisation (UNEV)
- CAROLY Céline, Experte Environnement, France Chimie
- CHBIT Fouad, Chef d'Agence - Tersen Etablissement Picheta
- LABAT Bernard, Attaché du groupe « Environnement & Nature » du Conseil Economique Social Environnemental. ■

# La compensation environnementale

BDEI n° 3261

## La compensation des atteintes à la biodiversité entre droit à détruire et levier d'amélioration et de régulation des projets

Dans son avis intitulé « *Du sol au foncier, des fonctions aux usages, quelle politique foncière ?* » rendu le 25 janvier 2023, le Conseil économique, social et environnemental (CESE), troisième chambre de la République, représentant la société civile, a formulé en page 56 la principale préoccupation d'une partie des acteurs réinterrogeant le fondement même du principe de « compensation » : « *En effet que peut vouloir dire « compensation », sur une Terre où les sols sont en quantités limitées et dans un état de nature en régression générale ?* »

Sans prétendre résoudre cette équation complexe, il apparaît utile, compte tenu du contexte et des enjeux aussi bien environnementaux que de développement à venir, de prendre de la hauteur et de tenter d'explorer plus en profondeur ce mécanisme de la compensation des atteintes à la biodiversité présent dans notre droit positif depuis près de 50 ans.

### I.- Quelques éléments de discussion sémantique et de cadrage général

Le principe de la « compensation » en droit français a été introduit par l'article 2 alinéa 4 de la loi n° 76-629 du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature qui précise déjà le cadre de la séquence dite aujourd'hui ERC (Éviter-Réduire-Compenser) en ces termes : « [...] les mesures envisagées pour supprimer, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables pour l'environnement ». Le principe de la « compen-

sation » s'insère donc dans une séquence itérative afin qu'il en soit non pas l'objectif mais le dernier recours lorsque celle-ci est jugée « possible ».

Cette approche longtemps restée à l'état embryonnaire et peu opérationnelle a été largement renforcée et pérennisée par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages. Ce texte est venu poser un cadre plus précis et plus dense du mécanisme en fixant notamment différents principes qui font offices de garanties ou de garde-fou sans pour autant conduire à un système totalement satisfaisant et performant comme nous le montrent les premiers retours d'expérience des mesures compensatoires établies selon ces nouvelles dispositions. Par ailleurs, la loi de 2016 est venue réaffirmer l'importance



Par Christophe Barbara  
Directeur  
CB Territoires Durables  
Consultant en ingénierie de projets urbains et environnementaux<sup>(1)</sup>



et Camille Barbara  
Directrice d'études  
Eau et Biodiversité  
CB Territoires Durables<sup>(2)</sup>

(1) Ancien élu local

(2) Ancienne Directrice déléguée d'un opérateur de compensation environnementale territorial porteur d'un projet de Site naturel de compensation (SNC)

d'aborder la compensation dans un cadre plus global à travers la séquence ERC avec l'impératif de bien respecter l'ordre de la séquence dans la mesure où il est précisé que la compensation ne pourra en aucun cas se substituer aux mesures d'évitement et de réduction.

La séquence ERC est une des étapes clés de la démarche « d'évaluation environnementale », dont les origines remontent à la loi du 10 juillet 1976 précitée. Il importe de rappeler, à cet égard, que le processus d'évaluation environnementale vise à intégrer l'environnement dans l'élaboration d'un projet, d'un plan ou d'un programme, et ce dès les phases de réflexion menées en amont. Il a pour but d'éclairer tout à la fois le porteur de projet et l'administration sur les suites à donner à l'opération concernée, au regard des enjeux relatifs à l'environnement ou à la santé humaine liés au territoire concerné, ainsi que d'informer et de garantir la participation du public. Ce processus d'évaluation ex-ante est obligatoire pour les projets, pour les plans et pour les programmes susceptibles de porter atteinte à l'environnement et à la santé humaine (C. env., art. R. 122-2 et R. 122-17). Il donne lieu à la rédaction d'une étude d'impact (pour les projets) ou d'un rapport d'évaluation environnementale stratégique (pour les plans et programmes).

Cela étant dit, il importe de revenir quelques instants sur la notion même de « compensation ». Il existe de multiples définitions selon l'angle retenu et le pays, cependant, nous pouvons retenir celle proposée par le Business and Biodiversity Offsets Programme formulée en 2012 (Standard on biodiversity offsets, BBOP, 2012) qui présente la compensation comme « *les actions mesurables d'une politique de conservation conçue pour contrebalancer les impacts résiduels significatifs d'un projet d'aménagement sur la biodiversité qui demeurent après des mesures d'évitement et de réduction de ces impacts* ».

Présent en France dès les années 70, ce principe de compensation écologique s'est développé dans de nombreux pays en lien avec les politiques d'aménagement du territoire et de gestion des espaces naturels. En théorie, l'intérêt de la compensation est de concilier les projets de développement et la protection de l'environnement en neutralisant les effets négatifs des premiers sur l'environnement. En pratique, cette conciliation rationnelle reste très conflictuelle comme l'illustre l'écologue Vincent Devictor dans ses ouvrages en précisant notamment qu'en principe « *si un outil réglementaire contraint un aménageur à réparer ce qui est détruit, aménageurs et protecteurs de la nature devraient pouvoir s'accorder* ». Or une telle approche suscite de très nombreux débats depuis plusieurs années notamment dans la sphère de l'écologie scientifique et en biologie de la conservation trouvant une résonance certaine au sein des associations de protection de la nature et plus globalement dans plus frange de la société civile. Cette controverse d'ordre scientifique, éthique, philosophique et politique prend racine dans des questions

écologiques fondamentales faisant écho à l'interrogation formulée par le CESE rappelée en préambule du présent article : peut-on substituer les écosystèmes détruits par d'autres ? En combien de temps ? Est-il possible de recréer l'ensemble des dynamiques d'un écosystème en tenant compte de la singularité des habitats ou des populations détruites ? Est-ce viable sur le long terme et à toutes les échelles territoriales ? etc...

Ainsi, la notion même de compensation que l'on pourra traduire comme la substitution d'un écosystème par un autre de nature équivalente pose en elle-même cette complexité conceptuelle de devoir lier une destruction donnée avec une réparation donnée en prétendant établir entre les deux une égalité ou une équivalence satisfaisante. Lorsque l'on aborde cette notion de compensation écologique, il importe de garder à l'esprit cette complexité majeure qui sous-tend une grande partie des controverses contre cette approche. Sans résoudre cette équation, il apparaît cependant la nécessité d'explorer plus en avant et de manière rationnelle l'intérêt de ce principe de compensation, son fonctionnement actuel et ces potentiels d'évolution positive afin de limiter les biais de raisonnement et répondre au mieux aux préoccupations légitimes des acteurs.

## II.- Droit à détruire ou levier d'amélioration des projets ?

Cette question récurrente revient à opposer de manière caricaturale deux mondes : celui qui considère in fine qu'aucun projet ne doit se faire pour protéger de manière absolue la biodiversité et celui qui considère que la compensation est un outil de régulation permettant d'améliorer l'intégration de la biodiversité dans les projets. À l'image, comme l'illustre Alain Karsenty, économiste et chercheur au Centre de coopération internationale en recherche agronomique pour le développement (CIRAD), d'un verre à moitié vide pour les uns et à moitié plein pour les autres.

Cette opposition devrait plutôt être abordée de manière rationnelle et pragmatique. Les deux visions sont, en fait, assez étroitement liées dans leur approche. Sans revenir sur le paradoxe - voire l'illusion - d'une société sans projets et donc sans impacts supposés sur son environnement, (ce qui même d'un point de vue de l'écologie des populations reste difficile à démontrer), la compensation, vertueuse ou non, revient dans tous les cas à faciliter le développement des projets impactant l'environnement. Fondamentalement, c'est une réalité. Le 2<sup>e</sup> alinéa du I de l'article L. 163-1 du Code de l'environnement prévoit d'ailleurs que si la séquence ERC - et donc la compensation - n'est pas satisfaisante, le projet ne doit pas être autorisé en l'état. À l'inverse, si la séquence ERC est estimée satisfaisante, le projet peut être autorisé. Et le raisonnement est d'autant plus vrai si on garde à l'esprit que la compen-

sation fait partie intégrante du projet. Elle est donc une condition *sine qua non* d'autorisation de ce dernier. Cette démarche doit toutefois s'opérer avec nuance au regard d'une appréciation d'abord qualitative. C'est parce que la compensation est estimée satisfaisante qu'elle permet la réalisation du projet. Ce qui importe *in fine* n'est pas tant le fait que le mécanisme de compensation soit prévu dans les textes, mais bien la qualité des mesures compensatoires qui seront déterminantes pour rechercher le moindre impact du projet.

Par ailleurs, en tenant compte de cet aspect qualitatif qui est fondamental, la compensation est également un moyen de réguler les projets. Le mécanisme de compensation, en raison du principe d'équivalence écologique qui le sous-tend, constitue un intéressant outil de régulation des projets les plus impactant pour l'environnement. Lorsque la séquence ERC montre que l'impact résiduel d'un projet reste trop lourd, le caractère réellement substituable porté par les mesures de compensation envisagées par le maître d'ouvrage trouve des limites et agit alors comme un frein et un régulateur à la réalisation du projet lui-même. Pour l'heure, il existe plusieurs critères rappelés dans le guide de dimensionnement des mesures compensatoires publié en mai 2021 par le commissariat général au développement durable (CGDD) qui permettent de répondre à la question de la compensabilité réelle de certains impacts. Ainsi, la compensation doit-elle agir comme un garde-fou afin que les projets dont les impacts résiduels ne peuvent être considérés comme compensables de manière satisfaisante ne puissent être autorisés. C'est à ce titre, et à travers l'approche itérative de l'étude d'impact lorsqu'elle est bien conduite, que l'on peut considérer la compensation comme un outil d'amélioration et *in fine* de régulation des projets impactant l'environnement.

En réalité, ce sont moins deux mondes qui s'affrontent, que plusieurs sensibilités et visions qui se déploient dans un univers où chacun utilise les failles de l'autre pour faire valoir ses positions. Vincent Devictor, résume ainsi la situation : « *La compensation incarne une sorte d'oxymore conciliant : on compense car on veut protéger mais on compense pour pouvoir détruire* ». Il existe donc un impératif majeur à rendre le système de la compensation plus lisible, plus qualitatif et plus performant.

### III.- Des principes et notions complexes et peu malléables aux effets parfois contre productifs

Aux termes de la loi pour la reconquête de la biodiversité du 8 août 2016, la compensation doit respecter une série de principes qui ont été définis afin de sécuriser la démarche et d'en garantir l'efficacité théorique. Dans un contexte toujours bouillonnant, ces principes ont été posés comme des verrous ou des conditions à satisfaire pour

limiter les conséquences négatives d'une compensation « prétexte » ou trop permissive au regard des projets portés par les maîtres d'ouvrage.

Ces principes directeurs portent sur l'équivalence écologique, la proximité géographique, la temporalité, l'additionnalité administrative et écologique, la pérennité et l'efficacité des mesures compensatoires.

En outre, l'application de la séquence ERC n'échappe pas au principe de proportionnalité des moyens de la compensation en fonction de la nature du projet et de l'importance de ses impacts, dont les fondements sont rappelés au 1° (principe de précaution) et 2° (principe d'action préventive et de correction) du II de l'article L. 110-1 du Code de l'environnement.

Par ailleurs, les mesures compensatoires doivent également respecter le principe dit de « responsabilité » fixé par le 2e aliéna du II de l'article L. 163-1 du Code de l'environnement aux termes duquel la responsabilité liée à leur mise œuvre et à leur efficacité incombe au seul maître d'ouvrage, sans faculté de transfert.

Sur le plan pratique, la mise en œuvre des principes susmentionnés s'avère complexe. À cet égard, les « dossiers de projets » établis et déposés au cours de ces dernières années par les maîtres d'ouvrage font ressortir une série de limites.

S'agissant du principe d'équivalence, l'absence de méthode standardisée induit une très grande disparité dans les modes de calcul des pertes et des gains écologiques. Cette question constitue aujourd'hui une des limites majeures rencontrées par les acteurs, experts et maîtres d'ouvrage, soumis à la séquence ERC. Bien qu'il existe une approche standardisée depuis 2021, aucun consensus n'a pour l'heure été trouvé pour proposer une méthode standardisée du calcul de l'équivalence écologique. La disparité des milieux, des espèces et des enjeux environnementaux et les multiples techniques et méthodes de calcul existantes - mais toujours en débats dans la sphère scientifique et technique - rendent particulièrement complexe la stabilisation et le choix d'une méthode unique. Celle-ci pourrait fixer le cadre général sans pour autant imposer de manière stricte et définitive une méthode de calcul, ce qui ne permettrait pas de prendre en compte la grande diversité des enjeux et les réalités du vivant.

Le principe de proximité géographique est, quant à lui, souvent imposé de manière arbitraire, ce qui engendre de regrettables incohérences dans les dossiers de compensation qui s'évertuent à identifier des sites implantés dans le périmètre du projet. Avec pour résultat que les emprises en cause s'avèrent souvent peu « qualitatives » et, en conséquence, peu appropriées à la compensation. L'application trop rigide du principe de proximité géographique vient ainsi, de façon paradoxale mais certaine, réduire les effets vertueux et positifs de la compensation. On notera que l'article 15 de la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023

relative à l'industrie verte est venue supprimer ce principe de proximité géographique au profit d'un principe de proximité dit fonctionnelle permettant de s'inscrire dans une approche plus scientifique à travers la notion de fonctionnalités écologiques.

Le principe d'additionnalité écologique est affecté, pour sa part, par l'absence d'une méthode de quantification suffisamment claire. En pratique, afin de justifier l'existence d'un gain mesurable, il est idéalement préférable de réaliser la compensation sur des sites dégradés, voire très dégradés. Dans cette hypothèse, en effet, la mise en œuvre de la compensation offre alors une réelle opportunité de reconstituer un nouvel écosystème, beaucoup plus fonctionnel et performant que l'état initial. Toutefois, sur le terrain et comme le confirme l'étude publiée en février 2024 par Cybergéo (Padilla B., Gelot S., Guette A. et Caruthers J.-Jones, Cybergeo : European Journal of Geography, Environnement, Nature, Paysage, 15 févr. 2024), les sites ciblés sont le plus souvent dans un état d'ores et déjà satisfaisant, ce qui conduit à disperser les mesures compensatoires sur de petites surfaces et rend particulièrement complexe la démonstration – ainsi que la justification – du gain écologique.

Le principe de temporalité s'avère, quant à lui, particulièrement difficile à appliquer et à respecter. Les nombreuses contraintes liées à la définition, à la conception et à la mise en œuvre des mesures compensatoires sur des fonciers parfois très contraints et difficilement mobilisables permettent rarement de proposer des mesures d'ores et déjà opérationnelles au moment où le projet commence à générer ses impacts.

S'agissant, enfin, du principe de pérennité et d'efficacité des mesures compensatoires, son évaluation demeure complexe en l'absence de méthode standardisée fixant le cadre du suivi et du contrôle à exercer en vue de s'assurer de la pérennité desdites mesures. De même, il existe peu d'indicateurs communs de nature à favoriser l'émergence d'une évaluation réellement pertinente. En l'occurrence, la question des pertes de biodiversité dites « intermédiaires » pendant la durée réglementaire est particulièrement complexe à appréhender, tant du point de vue fonctionnel et des interventions correctives (importance de l'anticipation) que du point de vue économique et juridique (prise en compte du risque et des responsabilités, notamment sur le plan pénal, en cas de contrôle).

## IV.- L'équivalence écologique : verrou incontournable de la compensation écologique ?

Pour l'heure et dans l'attente des débats au parlement sur l'article 18 du projet de loi Simplification de la vie économique, le mécanisme de compensation des atteintes à la biodiversité encadré par l'article L. 163-1 du Code de

l'environnement est assorti d'une obligation de résultat d'absence de perte nette de biodiversité. Un tel objectif implique d'avoir la capacité de mesurer les pertes induites par le projet impactant, mais aussi les gains réalisés par les mesures compensatoires envisagées. Le résultat devrait a minima être à l'équilibre. La démonstration de l'atteinte de cet objectif s'opère à travers le principe « d'équivalence écologique » qui implique que plusieurs conditions soient respectées comme le précise le guide sur le dimensionnement de la compensation publié en 2021 : (1) Les mesures compensatoires visent des objets de même nature afin de pouvoir établir des comparaisons pertinentes et cohérentes ; (2) l'équivalence écologique est établie au regard d'un volet quantitatif (surface, nombre d'espèces, fonctions écologiques...) mais aussi de la qualité fonctionnelle des mesures (prise en compte de leur rôle au sein de l'écosystème affecté par le projet) et enfin (3) de la finesse de l'analyse qui repose sur la notion de proportionnalité.

Le principe d'équivalence écologique prend sa source dans les débats relatifs à l'approche économique des services écosystémiques et à la monétisation du vivant (Roche, Philip, et al. Valeurs de la biodiversité et services écosystémiques. Perspectives interdisciplinaires. Éditions Quæ, 2016). Lors des débats sur la Loi Biodiversité de 2016, l'idée d'une monétisation de la biodiversité a été écartée au profit du principe d'équivalence écologique qui - par nature - implique que la compensation ne pourra pas être de nature financière, mais doit se traduire par une équation d'un autre ordre : biodiversité et fonctions altérées versus biodiversité et fonctions restaurées. Dans ce contexte, la valeur attachée à la biodiversité sera donc liée aux coûts de dimensionnement, de réalisation, de gestion et de suivi des mesures compensatoires proposées par le maître d'ouvrage. On doit toutefois souligner que l'approche par l'offre, qui induit la constitution d'un marché d'unités de compensation, reviendra malgré tout à créer de manière indirecte un espace d'échange monétaire entre les maîtres d'ouvrage et l'opérateur d'un site naturel de compensation, de restauration et de renaturation (SNCRR) créé par la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 dont l'essentiel de la relation contractuelle portera sur l'acquisition d'unités de compensation et sans que les services instructeurs aient d'autres obligations que la vérification de l'adéquation entre le besoin et l'offre de compensation.

Le principe d'équivalence écologique constitue le seul moyen de démontrer l'atteinte de l'objectif d'absence de perte nette de biodiversité. Il s'agit également d'un des principes de la compensation les plus complexes à respecter en raison des sérieuses incertitudes qui l'accompagnent :

« Le processus de compensation s'accompagne de nombreuses incertitudes concernant la mesure de la biodiversité, qui est forcément incomplète et qui peut être plus ou

*moins biaisée selon les protocoles choisis, le risque d'échec lors de la mise en place des mesures compensatoires, le devenir des sites compensatoires qui peuvent ne pas subsister sur l'ensemble de la durée des impacts. Ces incertitudes induisent des imprécisions lors du calcul des pertes et gains qui se traduisent souvent par une sous-estimation du besoin en compensation (impliquant une perte de biodiversité) ou au contraire une surestimation (impliquant des surcoûts pour le maître d'ouvrage). » (Bezombes L., Kerbiriou C., Spiegelberger T., Gouraud V. et Gaucherand S., Un cadre méthodologique pour évaluer l'équivalence entre pertes et gains de biodiversité induits par les projets d'aménagement et leurs mesures compensatoires, Sciences Eaux & Territoires, Article hors-série n° 49, 2018.)*

Sans remettre en question l'existence même de ce principe, il apparaît indispensable à l'avenir de fixer un cadre

plus formalisé permettant de mieux répondre à cette exigence d'équivalence. Outre la nécessité de stabiliser les méthodes d'appréciation, il est également nécessaire d'harmoniser les compétences et la formation des acteurs techniques, des experts, des agents instructeurs et des maîtres d'ouvrage afin qu'ils puissent appréhender de manière univoque les tenants et aboutissants d'une telle équivalence. Cette démarche est, au reste, à rattacher à la nécessité de réhabiliter la séquence ERC de l'étude d'impact pour qu'elle puisse remplir pleinement son véritable rôle d'aide à la décision. En effet, la démonstration de l'équivalence écologique – ou dans certains cas le constat de l'impossibilité d'y parvenir - doit permettre aux acteurs de questionner le projet et, si besoin, de le redimensionner en vue de l'atteinte d'un moindre impact. ■

The advertisement for LAMY LIAISONS features a collage of images related to environmental and industrial law. On the left, there is a vertical stack of logos: 'LAMY | KARNOV GROUP' and 'LIAISONS'. Below this is a graphic with 'LAMY' and 'BDEI Bulletin du Droit de l'Environnement Industriel'. The central text reads 'La référence en droit de l'environnement industriel'. The bottom row contains three images: a recycling bin, a field of solar panels, and an industrial refinery. The LAMY logo is in the top right corner. At the bottom right, the website 'boutique.lamy-liaisons.fr' and phone number 'N° Cristal 09 69 39 66 60' are listed.

# La compensation environnementale

BDEI n° 3262

## Bien lire l'obligation de compensation : une affaire d'optique ?

*Réflexions croisées, Philippe Merle, Ingénieur Général des mines et Jean-Pierre Boivin, Avocat, Directeur scientifique du BDEI*

Échanges dans le cadre des travaux conduits par le Laboratoire d'initiatives foncières et territoriales innovantes (LIFTI) sur la compensation durant l'année 2023.

**Jean-Pierre Boivin :** Merci, Monsieur Merle, d'avoir bien voulu accepter de nous partager votre vision de la compensation à travers, notamment, les textes et la pratique que vous avez eu l'occasion de mettre en œuvre dans vos précédentes fonctions.

Le numéro spécial du BDEI auquel vous voulez bien participer est un numéro dont le thème est « *la compensation écologique* ». Ce numéro essaie de dresser un panorama de l'état de la situation. Nos travaux font apparaître l'importance de nombreux enjeux, mais aussi le fait que la matière recèle aujourd'hui plus de questions que de réponses. L'objectif de ces travaux est à la fois de faire mieux connaître cet outil, d'en cerner les contours et, à certains égards, de sortir des zones d'ombre ou de tenter d'expurger les peurs qu'il a suscité dans la pratique. Je pense, en particulier, aux fortes aversions de principe qui se sont manifestées sur le sujet et qui ont trop souvent conduit certains auteurs à considérer la compensation comme un « droit à détruire ». La radicalité d'une telle approche me paraît mériter d'être révisée et quelque peu recentrée.

Je vous propose de commencer notre réflexion en rappelant les sources communautaires de la compensation pour parvenir à une meilleure mise en perspective de la législation française actuelle sur ce sujet. Nous pourrions, dans un second temps, aborder les éventuels projets de modification du législateur.

Comment la législation française actuelle se situe-t-elle par rapport au droit communautaire ?

**Philippe Merle :** Si on en revient aux sources, quand on examine dans les directives européennes la place de la compensation, on distingue deux points durs. Le premier traduit une ambition très forte quand on est en zone Natura 2000 : la directive Habitat, à l'article 6, dit que quand une évaluation des incidences donne des résultats négatifs en zone Natura 2000 et qu'on ne peut pas faire autrement, alors s'il existe une raison d'intérêt public majeur, on peut compenser. Mais cette compensation doit être stricte, et on doit s'assurer que la cohérence globale de Natura 2000 est protégée. Et donc dans cette hypothèse, coexistent simultanément la compensation stricte et



Par Jean-Pierre Boivin  
Avocat  
SCP Boivin  
et associés



et Philippe Merle  
Ingénieur général  
des mines

la nécessité d'intérêt public majeur (Dir. n° 92/43/CEE, 21 mai 1992, art. 6).

L'autre texte où on trouve une nécessité de compensation stricte, c'est la directive cadre sur l'eau dont l'article 1<sup>er</sup> édicte l'exigence de prévenir toute dégradation supplémentaire, de préserver et améliorer l'état des écosystèmes aquatiques ainsi que des zones humides et des écosystèmes terrestres qui en dépendent directement (Dir. n° 2000/60/CE, 23 oct. 2000, art. 1<sup>er</sup>). Donc zone humide et Natura 2000, « c'est du dur ».

En dehors de ces deux hypothèses et dans le cas général, c'est beaucoup moins assertif. En fait, dans la directive EIE (Dir. UE n° 2011/92, 13 déc. 2011, dite « projet »), on trouve les éléments suivants.

Premier point, s'il y a un examen « cas par cas » qui doit déboucher sur la nécessité de faire ou non une évaluation environnementale, cet exercice se fait uniquement sur la base des mesures d'évitement et de réduction, c'est-à-dire que la compensation ne peut pas s'intégrer tout de suite sans qu'aient été évaluées les incidences, ce qui est normal puisqu'il faut connaître précisément ce qu'on a à compenser.

Un autre point important de cette directive, résulte en ce que, dans la décision, doit figurer un suivi des mesures d'évitement, de réduction et de compensation. En revanche, ce que prescrit le texte pour chacune des séquences ERC (Éviter, Réduire, Compenser) - et notamment dans le contenu de l'étude d'impact et dans la description des mesures -, c'est qu'il s'agit d'éviter, de réduire, et si possible de compenser. La directive n'impose donc pas une obligation stricte et on n'est pas davantage confronté à une obligation de résultat de compenser à 100%.

Enfin, l'annexe de la directive dit qu'il s'agit d'éviter, réduire, et si possible compenser à la fois pendant la construction - donc pendant que le projet se met en route - et au cours du fonctionnement (c'est le terme de la directive), c'est-à-dire pendant toute l'exécution du projet. La directive fait donc expressément référence à la durée du projet et non pas à la durée des atteintes. Voilà l'état des textes communautaires.

**J.-P. Boivin :** Ce point est absolument essentiel pour apprécier la portée de l'obligation de compensation. Vous soulignez qu'en fait, et c'est assez logique puisque la directive se focalise sur le projet, c'est par rapport à ce projet que s'effectuent, dans un premier temps, les opérations de compensation et, dans un second temps, le suivi de ces opérations. Alors une question vient immédiatement à l'esprit : quand on connaît la difficulté à laquelle sont confrontés les porteurs de projets, comme l'administration, dans la détermination des contours exacts desdits projets, quel marqueur peut-on identifier pour en déterminer la fin ? Comment, selon vous, pourrait-on concrètement identifier la fin d'un projet, laquelle marquerait la fin de l'obligation de la compensation ?

**Ph. Merle :** Une compensation bien faite est en principe pérenne, et donc si, ensuite, elle se dégrade, ce sera normalement pour des raisons extérieures au projet lui-même. Donc une compensation « parfaite » n'a pas de date de fin. Cela n'épuise pas la question de la responsabilité juridique, puisque les mesures de suivi vont, pour leur part, porter sur la durée du projet, du fait qu'elles sont adressées au porteur du projet.

Dans de nombreuses hypothèses, la notion de fin de projet est déterminable. Il en va ainsi, par exemple, s'il s'agit d'une installation classée. À un moment donné, interviendra une cessation d'activité. À l'issue de cette cessation, ne subsistera plus qu'une police résiduelle et le projet aura pris fin.

D'ailleurs, je note au passage que c'est cette cessation d'activité qui permet dans un autre domaine, celui de la réhabilitation du site, le transfert de la responsabilité de l'exploitant à un tiers demandeur. Et on ne peut pas faire ce transfert de responsabilité avant cette cessation d'activité.

Néanmoins, il n'existe pas de « date de fin » universelle dans tous les régimes qui sont adossés à la directive EIE. C'est peut-être pour cette raison, que dans la loi française actuelle, on parle de compensation effective pendant toute la durée des atteintes. En conséquence de cette formulation, je dirais que ce problème ne se pose pas en droit, même qu'il se pose évidemment en fait.

**J.-P. Boivin :** Si on réfléchit non pas sur des ICPE - pour lesquelles la fin du projet est inscrite dans les textes - mais, par exemple, sur une obligation de compensation sur une zone humide, que signifie alors la fin du projet pour une telle zone ?

Prenons un exemple. Supposons que, suite à une évolution climatique, le niveau de la nappe phréatique au droit des terrains compensés ait baissé et que - mécaniquement - la zone restaurée se trouve graduellement, voire totalement, asséchée. Dans une telle hypothèse, et alors que la cause de l'évènement serait directement liée à un phénomène naturel et non à une action anthropique, comment déterminerait-on la fin du projet dans une telle situation ?

**Ph. Merle :** On se heurte au choc de deux sources différentes. D'une part, on peut dire que l'autorisation IOTA (eau), puisqu'il y aurait une rubrique IOTA, a une fin. Et puis, il y a une deuxième source possible qui est de se raccrocher aux principes généraux du droit, par exemple que « nul n'est responsable que de son propre fait ».

La difficulté, c'est que la formulation actuelle de la loi française, - et c'est l'une des raisons pour lesquelles il est envisagé de changer les choses - induit une obligation de résultat qui pourrait conduire à penser qu'il faudrait quand même faire remonter la nappe quand bien même celle-ci aurait baissé naturellement, au seul motif déterminant qu'on n'aurait pas atteint la fin du projet. C'est la

conséquence qu'induirait une obligation de résultat, laquelle, serait de surcroît, jugée en plein contentieux.

Ce type de raisonnement illustre l'insécurité juridique liée à la rédaction du texte actuel dont je rappelle qu'elle va au-delà des exigences de la directive elle-même.

**J.-P. Boivin :** Vous avez évoqué le contentieux de la responsabilité qui relève d'un régime de plein contentieux par rapport au porteur de projet sur qui repose l'obligation de compenser par rapport à son propre projet.

Actuellement, dans nos textes, il n'existe pas de possibilité pour ce porteur de transférer sa responsabilité, mais seulement une faculté de sous-traiter tout ou partie de ses actions de compensation. Ainsi, le législateur français souhaite-t-il qu'une responsabilité incontournable repose sur la tête du porteur de projet jusqu'à ce qu'aient cessé les atteintes à la biodiversité alors que, vous l'avez souligné, le droit communautaire postule que la responsabilité du porteur de projet trouve sa limite dans la fin du projet lui-même.

Cette absence de transférabilité de la responsabilité révèle un problème structurel. Il me paraît légitime que la mise en place de la compensation relève de la responsabilité du porteur de projet dans la mesure où elle se rattache directement à l'exercice de son métier de promoteur. En effet, s'il ne met pas en œuvre son obligation de compensation, il ne peut tout simplement pas exécuter son projet dès lors que la première est intimement liée au second. En revanche, quand on arrive sur la gestion, et vous le disiez tout à l'heure, lorsque la compensation est bien faite, normalement elle a une vocation à être plus ou moins pérenne, sauf événements exogènes auxquels je faisais précédemment allusion. Mais, lorsqu'on réfléchit à ce qu'est un porteur de projet, cette fois-ci non pas sous l'angle écologique mais sous l'angle des affaires, il n'a évidemment ni la capacité, ni la vocation à faire de la gestion de terrains qui ont fait l'objet de la compensation sur des échéances qui peuvent être longues. On peut se demander si cette difficulté n'est pas de nature à dissuader les porteurs de projet de s'engager dans la compensation en amont de la décision, comme il y a une dizaine d'années, rappelez-vous, certains groupes français stockaient leurs sols pollués dans des structures dédiées pour éviter de les mettre sur le marché à cause de l'absence de transférabilité de la responsabilité. Le tiers demandeur - mécanisme auquel on a les uns et les autres beaucoup contribué - a permis de débloquent cette situation et on voit aujourd'hui que le tiers demandeur dont tout le monde se méfiait au début est un mécanisme qui marche plutôt bien, qui n'a pas dérapé contrairement à ce que l'on craignait à l'origine et qui aujourd'hui intéresse beaucoup les promoteurs et les banques. Dans ce contexte où le monde des affaires s'est emparé de l'outil tiers demandeur, l'instauration de ce mécanisme a, je l'ai moi-même constaté, permis de débloquent une partie des problèmes des sols pollués.

Donc, est-ce qu'on n'a pas finalement le même frein dans le domaine de la compensation et est-ce que le chemin qu'on a ouvert en matière de sols pollués ne constitue pas une sorte de laboratoire d'art et d'essai intéressant pour lever des freins du côté des porteurs de projets ?

**Ph. Merle :** Je dirais en préliminaire que c'est plutôt une bonne idée de dissuader les porteurs de projets d'avoir à s'engager dans la compensation, de la même façon que c'est plutôt une bonne idée de dissuader les industriels de polluer les sols. Donc, il y a tout un volet « prévention », qui se traduit dans le domaine dont nous parlons par « éviter et réduire » et qui se traduit dans le domaine des sols par les prescriptions visant à éviter la pollution : ce volet doit être premier.

Ensuite, à titre subsidiaire, l'évolution vers une transférabilité de la partie « réhabilitation » pose au fond la question du suivi de ce qu'on a échoué à prévenir : il s'agit de transférer à un tiers les problèmes que ce suivi met en évidence. S'il n'y a pas de problème de suivi de la compensation tout va bien : on est dans quelque chose de pérenne jusqu'à une durée indéterminée.

La maturité - sur cette question de transférabilité des problèmes résiduels - est arrivée après une dizaine d'années de fonctionnement un peu expérimental du système. Au départ cela ne marchait pas très bien, et petit à petit une offre s'est structurée. Dans le cas de la compensation, cette évolution-là pourra peut-être se faire un jour mais je pense qu'aujourd'hui l'offre n'est pas suffisamment structurée pour permettre d'effectuer un éventuel transfert après la fin du projet. Je rappelle qu'avant la fin du projet, c'est de toutes manières au porteur de projet -et à lui seul - que s'adresse la décision préfectorale d'autorisation, laquelle comporte et implique les mesures de suivi. Une transférabilité, après la fin du projet, relève d'une hypothèse qui sera sans doute envisageable un jour, mais qui n'est aujourd'hui pas mûre, faute de structuration suffisante de l'offre malgré les évolutions successives de la loi.

**J.-P. Boivin :** Sur ce terrain, précisément, l'un des axes de réflexion du LIFTI au cours de l'année dernière a été de comparer les mérites respectifs d'une compensation par la demande et d'une compensation par l'offre pour constater, qu'en France, l'offre était globalement très limitée voire défailante. Et qu'elle était en tout cas agrégée autour de quelques points que chacun connaît alors que, par exemple, dans d'autres pays comme aux Etats-Unis on a développé une offre beaucoup plus large et beaucoup plus ouverte à travers, notamment, les banques de compensation. Et donc on voit bien, comme vous le dites, qu'à partir du moment où une offre se structurerait - et on va évoquer tout à l'heure la nécessité de structurer une telle offre - s'ouvrirait à ce moment-là un champ de réflexion suffisamment mûr pour adosser à cette offre la question de la transférabilité.

Venons-en maintenant au droit actuel et aux évolutions en cours. Je dis en cours parce qu'à l'heure où nous parlons

on ne dispose que d'un fragment de petite loi et on verra ce qu'elle devient. Mais le problème est posé et c'est donc intéressant de s'y arrêter un peu, car quel que soit l'avenir de cette petite loi demain, les fondements de la réflexion sont posés : un problème a été identifié et le socle d'une solution a été posé.

**Ph. Merle :** En effet, alors faisons un peu d'historique.

La compensation a été vraiment codifiée dans la loi biodiversité en 2016, avec un choix de transposition consistant à généraliser au-delà de Natura 2000 et des zones humides l'objectif d'absence de perte nette de biodiversité : c'est finalement un choix de haut niveau de protection de l'environnement qu'il n'a jamais été question de remettre en cause (L. n° 2016-1087, 8 août 2016). Là-dessus, en 2021, la loi Climat et Résilience a donné une priorité aux zones de renaturation préférentielle, c'est-à-dire a commencé à poser la question de structurer une offre qui ne soit pas définie au gré des projets et des opportunités (L. n° 2021-1104, 22 août 2021).

En 2023, dans la loi industrie verte, on peut distinguer deux avancées bien distinctes (L. n° 2023-973, 23 oct. 2023).

Le premier consiste à aller au bout de la logique climat résilience en disant que s'il y a des zones prioritaires, elles ne sont pas forcément situées à proximité immédiate des projets. Par conséquent, la notion de proximité géographique qui figurait jusqu'alors dans la loi ne reflétait pas le principe qu'on cherchait à poser. On cherchait ce qu'on a appelé une proximité fonctionnelle, c'est-à-dire une approche permettant d'assurer que les fonctionnalités dégradées sont restaurées, et ce en visant une restauration pérenne donc qui ne posera pas de problème de suivi.

**J.-P. Boivin :** Est-ce que l'idée que vous évoquez est d'avoir une dilatation de l'espace qui pourrait être idéalement nationale ou est-ce que le critère d'appréciation serait plutôt à l'échelle loco/régional ?

**Ph. Merle :** Rien ne le précise. Le Sénat souhaiterait le préciser dans un décret. Il me semble - ça n'engage que moi - que l'échelle dépend de la question posée. Par exemple, si on parle de zone humide, peut-être que le sous-bassin est la bonne échelle. Si on parle d'habitat, l'échelle dépend de l'aire de répartition des espèces concernées. Donc une échelle nationale, à mon avis certainement pas. L'échelle doit être adaptée à ce qu'on cherche à compenser, pas forcément en proximité géographique immédiate.

Cette évolution reflète la première avancée de la loi Industrie verte.

La seconde a consisté à susciter une augmentation de la structuration de l'offre avec la création des unités de compensation, restauration et renaturation, dont on ne peut que constater que les décrets - actuellement en consultation - ont quelques difficultés à sortir.

Apparaît dans le paysage en 2024 le texte que le gouvernement dépose au Sénat sur la simplification, avec un ar-

ticle 18, qui vise à conserver partout l'objectif ambitieux d'une compensation sans perte de biodiversité tout en permettant une souplesse de mise en œuvre qui soit compatible avec le déroulement des projets industriels et avec leur sécurité juridique.

Ce mouvement implique la suppression de la phrase actuellement présente dans la loi : « *elles doivent se traduire par une obligation de résultat et être effectives pendant toute la durée des atteintes* », dont on a vu la difficulté en termes de sécurité juridique, tant sur l'obligation de résultat en plein contentieux, que sur l'absence de limites temporelles.

L'idée sous-jacente est de mieux traduire la philosophie profonde du texte qu'il faut viser une absence de perte nette à terme et de façon pérenne en l'assortissant d'un suivi. Donc ne pas dégrader cet objectif mais le traduire juridiquement sous une forme plus sécurisée qui permette une souplesse et une meilleure exécution au fond.

**J.-P. Boivin :** Si on résume pour nos lecteurs, et si je comprends bien le sens du texte de la petite loi, on dégagerait de la souplesse au niveau de la mise en route effective de la compensation. C'est-à-dire qu'on cesserait d'exiger que la compensation soit idéalement réalisée au moment même du lancement du projet, ce qui est globalement impossible, sauf s'il y avait une offre surabondante et qu'on trouve sur l'étagère une solution toute prête à l'instant T de ce lancement, ce qui n'est pas le cas aujourd'hui.

Dès lors, cette modification apporterait d'abord de la souplesse au niveau du démarrage de l'opération de compensation puis, dans un second temps, de la souplesse sur l'appréciation des effets puisqu'on s'affranchirait du critère temporel des atteintes.

**Ph. Merle :** C'est bien cela : comme je le disais tout à l'heure, le texte de la directive est très souple ; « si possible compenser ». Il n'implique même pas une obligation de moyens complète. Alors que dans la rédaction actuelle de la loi française, si la jurisprudence venait à durcir l'interprétation, on serait sur une obligation de résultats stricte et constante, avec de surcroît une absence de perte nette de biodiversité qui ne figure pas non plus dans la directive pour le cas général (hors Natura 2000 et zones humides).

Et donc c'est cet objectif d'absence de pertes nettes que le texte qui a été proposé par le gouvernement vise à conserver, mais tout en permettant des modalités d'exécution qui permettent une meilleure effectivité.

**J.-P. Boivin :** Ce point-là est vraiment très important parce qu'il touche l'une des grosses difficultés de la compensation dans les textes actuels, c'est-à-dire une obligation stricte de résultat, qui, en fait, commencerait à l'instant T, concomitamment au lancement du projet. Dans une telle hypothèse, l'obligation de résultat naitrait simultanément par rapport au lancement du projet et ne s'achèverait qu'à la fin des atteintes, c'est-à-dire on ne sait pas très bien quand. Donc sur le plan de l'analyse juridique de l'obligation et de sa portée, le texte actuel est porteur et vecteur

d'incertitudes qui sont assez colossales, d'où résulte pour le porteur de projet une énorme insécurité juridique, surtout s'il ne peut jamais se libérer de son obligation.

**Ph. Merle :** Il me semble qu'on se trouve effectivement confrontés à l'existence de deux plans de langage : celui de la protection de l'environnement, d'un côté, et le langage juridique de l'autre. Ces deux langages ont du mal à converger... La rédaction qui a été portée par le gouvernement dans le projet d'article 18 essaye de traduire la même idée de fond du point de vue environnemental mais dans un langage juridique adapté.

**J.-P. Boivin :** Et donc, si ce texte était finalement voté, il devrait offrir au porteur de projet titulaire d'une obligation de compensation une forme de sécurité juridique un peu plus confortable ?

**Ph. Merle :** Absolument.

**J.-P. Boivin :** Je voudrais évoquer une question d'ordre un peu technique qui me paraît importante dans la pratique. L'une des difficultés développées dans les travaux du LIFTI à l'occasion d'un des ateliers, réside dans la grande difficulté de disposer – de manière univoque – des outils pour apprécier l'absence de perte nette de biodiversité. En fait, qu'on s'interroge sur l'absence de perte nette dans le cadre du texte actuel ou qu'on se projette sur l'objectif que vous décrivez dans l'article 18 de la petite loi, comment peut-on concrètement mesurer de manière fiable l'étendue de l'obligation ? Cette mesure semble, en effet, difficile compte tenu de l'incertitude des résultats des outils techniques qui permettraient de vérifier si on relève ou non une perte nette de biodiversité. Comment cet exercice est-il conduit dans la pratique ? Est-ce que c'est à travers un volet de l'étude d'impact ? Est-ce que c'est une attestation d'un écologue ? Est-ce que c'est une appréciation qui serait faite par un organisme indépendant ? Existe-t-il une mécanique univoque d'évaluation de cette perte nette ? Il y a bien des guides – tous un peu contradictoires les uns par rapport aux autres – mais si un jour se posait la question de l'évaluation de la responsabilité d'un porteur de projet devant le juge, quels outils de mesure probants pourraient être utilisés ? Sans même aller jusqu'à l'hypothèse d'un conflit judiciaire, la question est au fond, la même dans l'hypothèse où l'administration estimerait que le porteur de projet a organisé ou laissé s'installer une perte nette de biodiversité et où des prescriptions complémentaires seraient envisagées dans le cadre d'un arrêté préfectoral complémentaire.

**Ph. Merle :** Il me semble que, quand on se place dans une perspective ex ante, c'est un peu sévère de dire qu'il y aurait un manque d'outils : on a quand même un guide très épais, censé être bien connu des bureaux d'études qui font les études d'impact, et qui permet de traiter cette question. La question ex ante est vraiment importante, parce que c'est à partir de cette analyse que va être jugée une éventuelle insuffisance d'étude d'impact, ou une éventuelle insuffisance des mesures compensatoires édictées dans l'arrêté d'autorisation, ou une éventuelle insuffisance des mesures de suivi.

Il s'agit donc déjà de faire correctement cette étape, qui est complètement en ligne avec le projet d'article 18 qui vise une absence de perte nette de biodiversité. D'ailleurs, le texte actuel comporte l'expression « vise un objectif d'absence de perte nette ».

L'autre question qui est, à mon sens, beaucoup moins mûre aujourd'hui, parce qu'on n'a pas beaucoup de recul, c'est la question ex post, c'est-à-dire la question du suivi. Un tel suivi doit être proportionné, il doit être faisable, et il doit être raisonnable.

Force est de constater que la jurisprudence sur la qualité du suivi est aujourd'hui très faible, et principalement centrée sur les interactions délétères entre les éoliennes et les oiseaux.

**J.-P. Boivin :** On est bien d'accord que si, dans le cadre d'un suivi régulier, apparaissaient des fluctuations de l'état du milieu dues à des négligences ou à des insuffisances d'entretien, l'administration devrait normalement intervenir et imposer au porteur de projet de prendre les mesures complémentaires de nature à rétablir la situation. En pratique, devrait intervenir un arrêté complémentaire prescrivant les mesures nécessaires. Sauf erreur de ma part, je n'ai pas vu, à ce jour, d'arrêté complémentaire portant des prescriptions de complément de la compensation. Est-ce que ça existe ou est-ce qu'on est encore en présence d'un outil en développement ?

**Ph. Merle :** On est dans un domaine qui n'est pas mûr. Je pense que c'est de cet univers-là que viendront progressivement la jurisprudence et la pratique. Il s'agit d'abord d'être clair dans la loi sur le niveau d'ambition qui est réellement visé sur le fond, mais également quant à l'arsenal juridique destiné à accompagner cette ambition, pour éviter qu'on ne débouche sur des situations absurdes. Une fois encore, l'objectif demeure de viser une absence de perte nette de biodiversité, qu'on soit ou non, dans les cas particuliers « habitats » et « zones humides » ciblés par la réglementation communautaire.

**J.-P. Boivin :** Peut-être une dernière question concernant plutôt l'administration. Vous avez été pendant des années en responsabilité à la DGPR. Est-ce qu'il vous semble – sans qu'on porte un quelconque jugement de valeur – que l'administration déconcentrée, c'est-à-dire essentiellement les DREAL, est bien sensibilisée à ce problème de la compensation, ou votre impression est-elle que le sujet est encore en construction ? Concrètement, au niveau de l'appréciation des documents d'impact par les services, avez-vous le sentiment que dans la démarche ERC le C soit vraiment mis en perspective et/ou subi plutôt que géré ?

**Ph. Merle :** Deux éléments de réponse évidemment partiels, d'autant que c'est une situation qui est évolutive, donc qui a pu bouger depuis que j'ai changé de fonction.

Tout d'abord, il me semble, je l'ai déjà dit tout à l'heure sous une autre forme, que le « C » doit quelque part rester laborieux. De même, la gestion d'une pollution des sols

n'est pas l'objectif : l'objectif, c'est d'abord de prévenir les pollutions des sols. Donc il me semble que ce n'est pas un problème que l'exercice reste inconfortable.

Deuxièmement, il y a une question d'organisation qui n'est peut-être pas encore complètement réglée, bien que les DREAL aient maintenant bientôt 15 ans. Au niveau d'une DREAL, il y a tout ce qu'il faut pour apprécier les éléments relatifs à la compensation, mais dans différents morceaux : la partie qui s'occupe de la police et qui va rédiger les projets d'arrêté, la partie, hébergée en DREAL

et dont la jurisprudence du Conseil d'État a petit à petit forcé l'isolement, qui s'occupe de l'évaluation des études d'impact, et puis les spécialistes des espèces ou des zones humides qui ont une vision naturaliste sans doute beaucoup plus approfondie que la plupart des inspecteurs des installations classées aujourd'hui.

**J.-P. Boivin :** Merci infiniment pour cet échange à la fois lucide et constructif qui ouvre à terme des perspectives intéressantes et montre, en tout cas, que le sujet est d'importance et qu'il est grand temps pour les porteurs de projets qui nous lisent de s'en saisir sérieusement. ■

LAMY | KARNOV  
LIAISONS | GROUP

LAMY



## LE LAMY DROIT IMMOBILIER

# Maîtrisez tout le droit immobilier privé et public !

En ligne ou en version papier, au bureau, en déplacement ou chez vous, vos contenus juridiques s'adaptent à vos besoins !



- **Connaissez vos droits et obligations** ou ceux de vos clients, et les incidences fiscales de chaque opération immobilière.
- **Sécurisez juridiquement vos opérations immobilières** en disposant des dernières évolutions de la loi et de la jurisprudence et de conseils pratiques.
- **Trouvez rapidement la solution à vos problématiques immobilières** grâce à son traitement par thématique et son approche opérationnelle.



Venez découvrir nos offres sur [boutique.lamy-liaisons.fr](https://boutique.lamy-liaisons.fr)

\* 10% de remise à valoir sur une sélection d'articles de la boutique Lamy Liaisons avec le code promo PRINT10

Lamy Liaisons - SAS au capital de 14 500 000 € - TVA FR 55 480 081 306 - SIREN 480 081 306 RCS PARIS

AJMMO\_170x120\_10-23\_F099 - FR | @geliimages - sif

# La compensation environnementale

BDEI n° 3263

## Les collectivités locales et la compensation écologique : quel rôle pour quelles ambitions ?

*Entretien, Philippe Schmit, Président d'Urba Demain*

*et Jean-Pierre Boivin, Avocat, Directeur scientifique du BDEI*



Par Jean-Pierre Boivin  
Avocat  
SCP Boivin  
et associés

**Jean-Pierre Boivin :** Monsieur Schmit, dans le cadre des travaux du LIFTI, nous n'avons volontairement pas traité du rôle des collectivités locales dans le mécanisme de la compensation écologique. Pourtant, leurs responsabilités devraient les conduire à s'intéresser de près aux modalités d'élaboration et de gestion de la compensation.

Par vos fonctions de conseil auprès de ces collectivités, et en raison de votre longue expérience, vous êtes un observateur privilégié. J'aimerais donc profiter de cette expérience pour évoquer avec vous, à l'occasion du présent échange, les questions et les enjeux liés à la compensation et recueillir votre vision du rôle que les collectivités locales devraient, ou pourraient, avoir dans l'élaboration de stratégies foncières, en lien avec la problématique de la compensation.

Pourriez-vous nous faire part de votre expérience sur le terrain et de votre vécu avec les collectivités que vous fréquentez ? Selon vous, comment ces collectivités appréhendent-elles le sujet de la compensation écologique ? Est-ce un outil de gestion environnementale qui leur est familier ?

**Philippe Schmit :** On peut certainement dire que la problématique de la séquence Eviter Réduire Compenser (ERC) est bien présente dans les esprits des professionnels, au moins dans son approche conceptuelle. On constate, toutefois, une difficulté de compréhension sur le volet technique de

la compensation. En toute hypothèse, dans la sphère des professionnels et des cadres des collectivités, il est certain que le mécanisme de la compensation est présent.

Dans la sphère politique, l'idée de la séquence ERC commence également à faire son chemin.

Au-delà de cette première appréciation, on mesure bien la dimension technique du sujet, lequel est alors souvent « préempté » par des environnementalistes experts au sein des collectivités.

J'évoque ces aspects car, s'il est bien compris que l'idée du triptyque ERC est de limiter les atteintes à la biodiversité, pour autant, la démarche de compensation elle-même reste encore insuffisamment appropriée dans la sphère technique, mais également, et de manière assez évidente, dans la sphère politique.

Maintenant, si l'on réfléchit à la prise en main de cet outil par les collectivités, il convient, dans une première approche, de se demander où et à quel niveau doit se porter le premier regard.

Dans une collectivité, c'est au sein des services chargés de l'environnement que l'on a le plus de chances de rencontrer des personnes sensibles au sujet de la compensation. Ce sujet nous renvoie pourtant d'emblée à des problématiques d'aménagement de l'urbanisme et à la question de



Philippe Schmit  
Expert Foncier  
et Urbanisme.  
Président  
d'Urba Demain

la programmation de la compensation. Celle-ci revêt par essence une dimension transversale. Elle nous renvoie en effet également à des sujets de développement économique ou encore de politique locale de l'habitat... La principale question est de déterminer à quel stade de la phase de réalisation d'une mesure de compensation les collectivités locales s'approprient cette problématique et, plus fondamentalement, d'apprécier si leur implication est bien réelle.

**J.-P. Boivin :** Vous faites une distinction assez nette entre le volet technique et le volet politique. Concrètement, à quoi faites-vous référence ? Dans ce cadre, est-il légitime d'attacher la dimension technique aux services de l'environnement et la dimension politique aux élus ?

**Ph. Schmit :** Oui, je pense qu'on peut opérer cette distinction entre le rôle des services techniques et les élus eux-mêmes. Sur ce point, j'ouvre une parenthèse pour souligner la part prégnante aujourd'hui prise par l'aménagement et dont la compensation est en fait une composante. Il faut donc s'interroger sur la structure de décision et cerner qui a le pouvoir d'action dans ce domaine d'intervention. En effet, la technicité de nos documents de planification, de programmation et de stratégies est devenue telle qu'en définitive, les véritables auteurs des documents d'urbanisme sont aujourd'hui, dans certains territoires, bien plus les techniciens que les élus. Si on réfléchit avec les élus sur leur véritable capacité à concevoir et maîtriser ces documents, on constate qu'une grande partie de la classe politique s'en remet de fait à la sphère technique, seule une poignée d'élus s'appropriant la dimension technique de la planification.

Dans ce contexte, les élus qui sont effectivement à la manœuvre sont les élus « techniciens », c'est-à-dire ceux qui ont travaillé pour comprendre précisément ce qu'il y a dans un SCOT, dans un PLU, ou encore dans la mise en œuvre de la démarche de compensation etc. Cette stratification des savoirs crée *de facto* un fossé au sein de la classe politique et confère aux sachants qui ont acquis les connaissances nécessaires auprès de la sphère technique une supériorité par rapport à leurs collègues. Cette situation n'est, au demeurant, qu'une forme d'illustration des conséquences nées de la fragmentation des responsabilités politiques.

Si une collectivité s'est activement engagée sur le sujet de la compensation, l'élus concerné deviendra l'élus référent. Dans ce contexte, il convient donc de réfléchir à la place de la compensation à travers ces évolutions techniques, pour qu'elle épouse - en substance - une dynamique plus transversale qui permettrait de faire le lien avec les enjeux de reconquête, de renaturation, de désartificialisation.

Il est probable que la compensation s'insère dans une logique de programmation et devienne un domaine plus technique encore, rassemblant ses acteurs spécifiques, son cadre légal propre, le tout peut-être accompagné des documents spécifiques. Sous cet angle, on pourrait

craindre une énième fragmentation débouchant sur un transfert de prise en charge de la compensation par les services environnement.

Cette situation peut se transposer à la problématique générale de la biodiversité, à savoir que celle-ci devient moins une compétence intrinsèque qu'une agrégation de responsabilités qui se dessinent sur chacun des membres de la collectivité.

La compensation environnementale nous renvoie donc au sujet de la biodiversité. Il est d'ailleurs intéressant de se demander s'il y a une compétence biodiversité. Faut-il une compétence biodiversité ? Dans un sens, on peut se dire qu'elle existe déjà, parce que, dans le Code général des collectivités territoriales, on voit bien qu'un rôle chef de file est accordé à la région. On ne retrouve toutefois pas dans le CGCT, l'identification d'une responsabilité relative à la biodiversité au niveau du bloc local.

Et l'on voit des départements qui conduisent des actions, au titre des espaces naturels sensibles, mais il n'existe pas de monopole, ni de la commune, ni de l'intercommunalité, ni du département, ni de la région sur ce sujet biodiversité. Et s'il fallait transformer cet état du droit pour y introduire expressément la compensation, on pourrait envisager d'attribuer une telle compétence sur la problématique de la compensation au sein du CGCT, au titre des compétences obligatoires de l'une de l'autre des catégories de collectivité. Mais, quand il y a une attribution de compétence, ces attributions sont généralement accompagnées de mécanismes de spécialité et d'exclusivité.

De deux choses l'une. Ou bien on considère que la biodiversité est un sujet technique qu'il faut clairement identifier et auquel il convient d'attacher une responsabilité pour une collectivité déterminée, en supposant que cette démarche élève le degré d'appropriation de sa responsabilité sur le sujet. Ou bien on considère à l'inverse qu'il ne faut surtout pas que la biodiversité relève d'une compétence particulière parce que ce domaine est de la responsabilité de tous et que sa préservation a vocation à irriguer tous les pans de l'action publique.

On pourrait dire que la biodiversité doit être notre préoccupation dans tout ce que l'on fait, dans tous les ressorts de l'action publique. Notre sujet de la compensation est là.

Cette interrogation peut être transposée à la question de la compensation écologique. Dans cette démarche, il faut alors se demander si la compensation écologique a vocation à être cantonnée à une problématique particulière. Si on la cantonne à la problématique de la planification, c'est alors le service de l'urbanisme qui devrait avoir vocation à l'organiser. Et l'on peut trouver des agglomérations dans lesquelles la direction d'urbanisme est en charge de faire naître un « opérateur local de la compensation ». On peut aussi songer à la cantonner aux services de l'environ-

nement, auquel cas elle pourrait être inscrite dans des outils tels que le PCAET (Plan climat-air-énergie territorial).

Dans tous les cas de figure, on peut considérer que la compensation n'est pas encore pleinement présente dans les collectivités et la question fondamentale est alors de savoir comment et dans quel cadre il faudrait qu'elle le soit.

**J.-P. Boivin :** Je souhaiterais aborder deux sujets complémentaires relatifs à la fragmentation dont vous avez souligné tout à l'heure l'importance et l'impact lourds pour les collectivités. Le premier est le développement d'une hyper technicité au sein même de la collectivité. Le second est lié au rôle des bureaux d'étude.

Dans le domaine de l'industrie, par exemple, on constate que les études d'impact sont des apports techniques qui deviennent presque externes à l'entreprise parce que les bureaux d'études préemptent la compétence et ont une fâcheuse tendance à se substituer aux pétitionnaires. Je suppose que la dérive sera la même dans les collectivités. D'ores et déjà, on peut observer le rôle prépondérant des bureaux d'étude dans la conception et la rédaction des PLU et des SCOT. On voit bien que – quelle que soit la clé d'entrée – le même mouvement s'observera en ce qui concerne la compétence biodiversité, le tout intimement lié aux complexités nées de la notion de projet.

**Ph. Schmit :** En effet, sur ce point une question importante doit être tranchée. Dans la mise en place d'une offre de compensation, la collectivité doit-elle tendre vers une notion de « projet de compensation » ou est-ce que la compensation est un élément du projet ? En d'autres termes, la compensation doit-elle trouver place dans un projet territorial qui aurait vocation à s'inscrire dans un PLU ou dans un SCOT ?

Ou bien notre objectif est-il de travailler à la gestion de la compensation ?

La réponse implique tout d'abord de savoir à quelle collectivité on attribue la responsabilité de définir un projet de compensation susceptible d'être inscrit dans un document programmatique et, ensuite, de définir à quelle collectivité on attribue la responsabilité – qui n'est pas mineure – de la gestion des sites sur lesquels auront été opérées des opérations de compensation. La décision d'attribution est délicate et c'est là qu'il faut vraiment réfléchir avec doigté.

**J.-P. Boivin :** Sous-jacente à cette réflexion, se dessine évidemment la sempiternelle question de la compensation par l'offre et de la compensation par la demande.

Ou bien on se situe au niveau d'un seul projet et on se trouve alors bien évidemment dans une politique de la demande où le pétitionnaire va demander à disposer les outils de la compensation pour son projet à lui.

Ou bien on se situe dans une vision plus large, où l'on va rencontrer le « projet des projets », c'est à dire une véritable vision de la collectivité au niveau approprié pour

faire de la compensation non pas au coup par coup (one shot) mais pour en faire un élément de sa politique d'attractivité et spécifiquement d'attractivité économique du territoire.

**Ph. Schmit :** Et un levier pour que la compensation soit un outil pour reconquérir nos fonciers complexes.

On est sur ce point un peu gêné car d'abord, on invite – au moins dans le discours – les collectivités à se placer dans une logique de stratégie foncière. La compensation devrait alors trouver place en amont de cette stratégie foncière. Or le foncier, tel qu'on l'envisage aujourd'hui, n'était pas une matière bien identifiée. C'est assez récent. Le risque est qu'aujourd'hui, le sujet foncier devienne lui-aussi un sujet technique au croisement de beaucoup d'éléments : planification, acquisition, programmation, interaction avec les différents acteurs... On peut alors s'interroger sur le lien qui existe entre la stratégie foncière et le PLU ? Or c'est la loi climat qui renforce, par exemple, le volet foncier du plan local de l'habitat (PLH). Mais alors pourquoi dans le PLH ? Vous voyez, on peut être gêné par rapport à la notion même de stratégie foncière.

**J.-P. Boivin :** Précisément sur ce sujet, est-ce que cette notion de stratégie foncière n'est pas finalement l'un des terrains d'élection du PADD ?

**Ph. Schmit :** Dans l'idéal, la notion de compensation mériterait d'être considérée dès le PADD, mais que ce soit le Projet d'aménagement stratégique (PAS) du SCOT ou le PADD du PLU, de toute façon cette problématique devrait être présente, mais elle ne l'est pas.

Pour revenir à la question initiale de l'appropriation par les collectivités locales du sujet de la compensation, je ne perçois pas aujourd'hui l'action de ces collectivités en tant que « pilotes » de cette logique de compensation. On constaterait, plutôt un sentiment de désresponsabilisation des collectivités qui considèrent que c'est plutôt au porteur de projet qu'incombe ce rôle.

Cela ne veut toutefois pas dire qu'elles ne le souhaitent pas et que leur intérêt pour la démarche ERC n'est pas présent. Ce qui n'est pas encore bien perçu, c'est le lien entre le document d'urbanisme et ce qu'il peut déjà en lui-même générer d'efforts de compensation. Il n'y a pas d'adéquation entre la responsabilité de planification et la responsabilité d'anticiper une compensation que la mise en œuvre du document d'urbanisme va nécessairement engendrer. On attend que le sujet arrive sur les épaules du porteur de projet qui devra s'en débrouiller dans les espaces que la collectivité aura pu dessiner.

Or, il y a un enjeu de rapprochement entre une responsabilité sur la planification et une responsabilité sur les effets de cette planification sous l'angle, notamment, de la compensation.

Le problème, c'est que la technicité des PLU s'est très fortement renforcée. Car à chaque fois que les pouvoirs

publics nationaux veulent interpellier les collectivités sur tel ou tel sujet, c'est souvent dans les documents d'urbanisme qu'ils déversent leurs exigences.

Or, à mes yeux, l'acceptabilité de ce système va bientôt atteindre ses limites.

Il devient extrêmement compliqué de s'y retrouver parmi tous les zonages de protection, y compris dans la partie réglementaire, avec les coefficients de BIOTOP etc. Si l'on veut faire entrer la compensation dans cet ensemble, il faudrait être sûr qu'elle puisse servir à la reconquête de foncier.

Et c'est là que se pose la question suivante : quel est le lien entre la compensation au sens où on l'entend dans la séquence ERC, et la compensation au sens où elle contribuerait à être un levier pour une réappropriation de fonciers en déshérence. Mais réappropriation de quoi ? Peut-on considérer qu'une désartificialisation, pourrait mécaniquement être un espace de compensation ? Est-ce par exemple que je pourrais me servir de la compensation - notamment sur le champ financier - pour aider à la reconquête d'espaces identifiés dans les SCOT comme sites prioritaires de renaturation ? De mon point de vue, tout va très vite se mélanger. S'agissant du mécanisme du ZAN qui renferme en son sein un principe de compensation parce qu'à la fin c'est zéro artificialisation nette, si j'artificialise je dois compenser... Mais puis-je utiliser la compensation environnementale comme un levier pour le faire ? En fait c'est ça qui n'est pas très clair de mon point de vue. Autre question : sur quelle collectivité faire peser cette responsabilité ?

**J.-P. Boivin :** Est-ce que ce télescopage entre le ZAN et la compensation ne recèle pas un risque de diluer ou de confondre l'une et l'autre, alors qu'il s'agit de deux politiques assez différentes dont les objectifs sont, en tout cas sur le papier, relativement distincts ? Est-ce qu'il n'y a pas là un risque assez avéré de télescopage ?

**Ph. Schmit :** Il va venir, le télescopage, il va venir.

**J.-P. Boivin :** Donc n'y a-t-il pas là un risque, à la fois pour la politique du ZAN mais aussi pour les chances d'une compensation équilibrée ?

**Ph. Schmit :** Il y a un risque mais est-ce que dans ce risque il n'y a pas quelques atouts qu'il faudrait essayer au contraire de rassembler et de mettre en avant ? En effet, l'un des enjeux de la compensation est celui de la responsabilité et de la gestion à très long terme. Et par ailleurs, - cela a été très largement souligné dans le colloque - il s'agit de savoir s'il s'agit d'une obligation de moyen ou d'une obligation de résultat. Là, on n'est pas très clair. On a une obligation de moyen, ça c'est évident, mais à la fin, suis-je encore comptable des résultats sur les décennies qui viennent. C'est l'une des différences avec nos affaires de ZAN, de désartificialisation et de réappropriation. En effet, la désartificialisation, c'est le temps d'une opération d'aménagement. Cette opération terminée, je

n'ai plus vraiment à rendre compte du devenir de l'espace désartificialisé. On ne doit pas perdre de vue que le PLU, si on veut intégrer la problématique de compensation dans un tel document d'urbanisme, n'a pas pour ambition d'embrasser le mode de gestion de l'espace ; il s'occupe uniquement d'établir des droits pour l'occupation de l'espace, pas pour la gestion de l'espace. Or, la compensation environnementale, pour sa part, a trait à la gestion de l'espace, parce que l'objectif est bien de regagner de la biodiversité. Mais, la plupart du temps, nos espaces de compensation sont des surfaces nues. Ce sont des espaces sur lesquels on veut gagner en potentielle biodiversité avec du génie écologique. Nous ne sommes par encore dans une dynamique faisant de la compensation un levier pour la requalification et le changement de fonction d'espaces complexes et déjà artificialisés.

**J.-P. Boivin :** Est-ce qu'il n'existe pas aujourd'hui une sorte de contradiction entre ce que vous venez d'évoquer - qui n'est finalement rien d'autre qu'une montée en puissance des collectivités - et les textes actuels qui placent sur le seul pétitionnaire (sans qu'il puisse d'ailleurs s'en débarasser) la charge de la compensation ?

Ne se trouve-t-on pas confrontés à une sorte de tension entre les obligations que le droit positif impose aujourd'hui au pétitionnaire porteur de projet et le souhait d'intégrer la compensation dans une vision programmatique qui ferait en quelque sorte ressortir ou plutôt changer de tête le chapeau de la responsabilité du singulier porteur de projet au pluriel gestionnaire.

**Ph. Schmit :** Pour l'instant, c'est en effet exactement comme cela que se pose le sujet : c'est une responsabilité pour les porteurs de projet, ce qui fait que ce n'est pas une préoccupation des auteurs de la planification.

Je pense qu'il faut que l'on se réinterroge sur l'objectif cible de la compensation. Qu'est-ce véritablement que la compensation ? On comprend que c'est vraiment le recours ultime. Mais sous quel angle doit-on regarder ça ? Est-ce une sorte de punition financière pour le porteur de projet ? On aurait très bien pu imaginer que dès qu'un projet porte atteinte à l'environnement, il y ait une consignation, mise dans un fond, avec une taxe dédiée, etc. On a responsabilisé le porteur de projet sur une sorte de compensation spatialisée : il sait où il met de l'argent, mais on aurait très bien pu imaginer que ce soit complètement neutre pour lui, que ce soit sous la forme de taxes versées sur un fond, une contribution qui aurait été donnée soit à des opérateurs dont c'est la charge, soit aux collectivités.

Mais il faut revenir à la question fondamentale : que cherche-t-on ? Cherche-t-on un gain de biodiversité ? La compensation doit permettre d'avoir plus d'espèces, d'individus... mais en réalité, quel est mon gain, à partir de quand puis-je dire « j'ai fait » ?

Le sujet serait bien différent si à la compensation, on donnait des objectifs un peu différents, comme par exemple,

recupérer les sols, etc., sans avoir comme seul prisme la biodiversité en tant que telle.

La compensation telle qu'elle est conçue aujourd'hui, n'interpelle pas la collectivité dans sa capacité à faire. Ce n'est pas elle qui va gérer, même au niveau local, les terrains sur 30 ans, sauf à en être mécaniquement gestionnaire ou propriétaire, etc. Mais ce n'est pas l'objectif.

En revanche, la compensation pourrait interpeller davantage la collectivité, si dans son écosystème elle parvenait à en faire un levier pour son propre bénéfice.

**J.- P. Boivin :** Et pourtant, si on prend le dernier rapport sur les résultats de la compensation, qu'est-ce qu'on voit ? On note que les conclusions sont mitigées, qu'on est en présence d'un mécanisme qui est en en rodage - ou en évolution - et on doit surtout souligner que l'une des critiques les plus efficaces pertinentes tient au fait que les compensations expertisées sont essentiellement éclatées. Donc le rapport relève qu'on est en présence des morceaux de foncier éparses qui ont fait ici ou là l'objet de remédiation. C'est le résultat d'actions individuelles et éclatées de porteurs de projets qui se sont évertués, chacun pour ce qui le concerne, à régler leurs problèmes de compensation sans nécessairement avoir une vision claire des enjeux de biodiversité réellement en cause. Le constat de ces approches éclatées est qu'au global elles ne produisent pas de gain de biodiversité, voire pas de résultats du tout. Et donc on perçoit bien que pour sortir de cette impasse, le passage de ces actions éclatées à une action beaucoup plus large, plus structurée, ne peut venir que d'une prise de conscience et de la mise en mouvement d'une collectivité – on verra à quel niveau-. Il faut donc opérer une révolution copernicienne par rapport à notre vision actuelle et passer d'une responsabilité individuelle qui aboutit à des solutions éclatées, à une véritable offre qui ne peut être portée que par la vision et la dimension d'une action publique. À la fois au niveau de la conception des offres et ensuite de la gestion des espaces renaturés.

**Ph. Schmit :** Je ne peux que souscrire à 100%. Aujourd'hui c'est une affaire plutôt privée, gérée au coup par coup, avec certainement sur le terrain un certain nombre d'opérations contraintes.

**J.- P. Boivin :** Le constat que fait le rapport – et que nous faisons – d'une situation éclatée et très peu efficiente, n'est-il pas le signe qu'il faut faire évoluer le mécanisme de la compensation, l'élargir, et lui donner une dimension qui, pour l'instant, n'est pas celle que nos textes ont organisée ?

**Ph. Schmit :** entièrement d'accord, sauf que comme vous le dites, c'est une révolution copernicienne, c'est-à-dire qu'il faudrait un peu tout changer. Cela nous renvoie à la même question : que cherche-t-on, et qui cherche ?

Par ailleurs, on n'oubliera pas qu'en multipliant les objectifs du PLU, on renforce parallèlement les exigences de son évaluation environnementale qui se fera de plus en

plus lourde. Par exemple, si on déplace la responsabilité de l'étude environnementale de l'échelle du projet à celle du PLU, plus ce sera au PLU de faire l'évaluation environnementale de tout ce qu'il prévoit. Il faut faire attention à ne pas créer un monstre.

Le système actuel permet à chaque porteur de projet de se dédouaner pour son propre projet. Cette approche n'induit en rien une dynamique collective. Ce serait intéressant d'ailleurs, de savoir comment, au sein même de l'entreprise, la notion de compensation est vue en dehors de ce qu'elle coûte dans le bilan. Est-ce regardé de manière positive, comme une satisfaction de pouvoir limiter ses impacts sur la biodiversité ? Est-ce vécu comme une contrainte supplémentaire qu'il a bien fallu financer et mener à terme ? Est-ce plutôt de l'ordre de la punition ? Aujourd'hui, je ne vois pas la compensation comme un levier de responsabilisation et d'appropriation collective du sujet de la biodiversité. Aujourd'hui, elle ne nous fait pas gagner des lettres de noblesse par rapport à la protection de la biodiversité ; il me semble qu'elle est plutôt ressentie comme une norme supplémentaire d'origine parisienne, qui s'impose et qu'on essaie d'organiser.

**J.- P. Boivin :** Les travaux du LIFTI de l'année dernière ont été consacrés à l'analyse de la séquence ERC dans la notion de projet, c'est à dire à travers le prisme de la directive projet. Et nous avons prudemment laissé de côté les problématiques soulevées par la directive plan programme parce qu'on savait déjà que le premier sujet était très ambitieux. Or, évoquant le PLU, évoquant le SCOT, etc., on va évidemment déboucher sur cette seconde directive. À un moment ou à un autre, il faudra se poser la question de savoir si les réflexions qui ont été posées autour de la notion de projet (et résultent de la directive projet) - et qui soulèvent déjà des sérieuses difficultés au niveau de la définition même du projet – peuvent et/ou doivent être transposés à la directive plan programme ou bien si, au contraire, il convient d'adopter une approche différenciée en vue de l'analyse du contexte de la seconde directive.

**Ph. Schmit :** En substance un projet s'inscrit à un moment dans un plan, ou c'est le plan qui fait naître le projet, mais il y a l'articulation entre les deux. Aujourd'hui, notre objectif ultime est de faire en sorte que cette compensation soit un mécanisme d'engagement pour l'environnement, pour la protection de la biodiversité. Ce n'est pas seulement une étape supplémentaire qu'il faut franchir : il faut qu'on trouve collectivement le moyen de donner du sens.

Je suis absolument persuadé qu'aujourd'hui les initiatives de chacun des porteurs de projet ne donnent pas de sens. Donc la question est de savoir si l'on va subir la compensation comme une punition ou si au contraire on s'en saisit comme une opportunité de construire quelque chose. Donc, si le sujet interroge les collectivités, c'est pour leur permettre d'évaluer en quoi il peut servir leurs politiques territoriales ?

Si l'on regarde la compensation aujourd'hui, elle renvoie au métier des écologues, des gens qui savent ce qu'est la biodiversité, la quantifient, la qualifient et sont capables de suivre sa trajectoire.

Mais qui dispose d'écologues ? C'est la profession sur laquelle il faut investir, même si on en compte de plus en plus (pédologues, écologues, etc.). Si l'on veut vraiment que ce soit un levier, il faudrait, comme nous y invite la loi Climat, que l'on passe de deux à trois dimensions (une surface équivalant alors à du foncier et à du sol). C'est ça la révolution du ZAN. On peut essayer d'y réfléchir et je pense que cela peut se faire. On a besoin de la biodiversité du sol qui est extrêmement importante et, d'une manière générale, qualité du sol et biodiversité ne font qu'un. Or, dans nos systèmes juridiques aujourd'hui, on a d'un côté un système de compensation et de l'autre, des enjeux fonciers au sens de l'artificialisation. De mon point de vue, il va vraiment falloir qu'on réfléchisse à l'articulation, voire à la fusion de nos deux systèmes.

Et donc nos écologues sont essentiels, parce qu'idéalement, dans une planification urbaine, aujourd'hui, il faudrait que l'on soit capable de connaître la valeur de nos sols, de nos fonciers, mais en y intégrant cette troisième dimension. Il faudrait que l'on soit capable de connaître la santé de nos sols, de bien mesurer là où il y a une nécessité de reconquête, mais pas uniquement sous l'angle de reconquête des friches pour la production. Quels sont les sols pauvres, les sols « récupérables » ? Il y a des fonciers que l'on n'arrivera pas à reconquérir. Dans ces cas-là, cela pourrait être un critère de localisation prédominant pour nos futures extensions.

**J.- P. Boivin :** Il va falloir introduire un troisième larron dans cette équation. Il n'y a pas que l'artificialisation, il n'y a pas que la compensation : il y a aussi les sols pollués et la réhabilitation des sols pollués pour un usage donné. On voit poindre ici les analyses sur les fonctionnalités et les usages.

*Pour l'instant, on constate en quelque sorte l'existence de trois approches qui sont un peu « en silo ». Mais évidemment, il va falloir trouver le moyen de les réconcilier et de leur donner une vision fonctionnelle dynamique.*

**Ph. Schmit :** les réconcilier tant sur le champ stratégique, sur le champ technique, que sur le champ juridique. Nous sommes dans des champs parfaitement bien séparés qui génèrent aussi leur propre métier, leur propre ingénierie spécifique avec des bureaux d'études et des opérateurs fonciers spécifiquement dédiés à la compensation. Il faut le faire avant que ce soit trop tard, parce qu'après il y aura du lobbying de défense de business, etc. Mais je pense qu'il faudrait un peu secouer les choses pour réfléchir de manière décloisonnée à nos mécanismes de compensation dans une logique d'appropriation, réappropriation foncière.

On voit que ça progresse. L'idée de la localisation même dans nos plans d'espace, de désartificialisation ou de renaturation préférentielle. Mais, écrire dans un document est facile, cela n'oblige jamais à faire. Cela ne fait que fixer la règle.

Depuis la loi Elan, les SCOT peuvent contenir des éléments programmatiques.

Derrière la compensation et la renaturation, on pourrait fléchir des espaces à renaturer, et dans la dimension programmatique, il faudrait voir qui va payer la renaturation. Mais personne n'a la réponse. Quel mécanisme financier va-t-on pouvoir trouver ? On pourrait très bien dire que l'on est dans des logiques de compensation au sens d'équilibre. La loi de juillet 2023, avec le ZAN, a posé le principe d'une garantie communale d'un minimum d'hectares à qui seraient « donnés » un droit d'artificialiser pour chacune des communes.

On aurait pu conditionner ces hectares d'extension, à des efforts sur la redensification, la réappropriation, la revitalisation des centres-villes, etc.

On aurait très bien pu imaginer un système qui permettait de dire aux aménageurs, aux promoteurs : voici ces hectares sur lesquels vous pouvez lotir mais sous condition que vous fassiez tel ou tel aménagement dans le centre-ville. C'est un mécanisme de compensation, intégré dans le bilan de l'opération, dans un équilibre entre extension et réhabilitation.

**J.- P. Boivin :** se profile la question du financement. Aujourd'hui la compensation est essentiellement éclatée entre les mains des porteurs de projet. Dans le cadre de la directive Projet le financement est, par nature, un financement privé du porteur de projet. J'avais insisté, lors de nos travaux, sur l'évolution assez extraordinaire qui s'est produite depuis quelques années dans le domaine des sols pollués.

*Il y a dix ans ou quinze ans, il était absolument impossible, in-entendable, d'avancer l'idée qu'un centime d'origine public puisse concourir à la remise en état d'un sol pollué. Aujourd'hui, avec la création du Fonds Friche, avec la création d'un certain nombre d'autres organismes, en Allemagne notamment, on voit qu'on est sortis de cette logique répressive, punitive, pour entrer dans cette idée qu'une friche industrielle, ce n'est plus un passif, c'est un actif, et c'est un actif collectif. Et donc on voit des organismes publics créés pour cela, qui ont beaucoup de succès, et qui apportent de l'argent public dans ce qui devient non pas un principe punitif de droit privé, mais une politique publique d'ouverture.*

*Est-ce que finalement, ce n'est pas le même chemin qu'il faudrait s'approprier à prendre pour la compensation, puisque la route qui a été ouverte sur les sols pollués a servi de laboratoire d'art et d'essais ?*

**Ph. Schmit :** Oui, mais cela renvoie à d'autres questionnements. Le mécanisme de remise en état, selon lequel

c'est celui qui porte atteinte qui paye, est bien là, y compris pour les autorisations d'exploitation commerciale. Cependant, même si le mécanisme de recherche de responsabilité est assez ancien, la question est vraiment de savoir à partir de quand la sphère publique prend le relais des défaillances privées. Et quelle collectivité ? Spontanément, je dirais que l'action devrait se situer au niveau intercommunal.

Premièrement, parce que cette problématique se rattache à une compétence sur les PLU, qui est aujourd'hui majoritairement intercommunale (55 % des EPCI sont compétents en matière de PLU).

Deuxièmement, il y a une compétence dans ces intercommunalités, une compétence de fait en matière de SCOT souvent déléguée à un syndicat « intercommunautaire » qui assure l'élaboration et le portage de ce document stratégique. Responsabilité également pour ces intercos en matière de développement économique et notamment dans l'aménagement des ZAE et l'immobilier d'entreprises. Une compétence très en lien avec nombre de porteurs de projets soumis à obligation de compensation. Compétence environnementale également de l'interco avec, au-delà de la gestion des services publics environnementaux (eau, déchet, assainissement), une compétence de « gestion des milieux aquatiques et de prévention des inondations » (GEMAPI), etc. Elles ont aussi une compétence politique de l'habitat qui a un effet important sur la politique foncière locale...

Toutes les compétences stratégiques pour le territoire sont plutôt intercommunales.

Mais, notons que rien n'est simple. Sur la compétence opérationnelle, donc la conduite d'opérations d'aménagement, il existe un partage pas toujours bien clair, entre la commune et l'intercommunalité. Même dans les grosses métropoles, on a, la plupart du temps, laissé une compé-

tence d'aménagement possible pour la commune, surtout sur le champ de l'habitat. Sur le principe d'exclusivité, de spécialité, il est plus net sur les opérations de développement économique. Mais, la compétence « aménagement », ce n'est pas très clair. Il y a des opérations importantes, y compris dans les grosses métropoles, qui restent portées sous maîtrise d'ouvrage communale. Donc, on peut être une commune et spontanément être celui qui est responsable de l'appel à compensation pour chacun des porteurs de projets.

Donc en termes de « compensation » dans la problématique foncière, dans la stratégie foncière, dans la planification, etc., il n'y a pas d'autre choix que la compétence de l'intercommunalité.

Les opérateurs demandent de la visibilité. Or ce n'est pas dans un schéma régional que l'on trouve de la visibilité. Il n'y a qu'à l'échelle locale, y compris presque à l'échelle parcellaire du PLU, que cela se joue pour des opérateurs en quête de visibilité opérationnelle.

Plus encore, il faudrait pouvoir leur donner de la visibilité en qualité de contributeur à des projets du territoire, c'est-à-dire faire en sorte que la compensation soit un levier de participation à la vie locale et au projet local. Or aujourd'hui, la compensation est un sujet invisible, de technocrates, dont on parle éventuellement chez les avocats, chez les notaires, mais cela reste encore confidentiel. On pourrait très bien imaginer, que la compensation soit un outil de satisfaction collective, on pourrait très bien faire en sorte que l'on soit collectivement contents d'utiliser la compensation pour reconquérir tel ou tel espace. Je n'ai pas d'autre choix que de faire cette ZAC par exemple, mais dans mon projet politique, je veux, dans l'esprit du ZAN, que ce soit compensé de cette manière. À l'échelle locale, la préoccupation environnementale ne peut que se renforcer ; quelles que soient les évolutions, la classe politique locale n'a pas d'autre choix. ■

# La compensation environnementale

BDEI n° 3264

## Repenser la compensation des atteintes à la biodiversité selon une approche systémique et interconnectée au projet



Par Christophe Barbara  
Directeur  
CB<sup>2</sup> Territoires Durables  
Consultant en ingénierie de projets urbains et environnementaux<sup>(1)</sup>

Plusieurs années après la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité qui lui a donné un premier statut et a souhaité en faire une démarche à part entière de la séquence Éviter, réduire, compenser, ERC, la compensation écologique peine toujours à émerger en tant qu'outil vertueux, de nature à faciliter la réalisation de projets publics ou privés ou des plans programmes, tout en renforçant, dans le même temps, les priorités liées à la protection de la biodiversité. Une telle situation apparaît d'autant plus contradictoire que la compensation a, par essence, vocation à s'inscrire dans le cadre d'une politique à la fois raisonnée et raisonnable de « développement durable », au sens du 8<sup>e</sup> considérant de la Charte de l'environnement intégrée au préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 qui précise que « afin d'assurer un développement durable, les choix destinés à répondre aux besoins du présent ne doivent pas compromettre la capacité des générations futures et des autres peuples à satisfaire leurs propres besoins ».

En outre, la compensation écologique s'inscrit dans le respect d'un « principe de réalisme », dès lors que les opérations qu'elle induit « [n'ont] de sens que si elles sont circonscrites à des milieux pour lesquels il existe des techniques de restauration écologique éprouvées, dont les résultats sont observables sur des échelles de temps raisonnables, et [que si elles] engendrent des coûts qui ne soient pas prohibitifs. Si une de ces conditions n'est pas remplie, l'absence de perte nette de biodiversité ne pourra pas être démontrée et le projet à l'origine de l'impact ne devra pas être autorisé ». (Levrel H., Les compensations écologiques, La Découverte, coll. Repères écologie, nov. 2020, 126 p., p. 112).

Dans ces conditions et si, de prime abord, la compensation écologique ne tire pas sa légitimité de la nécessité de contrebalancer les seules pertes de bien-être humain, elle n'en constitue pas moins un véritable outil de développement environnemental qui est utile, nécessaire et qui sera de plus en plus indispensable à la réalisation des projets publics ou privés ou de certains plans ou programmes.

### I.- La démarche de réflexion menée par le LIFTI pendant un an

En 2023, le Laboratoire d'Initiatives Foncières et Territoriales Innovantes (LIFTI) lançait un cycle de réflexion sur la compensation des atteintes à la biodiversité structuré autour de conférences et d'ateliers

(1) Ancien élu local

regroupant les principaux acteurs impliqués (porteurs de projets publics et privés, grands propriétaires fonciers, plateformes industrielles, bureaux d'études, aménageurs, experts du foncier et des territoires, avocats et juristes, etc.).

L'ambition était double :

- repositionner la compensation des atteintes à la biodiversité au regard de la notion de projet et de ses implications foncières ;
- partager et réinterroger les principes, procédures et outils juridiques/techniques de la démarche au regard des enjeux de développement des territoires actuels et futurs.

L'objectif était de construire collectivement une esquisse d'un système de compensation des atteintes à la biodiversité plus lisible et plus opérationnel pour l'ensemble des acteurs tout en réaffirmant l'impératif de performance écologique du processus.

## II.- Les principaux constats issus de nos ateliers

À travers nos ateliers, nous avons pu partager différents constats tirés des expériences croisées des acteurs et des différentes ressources à disposition. Sans dogmatisme, ni idéologie, nous avons pu établir les principales limites du dispositif de compensation des atteintes à la biodiversité actuellement en place en France :

- la compensation est rarement anticipée et souvent abordée tardivement dans le processus d'élaboration des projets. Nous verrons que ce point est le nœud principal du processus actuel ;
- le coût souvent important que représente la compensation pour le porteur de projet est un facteur limitant ;
- les compétences et l'ingénierie dispersées et pas toujours adaptées aux besoins des acteurs
- l'absence d'une compensation par l'offre structurée et opérationnelle est un frein ;
- les stratégies de choix des sites compensatoires plus guidées par des considérations économiques, techniques ou pratiques que par des critères écologiques ;
- l'absence de consensus sur les méthodes rend particulièrement complexe le dimensionnement et l'établissement des différents protocoles de suivi ;
- le lien avec les stratégies territoriales et les outils de planification reste très ténu et ne permet pas une planification globale et équilibrée de la compensation ;
- la difficulté de disposer de données centralisées, à jour et pertinentes ;
- l'absence d'outils de mobilisation et de maîtrise foncière dédiés à la compensation ;

- la perspective au-delà de la durée en général de 30 à 50 ans encore très floue et incertaine.

L'intention n'est pas de jeter l'opprobre sur tels et tels acteurs mais bien de poser un constat global pour y apporter des ajustements pertinents et réellement efficaces. Un peu à l'inverse de la tentation de simplification en cours de discussion au parlement qui semble oublier les conclusions du rapport d'enquête du Sénat en 2017 et les différentes contributions publiques sur ce sujet et qui semble plutôt répondre aux intérêts de certains acteurs sans réellement apporter de vraies solutions globales aux constats posés.

### A.- Repenser la compensation des atteintes à la biodiversité selon une approche systémique en cinq temps et interconnectée au projet

Aujourd'hui la compensation écologique est principalement identifiée comme la dernière phase d'une approche linéaire dans la séquence ERC. Bien que le processus itératif de l'étude d'impact invite à une approche plus systémique, la compensation est rarement anticipée ou est considérée comme le dernier recours. Parce que tardive, la compensation est souvent « subie » par le maître de l'ouvrage.

Or, pour être réellement efficace et davantage regardée comme un outil d'amélioration et de régulation des projets, mais aussi des plans et programmes, la compensation doit être réhabilitée et repositionnée au centre du processus d'étude et non abandonnée à sa périphérie. Pour ce faire, le mécanisme doit être fonctionnel, efficace et lisible. Il doit également être cohérent pour s'assurer que les procédures, les pratiques et les modalités de mises en œuvre ne soient pas complexes au point de le rendre inopérant. Enfin, dans la mesure où la séquence ERC est intégrée à quasiment tous les types de projets susceptibles d'impacter l'environnement, il apparaît nécessaire que le législateur comme l'administration adoptent une posture de vigilance et de cohérence générale entre l'ambition politique affichée sur des sujets stratégiques comme l'énergie, le climat, la biodiversité, la réindustrialisation, les transports... et les moyens et procédures mis en œuvre afin d'éviter les injonctions contradictoires au moment de leur déploiement sur le terrain.

Dans ce contexte, il convient de renforcer l'approche itérative de la compensation à travers la séquence ERC, avec une attention plus soutenue sur l'opportunité même de réaliser le projet lorsque les mesures compensatoires sont jugées disproportionnées, voire non réalisables. Cette logique nécessite une évolution des pratiques et des paradigmes de la gestion des projets par leur maître d'ouvrage, surtout lorsque ce dernier perçoit l'obligation de réaliser une étude d'impact comme une contrainte plutôt qu'une opportunité d'améliorer son projet.

Le facteur temps est également essentiel dans la conduite d'un projet. Les procédures environnementales ont pour effet d'allonger les temps d'élaboration et d'instruction des demandes d'autorisation, et c'est l'une des raisons pour lesquelles les maîtres d'ouvrage les considèrent de manière négative. L'obligation de réaliser une étude d'impact dans le cadre d'une autorisation environnementale particulière ou une demande de dérogation espèces protégées implique, pour le maître d'ouvrage, des coûts d'études non négligeables et un allongement des délais de préparation du dossier de l'ordre d'une année si elles n'ont pas été anticipées en amont. À cela s'ajoutent les délais administratifs d'instruction des demandes comportant trois phases, que la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 Industrie verte entend réduire à deux pour accélérer la procédure d'instruction en fusionnant les phases d'instruction du dossier et de consultation parallélisée du public dans le but de réduire à 9 mois le délai de délivrance de l'autorisation sollicitée. Mais quoi qu'il en soit, il importe de pouvoir anticiper le plus possible ces contraintes et obligations afin de les intégrer à la démarche projet et de permettre des espaces d'échanges et de dialogue entre les chefs de projet et les experts en charge des études environnementales

L'analyse des différents rapports d'activité des Autorités environnementales (nationale et régionales) met en évidence les marges de progrès à réaliser dans le déroulement de la démarche même d'évaluation environnementale. Celle-ci est trop souvent considérée comme une simple obligation administrative sans réellement être perçue comme un outil d'aide à la décision permettant d'améliorer le projet dans son ensemble et d'en valoriser les atouts. L'évaluation environnementale doit permettre de rendre acceptables les choix opérés par le maître d'ouvrage, tels que ceux-ci ont été analysés à travers la séquence ERC. Une partie de la réussite de l'évaluation environnementale réside dans la prise de position du maître d'ouvrage sur cette question et dans l'élaboration de l'argumentaire justificatif venant étayer ces choix. Pour ce faire, le maître d'ouvrage doit prendre la précaution de se ménager des marges d'évolution pour son projet, faute de quoi la logique itérative et positive de l'évaluation à travers la séquence ERC n'aurait aucune prise réelle. L'absence de marge de manœuvre induit un risque majeur d'insuffisance de l'évaluation environnementale - et en particulier de l'étude d'impact -, première source de contentieux en cas de litige.

Fort de ces constats, le cycle de réflexion initié par le LIFTI a débouché sur l'élaboration d'une approche systémique axée sur les cinq temps d'un projet, en intégrant à chaque étape les éléments de la séquence ERC et, en conséquence, la compensation des atteintes à la biodiversité.

En l'occurrence, il est apparu pertinent d'opérer une analogie avec les séquences habituellement retenues dans le cadre des projets d'aménagement, par référence à la

répartition des missions entre le maître d'ouvrage et son maître d'œuvre, laquelle était encadrée par les articles 2 et 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, dite « loi MOP ».

Selon cette approche :

- la première phase englobe l'ensemble des études de faisabilité et d'opportunité que doit mener le maître d'ouvrage au préalable ;
- la seconde phase, consacrée au dimensionnement du projet, intègre l'esquisse, l'avant-projet (AVP) et la description des caractéristiques du projet (PRO) ;
- la troisième phase et la quatrième phase incluent l'exécution, l'assistance et la direction de l'exécution des travaux pilotés par le maître d'œuvre ;
- la cinquième phase est consacrée à la levée des réserves, au stade de l'achèvement du projet, une telle phase correspondant à la réception des travaux est assurée par le maître d'œuvre.

### B. 1<sup>ère</sup> phase : préparation et anticipation (opportunité/faisabilité)

Le premier temps correspond à celui de l'anticipation et de la préparation. Cette phase - que l'on pourrait considérer comme préalable ou initiale - est commune à tout projet et permet de l'envisager dans toutes ses dimensions (politique, technique, économique, géographique, juridique, environnementale, sociale, éthique) ainsi que sous l'angle de sa gouvernance stratégique et opérationnelle. Pour ce qui concerne la compensation, dans la mesure où, si elle est nécessaire, elle fera partie intégrante du projet, elle doit donc être intégrée dans sa définition. Cette approche doit pouvoir se faire de manière concomitante et soulève déjà la première difficulté constatée : comment définir le projet ? Quel est le périmètre et jusqu'où aller dans les analyses ? Etc.

C'est également dans cette phase que doit être posée et résolue la question de l'opportunité et de la faisabilité du projet (compensation potentielle comprise si celle-ci est susceptible d'être requise) au regard des éléments techniques, des moyens disponibles, des contraintes juridiques et des enjeux environnementaux liés au projet. L'attention portée à ces éléments, le plus en amont possible, permet d'assurer par la suite un déroulement performant de l'analyse.

Le plus souvent, on ne commence à aborder la séquence ERC et la compensation qu'à la fin de cette phase voire dans la suivante ce qui génère un décalage temporel parfois important. En effet, il sera d'autant plus facile pour le porteur de projet de questionner la faisabilité des mesures compensatoires et donc du projet lui-même à ce moment tant que le cadre est encore en construction. Plus le décalage et la désynchronisation des étapes entre le projet

et l'application de la séquence ERC sera important plus il sera complexe pour le porteur de projet de rendre réellement efficace la mise en œuvre de la séquence.

Le fait de pouvoir anticiper la compensation le plus en amont possible permet de donner le plus tôt au maître d'ouvrage les conditions de réalisation de la compensation si celle-ci serait nécessaire en l'état du projet. Si ces conditions sont jugées irréalisables ou disproportionnées, en théorie il est toujours tant de remonter la séquence et de maximiser l'évitement et la réduction afin de minimiser autant que possible les obligations de compensation.

Ce processus itératif d'amélioration continu implique au moins 3 contraintes :

- que le maître d'ouvrage soit en mesure d'anticiper le plus en amont possible les éventuelles obligations de compensation pour cela il est nécessaire de disposer d'une plus grande lisibilité des enjeux environnementaux sur les territoires et des stratégies locales ;
- que le maître d'ouvrage conserve des marges de manœuvre suffisantes pour remonter la séquence et questionner l'opportunité et la faisabilité de son projet ;
- que l'ensemble des acteurs soit opérationnel pour ce qui concerne la séquence ERC dès cette étape aussi bien le maître d'ouvrage lui-même que l'administration, les territoires et les acteurs de la société civile le cas échéant.

À ce stade, les enjeux fonciers doivent être considérés dans leur ensemble, aussi bien pour le site d'implantation du projet que pour les potentiels sites compensatoires. Ils portent à la fois sur des questions de mutabilité, de maîtrise, de mobilisation et de sécurisation avec une attention spécifique pour les sites compensatoires potentiels sur les critères écologiques qui doivent guider le plus possible les choix futurs.

Cela implique que :

- le maître d'ouvrage (MOA) anticipe les études environnementales et qu'il analyse les contraintes juridiques, techniques ou opérationnelles le plus en amont possible ;
- l'assistant à maîtrise d'ouvrage (AMO) réalise les études et exerce une vigilance particulière à l'égard des procédures environnementales applicables ainsi que sur les obligations qui en découlent, de façon à assurer au mieux son rôle d'aide à la décision ;
- les services instructeurs et l'Autorité environnementale systémisent le cadrage préalable des normes applicables et de leur interprétation sous la forme-type du « porter à connaissance »
- la collectivité locale intègre les besoins compensatoires potentiels liés à la réalisation du projet dans les documents de planification, ce qui implique que le porteur de projet lui fournisse les données nécessaires en faisant en sorte qu'elles soient le plus à jour possible.

Les réflexions issues de nos ateliers à poursuivre pour améliorer le dispositif actuel :

- proposer un système de compensation par « l'offre » via des sites naturels de compensation, de restauration et de renaturation (SNCRR) opérationnels portés par des opérateurs à une échelle d'intervention pertinente, en tenant compte des retours d'expérience issus des sites naturels de compensation (SNC) ;
- rendre plus lisible et opérationnelle la boîte à outils de maîtrise foncière notamment le recours à la DUP de manière spécifique pour la compensation afin de permettre, en tant que de besoin, l'expropriation des terrains sur lesquels il apparaît nécessaire de réaliser des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité ;
- rendre visible et permettre l'anticipation des projets et des besoins dans les documents de planification locale (PLU(i) et SCoT) ;
- élaborer une méthodologie de définition du projet dans toutes ces dimensions, à travers un référentiel commun ;
- renforcer les liens entre le porteur du projet et les acteurs impliqués le plus en amont possible afin de disposer des informations-clés lors de la phase consacrée à l'étude d'opportunité et de faisabilité du projet.

## C. 2<sup>ème</sup> phase : conception et dimensionnement (opérationnelle)

Le second temps correspond à celui de la conception. Dans une approche idéale, il s'agit de concevoir à la fois le projet et l'ensemble des mesures correctives issues de la séquence ERC. Le fait de les considérer comme partie intégrante du projet permet de conserver la maîtrise de l'ensemble du projet, de sa faisabilité et de ses coûts.

A priori, la question de la maîtrise foncière et des outils à mobiliser aura été traitée dès la première phase, dans le cadre de la stratégie foncière du maître d'ouvrage. Les différents travaux du LIFTI dont le dernier guide « *Renouveler les stratégies foncières territoriales* » publié en novembre 2023 sur ce sujet ont démontré l'importance et la nécessité d'une vision intégrée de la compensation le plus en amont possible du projet et au niveau des territoires lors des actions de planification.

S'agissant des mesures visant à compenser les atteintes à la biodiversité, cette phase a pour objet de les dimensionner conformément aux obligations réglementaires. La principale difficulté réside alors dans la méthode à appliquer. À cet égard, si l'approche standardisée diffusée par l'État en 2021 a le mérite de poser les jalons de la démarche, elle ne fixe pas LA méthode à utiliser. En effet, il existe plusieurs méthodes en fonction du contexte, des enjeux écologiques, des espèces, des caractéristiques du milieu, etc. L'absence de consensus sur ce point, la complexité des méthodes existantes et le report exclusif de

la responsabilité du choix de celles-ci sur le maître d'ouvrage rendent particulièrement difficile le dimensionnement des mesures compensatoires au regard du principe d'équivalence écologique.

En outre, la phase de conception et de dimensionnement des mesures compensatoires implique d'accéder à une grande quantité de données, dont le cadre juridique a été précisé, pour partie, par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages.

Sur cette base, cette seconde phase permet de préciser et d'affiner les coûts de mise en œuvre, de suivi et de gestion des mesures compensatoires. Compte tenu des charges importantes et, en particulier, de la mobilisation des outils de maîtrise foncière qu'impliquent de telles mesures, le maître d'ouvrage a tout intérêt à conserver une certaine marge de manœuvre selon une boucle rétroactive : les coûts trop importants liés à la mise en œuvre de la compensation et le caractère insatisfaisant de celle-ci doivent, le cas échéant, déboucher sur la réouverture de la séquence ERC, et conduire le porteur du projet à questionner l'évitement et la réduction. Cela implique, notamment, que le maître d'ouvrage s'intéresse de manière active – selon une « démarche projet » – à l'évaluation et à l'application de la séquence ERC ainsi qu'aux conséquences qu'une telle démarche est de nature à induire pour son projet.

On revient à cette logique d'anticipation et de considération de la compensation non pas comme une fin en soi mais bien comme un levier d'amélioration et de régulation du projet.

Cela implique que :

- le maître d'ouvrage dimensionne la compensation en fonction des besoins ainsi que des contraintes identifiés, et qu'il mobilise les outils de maîtrise foncière adéquats ainsi que les procédures adaptées ;
- l'AMO réalise des études d'équivalence écologique et de dimensionnement et qu'il conseille le maître d'ouvrage sur les enjeux ainsi que sur les risques liés à la séquence ERC ;
- le porteur du SNCRR vérifie l'équivalence entre les unités proposées et les besoins du MOA et, en cas d'accord, qu'il contractualise ;
- le maître d'œuvre conçoit le projet en intégrant, le cas échéant, les mesures ERC ;
- les services instructeurs contrôlent le respect des normes et délivrent les autorisations nécessaires (urbanisme/environnement) ;
- l'Autorité environnementale émette un avis sur le projet et, en particulier, sur l'étude d'impact dudit projet ;
- la collectivité locale transmette et/ou mette à disposition les données foncières et les potentiels de compensation afin de faciliter la prospection foncière si celle-ci

n'a pas été anticipée lors de la première phase. La collectivité doit aussi s'impliquer dans les projets structurants pour le territoire.

Les réflexions à poursuivre pour améliorer le dispositif actuel :

- harmoniser les méthodes de dimensionnement et d'évaluation de l'équivalence écologique ;
- renforcer ou créer des outils de maîtrise foncière dédiés à la compensation (obligation réelle environnementale – ORE – notamment) afin de pérenniser les mesures de compensation ;
- structurer et harmoniser les bases de données foncières et territoriales aux échelles les plus pertinentes pour chacun des acteurs ;
- rendre interopérables les bases de données afin d'en faciliter l'exploitation et les analyses ;
- faciliter l'intégration des besoins compensatoires dans les documents de planification locale (PLU(i) et SCOT) ;
- intégrer, dans les méthodes, la concertation des acteurs locaux afin de faciliter l'acceptabilité voire l'appropriation du projet et des mesures de compensation ;
- rendre disponibles plus en amont dans la procédure les avis exprimés par les instances consultatives, telle l'Autorité environnementale, afin de mieux les prendre en compte ;
- renforcer les compétences techniques des AMO/MOA et MOE sur la démarche qui sous-tend l'étude d'impact, la séquence ERC et la compensation écologique, en intégrant une dimension à la fois technique, juridique et d'aide à la décision.

#### D. 3<sup>ème</sup> phase : réalisation (exécution)

Le troisième temps représente le passage à l'action avec la réalisation du projet et des mesures compensatoires. Selon le principe de temporalité, les mesures compensatoires devraient même être réalisées en amont du projet générant les impacts considérés. Cette phase mobilise l'ensemble des acteurs du projet, avec une vigilance accrue des chefs de projet qui, sous la bannière de leur maître d'œuvre, doivent s'assurer de la bonne réalisation des actions prévues.

Compte tenu des métiers mobilisés, la réalisation effective des mesures compensatoires relève rarement du domaine d'intervention direct du maître d'ouvrage, alors même que de telles mesures sont directement liées au projet. Dans la mesure où l'obligation de résultat, au titre du principe de responsabilité, repose entièrement sur le maître d'ouvrage, la réussite de ces mesures est un impératif majeur.

Depuis plusieurs années, et davantage encore après la promulgation de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, des structures compétentes et spécialisées dans ce

domaine (opérateurs de compensation écologique) ont vu le jour, sous diverses formes juridiques (société publique, privée, GIP, etc.). Les structures en cause ont pour vocation d'accompagner les maîtres d'ouvrage soumis à des obligations de compensation écologique au minimum lors des phases de conception, de réalisation, de suivi et de gestion. Cependant, la faculté ainsi offerte se heurte à l'impossibilité pour les maîtres d'ouvrage de transférer leur responsabilité aux structures concernées. Une telle situation engendre des difficultés majeures sur le plan pratique. Surtout, elle rend parfois impossible la réalisation des mesures compensatoires et, au final, des projets auxquels elles sont liées.

Cela implique que :

- le maître d'ouvrage supervise la réalisation du projet et des mesures compensatoires dans le respect de ses obligations ;
- l'opérateur de compensation réalise les travaux de génie écologique répondant aux besoins compensatoires exprimés par le MOA ;
- le porteur du SNCRR poursuit la mise en œuvre du plan de gestion et du suivi ;
- le maître d'œuvre dirige l'exécution des travaux ainsi que du chantier et qu'il veille au respect du programme et des obligations inscrites dans les autorisations ;
- l'administration contrôle le respect des normes et des prescriptions inscrites dans les autorisations délivrées ;
- la collectivité locale assure et assume son rôle d'intermédiaire au niveau local afin de faciliter la réalisation des travaux et la mise en œuvre des outils.

Les réflexions à poursuivre pour améliorer le dispositif actuel :

- rationaliser et qualifier davantage les structures compétentes capables de réaliser les mesures compensatoires, via un mécanisme d'agrément ou de certification professionnelle ;
- renforcer les compétences professionnelles (valable pour toutes les phases) ;
- clarifier le régime de responsabilité lorsque le maître d'ouvrage confie la réalisation des mesures compensatoires à un tiers compétent (quid en cas de défaillance ou de non atteinte des objectifs du fait d'une négligence ou d'une erreur commise par ledit tiers ?)

## E. 4<sup>ème</sup> phase : suivi et gestion (exploitation)

Le quatrième temps correspond à une phase dite d'exploitation. S'agissant du projet lui-même, cette phase n'est autre que l'exploitation de ce pourquoi le projet a été conçu. Pour les mesures compensatoires, il s'agit essentiellement de la gestion du ou des sites de compensation et de leur suivi afin de garantir l'atteinte des objectifs fixés dans l'arrêté. La phase de suivi et de gestion des mesures de compensation est la plus longue des cinq phases.

Elle s'inscrit dans une durée d'au moins trente ans et implique de mobiliser des acteurs spécialisés. Se pose alors la question du maintien de la responsabilité du maître d'ouvrage tout au long de cette très longue période.

À cela s'ajoutent, d'une part, le fait qu'il existe de nombreuses incertitudes tant sur le plan méthodologique, technique qu'économique et, d'autre part, le fait que les maîtres d'ouvrage expriment un certain manque de considération à l'égard de la phase de suivi et de gestion, laquelle est souvent reléguée au second plan dans les dossiers.

L'une des difficultés liées à la temporalité ainsi retenue réside dans l'estimation très complexe des coûts qu'elle va engendrer, tant les inconnues sont nombreuses et les aléas potentiellement majeurs. La phase de suivi et de gestion devra permettre de vérifier l'efficacité des mesures compensatoires au regard des gains écologiques annoncés et de l'objectif d'absence de perte nette.

Le suivi s'enclenche dès la fin des travaux ayant permis la mise en œuvre des mesures compensatoires et porte sur l'ensemble des paramètres naturalistes déterminés afin d'évaluer l'équivalence écologique. Il a pour principal intérêt de permettre de vérifier, dans le temps, la trajectoire écologique du site au regard de ce qui a été annoncé et prévu dans le dossier d'autorisation. En fonction des écarts constatés, le suivi peut déboucher sur la mise en œuvre d'actions correctives visant à rétablir la trajectoire initiale. C'est grâce au suivi que l'administration va être à même de contrôler l'efficacité et la pérennité des mesures compensatoires, voire de prononcer des sanctions en cas de non-respect des obligations.

Le sujet ici examiné va de pair avec le choix des outils de maîtrise foncière lorsqu'en particulier, le maître d'ouvrage n'acquiert pas les terrains destinés à accueillir les mesures compensatoires. Sur ce point, il est à noter que les outils de gestion des usages du foncier s'inscrivent, pour la plupart, dans des durées limitées et comportent de nombreuses failles quant à leur pérennité.

Cela implique que :

- le maître d'ouvrage s'assure du respect de la trajectoire de la compensation ainsi que du respect de ses objectifs et qu'il mette en œuvre les mesures correctives lorsqu'un écart est constaté ;
- l'opérateur de compensation (à la demande ou par l'offre) mette en place et assure le suivi ainsi que la gestion du site de compensation conformément aux prescriptions initiales et, le cas échéant, qu'il réalise les mesures correctives. Ensuite, cela implique que l'administration contrôle le respect des prescriptions inscrites dans les autorisations délivrées ;
- la collectivité locale collecte, recense, rende visibles et disponibles les projets de compensation présents sur le territoire.

Les réflexions à poursuivre pour améliorer le dispositif actuel :

- attirer l'attention des maîtres d'ouvrage sur le fait qu'il est impératif que leurs dossiers de demande d'autorisation définissent avec précision les modalités selon lesquelles ils assureront le suivi et la gestion des mesures compensatoires ;
- clarifier voire harmoniser les méthodes de quantification afin de permettre une meilleure évaluation des coûts liés à la gestion, au suivi et aux mesures correctives ;
- harmoniser les méthodes de suivi afin de faciliter leur mise en œuvre ;
- modifier la législation applicable de façon qu'elle précise désormais que la responsabilité du maître d'ouvrage est entièrement transférée à un tiers (structure publique ou parapublique, de préférence) dès le démarrage de la phase de suivi et de gestion, selon des modalités à définir ;
- clarifier le statut juridique de ces espaces concernés pendant cette période ;
- prévoir la possibilité de mobiliser les outils de préservation de la nature afin de garantir l'intégrité des sites (servitudes, ENS, Natura 2000, etc.).

#### F. 5<sup>ème</sup> phase : Pérennisation (phase spécifique à la compensation)

La phase de pérennisation est plus spécifique à la compensation qu'au projet lui-même. Elle porte sur la pérennisation des actions au-delà de la durée prévue pour la réalisation des mesures compensatoires.

Au jour du présent article, aucun cadre juridique n'a été formalisé. Il en résulte qu'à l'issue de la durée susmentionnée, les unités foncières sur lesquelles ont été réalisées les mesures compensatoires pourraient, potentiellement, être affectées à un nouvel usage. Une telle absence de visibilité et de gouvernance au-delà des trente ou cinquante ans actuellement imposés par les arrêtés expose les maîtres d'ouvrage – mais également l'ensemble des acteurs concernés – à une réelle difficulté.

À cela s'ajoute un paradoxe découlant du texte fondateur de la compensation des atteintes à la biodiversité.

L'article L. 163-1 du Code de l'environnement dispose, en effet, que les mesures compensatoires doivent se traduire par une obligation de résultat et « être effectives pendant toute la durée des atteintes ». Selon une interprétation stricte, cet article impose que les mesures compensatoires soient effectives pendant toute la durée du projet, c'est-à-dire – dans la grande majorité des cas – sans limitation temporelle, dès lors que l'acte autorisant ledit projet est délivré pour une durée illimitée, à l'exception du cas des carrières et des installations de stockage de déchets.

Or, cela revient à faire peser sur le maître d'ouvrage une responsabilité permanente, ce qui est contraire au principe de proportionnalité et, plus globalement, à la réalité.

En l'occurrence, le fait de fixer une durée confère une apparence de limitation temporelle à la responsabilité du maître d'ouvrage. Toutefois, la fixation d'une durée revient à contredire la lettre même de l'article L. 163-1 du Code de l'environnement puisqu'à l'échéance de la période en cause, le maître d'ouvrage se trouve « libéré » de son obligation de suivi sans qu'aient été prévues, dans le Code de l'environnement, les modalités selon lesquelles seront pérennisées les mesures compensatoires qu'il a fait réaliser pour les besoins de son projet.

À l'aune de ce constat, il apparaît essentiel que la phase de pérennisation s'articule autour des trois concepts suivants :

- gouvernance et responsabilité ;
- foncier et outils/moyens adaptés ;
- statut des dispositifs de protection/préservation possibles.

Bien que la pérennité de la compensation repose sur son efficacité ainsi que sur une gouvernance opérationnelle et transversale, l'approche systémique ne pourra être complète et totalement sécurisante pour tous les acteurs que si le devenir des sites compensatoires est clairement posé.

Dans cette perspective, une solution pourrait consister à adapter la législation/réglementation existante de sorte que les sites de compensation soient, de plein droit, transférés en pleine propriété et/ou en gestion à une structure publique ou ayant les mêmes prérogatives du type « conservatoire des espaces naturels » ou « conservatoire du littoral », en prévoyant également la possibilité de transférer à cette structure la responsabilité du maître d'ouvrage.

Un tel transfert impliquerait que le maître d'ouvrage ait démontré, au préalable, qu'il a rempli « l'obligation de résultats » prévue à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement. En outre, il y aurait lieu de placer les unités foncières en cause sous un statut de protection, lequel pourrait s'inspirer des règles de la domanialité publique.

Les réflexions à poursuivre pour améliorer le dispositif actuel :

- repenser le portage du site lors de la phase de pérennisation en recourant à un acteur relevant davantage de la sphère publique (structure publique ou parapublique) que de la sphère privée, en tenant compte de son domaine d'intervention et de ses moyens ;
- calibrer la mission principale dudit acteur de façon (i) qu'il prenne en charge les mesures compensatoires dès l'achèvement de la période de gestion/suivi desdites mesures, même si pour plus de cohérence, une prise en charge dès leur réalisation serait sans doute plus opti-

male, et (ii) qu'il assure la gestion des sites concernés dans une logique de préservation ou de protection en tenant compte de leur sensibilité ;

- s'interroger sur l'intérêt de maintenir la responsabilité du maître d'ouvrage lors de la phase 5 (à envisager dès la phase 3 le cas échéant) ;
- définir un mécanisme de transfert de responsabilité impliquant que le maître d'ouvrage ait démontré, préalablement audit transfert, qu'il a rempli « l'obligation de résultats » prévue à l'article L. 163-1 du Code de l'environnement et s'accompagnant du versement, par le maître d'ouvrage, d'une dotation au fonctionnement de l'opérateur devenu gestionnaire du site, par référence au système de banques de compensation mis en œuvre aux États-Unis d'Amérique ;
- envisager un mécanisme de transfert du site vers l'opérateur compétent chargé de sa gestion, à l'image de ce que font les conservatoires des espaces naturels, le conservatoire du littoral ou certaines collectivités détenant des compétences au titre de la gestion des espaces naturels, à l'image de ce que font les Départements avec les espaces naturels sensibles (ENS) ;
- renforcer les outils de maîtrise foncière et les assortir de prescriptions spécifiques sous la forme de servi-

tudes environnementales, à l'instar de ce que pratiquent d'autres pays ;

- sanctuariser les espaces de compensation en recourant à des outils de protection ou de préservation forts (site classé, réserves naturelles, Natura 2000, parcs, etc.) ;
- partager les enjeux de la compensation écologique entre les maîtres d'ouvrage et territoires concernés (collectivités locales, départements, etc.).

Ainsi, la compensation des atteintes à la biodiversité, à travers la séquence ERC, en tant qu'outil d'amélioration des projets, plans et programmes et processus de régulation de ces mêmes projets, ne pourra jouer pleinement son rôle qu'à travers une approche renouvelée et intégrée aux démarches d'élaboration de ces derniers. La logique itérative est à renforcer notamment dans sa temporalité et surtout dans ses considérations par les acteurs dont le facteur temps sera la clé pour la réussite. À l'aune de la volonté de réindustrialiser la France et des enjeux environnementaux et de santé publique majeurs, le mécanisme de la compensation semble le plus à même de permettre une conciliation positive et raisonnable à la condition impérieuse qu'elle soit mise en œuvre dans les conditions qui lui permette de jouer pleinement son rôle d'amélioration et de régulation. ■

**LAMY | KARNOV GROUP**  
**LIAISONS**

**LAMY**

*L'actualité juridique en environnement  
à portée de main !*

La lettre Lamy de l'Environnement

boutique.lamy-liaisons.fr

N° Cristal 09 69 39 58 59

A\_LIENV\_170x60\_P299\_12\_22 [Pp] ©gettyimages - falo - northlightimages - terry

# La compensation environnementale

BDEI n° 3265

## La compensation écologique par l'offre, un dispositif à rendre réellement opérationnel

### I.- Basculer d'une logique de réaction vers une approche d'anticipation

La démarche d'anticipation implique l'adoption d'une approche de planification et le choix d'une stratégie. Celle-ci doit pouvoir intégrer l'ensemble des paramètres du projet, d'où la nécessité de bien guider les acteurs dans la définition même de ce qu'est leur « projet » et de ce qu'il impliquera. Le rôle de chaque acteur est ainsi primordial. À commencer par le maître d'ouvrage lui-même qui doit se doter des moyens et compétences internes et externes pour gérer son projet. Il faut également que les experts s'impliquent davantage et cessent de se cantonner dans un rôle de producteurs d'analyses et de data pour entrer dans une véritable fonction de conseil et accompagner le maître d'ouvrage dans ses décisions au vu des enjeux majeurs de son projet et des procédures complexes qu'ils doivent ensemble mettre en place pour les intégrer. L'administration a également un rôle majeur à jouer dans cette phase de préparation et d'anticipation. Nombreux sont les porteurs de projets qui souhaiteraient voir les différents services de l'État et des collectivités locales sortir d'un rôle historique de régulateur et de contrôle, pour adopter une posture plus constructive et proactive

à travers un accompagnement bienveillant et moins suspicieux.

En octobre 2022, l'Inspection générale de l'environnement et du développement durable a lancé une mission d'étude afin d'analyser les modalités d'une implication accrue des autorités environnementales dans les phases amont d'élaboration des projets et des plans programmes, jugeant que celle-ci était insuffisante en France. Sur cette base, le rapport publié le 7 mars 2024 préconise plusieurs angles d'action à développer pour renforcer la prise en compte - le plus en amont possible - de l'évaluation environnementale par le projet. Le rapport souligne en particulier « *le rôle essentiel du porteur du projet ou du plan programme ainsi que des bureaux d'études qui l'accompagnent avec une incitation forte à ce qu'il formalise sa démarche* » et recommande « *la production dès le début, d'un rapport de cadrage présentant le projet, les variantes possibles, les autorisations nécessaires, les enjeux environnementaux, la démarche «éviter, réduire, compenser» et les approfondissements envisagés, transmis à l'autorité environnementale compétente, directement ou via l'autorité décisionnaire* ».

Cette phase amont mérite d'être renforcée par la mise en place de démarches intégrées, - incluant notamment la définition d'une stratégie d'action foncière - et d'outils permettant d'accompagner le porteur de projet dans la définition de son projet et l'appréciation de ses impacts sur l'environnement. Cette approche est d'autant plus nécessaire si l'on inscrit le projet dans sa



Par Camille  
Barbara

Directrice d'études  
Eau et Biodiversité  
CB<sup>2</sup> Territoires  
Durables<sup>(1)</sup>

(1) Ancienne Directrice déléguée d'un opérateur de compensation environnementale territorial porteur d'un projet de Site naturel de compensation (SNC)

dynamique territoriale. En effet, l'article L. 101-1 du Code de l'urbanisme confie aux collectivités publiques un rôle de gestion et de garant du respect des objectifs définis à l'article L. 101-2 du même code, lesquels portent, notamment, sur la protection des milieux naturels, des paysages, de la biodiversité, des écosystèmes et la préservation et la remise en bon état des continuités écologiques... Autrement dit, alors que le projet se concentre sur son objet et son périmètre propre, la collectivité doit, à travers ses documents de planification, garantir le respect de ces équilibres et arbitrer des orientations de développement durable pour les décennies à venir. Elle ne peut donc pas se désintéresser ou ignorer l'implantation sur son territoire de zones de compensation qui devront, d'une manière ou d'une autre, trouver leur place dans les intérêts dont la collectivité a la charge et la responsabilité. Chercher la meilleure articulation entre ces intérêts privés et publics est donc non seulement opportun, mais relève en réalité d'une quasi-obligation en exécution même des dispositions susvisées du code de l'urbanisme.

Par ailleurs, en application du principe d'additionnalité écologique, la compensation n'a réellement d'intérêt et de pertinence que si elle est prévue sur des espaces où les fonctions écologiques sont très dégradées. Ces espaces, abandonnés ou non, peuvent dans la majorité des cas être caractérisés comme des friches. Longtemps délaissés, ces espaces sont redevenus très convoités à l'aune des injonctions de sobriété foncière et de renouvellement urbain, mais également pour des besoins de désartificialisation et de renaturation afin de respecter l'objectif de zéro artificialisation nette fixé par la loi n° 2021-1104 du 22 août, Climat et résilience (C. urb., art. L. 101-2, 6° et C. urb., art. L. 101-2-1, 7°). Loin d'être réservés pour le seul accueil de mesures compensatoires ces espaces sont également très convoités pour répondre à d'autres besoins pour le territoire. Sans lien ni dialogue avec les territoires et sans stratégie partagée, la prospection foncière pour des besoins compensatoires s'annoncera de plus en plus ardue pour les porteurs de projet.

Dans ce contexte, la structuration d'une offre de compensation opérationnelle via les futurs Sites Naturels de Compensation, de Restauration et de Renaturation (SNCR) apparaît comme un des leviers majeurs de sécurisation des futurs projets. L'existence d'une telle offre permettrait au porteur de projet d'envisager dès l'amont sa stratégie compensatoire et de l'intégrer dans son bilan d'opération - avec toujours comme limite d'appréciation - le respect du principe d'équivalence écologique.

## II.- Compensation par l'offre, un mécanisme qui tarde à se structurer depuis 2016

La possibilité de réaliser des mesures compensatoires par anticipation à travers une logique dite de « l'offre », par opposition à l'approche classique de « la demande », a été structurée et encadrée par la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016, Biodiversité. Celle-ci s'est traduite par un dispositif nommé « site naturel de compensation » (SNC). Dans le « Guide pour l'élaboration d'un site naturel de compensation » publié en février 2023, le Commissariat général au développement durable (CGDD) définit le SNC de la manière suivante :

*« un site naturel de compensation est un site où des actions de génie écologique ont été conduites pour répondre par anticipation et de manière mutualisée aux impacts de plusieurs projets. Les gains générés par ces actions sont ensuite convertis en unités de compensation (UC), vendues, in fine, à des porteurs de projets devant s'acquitter de leurs obligations. L'acquisition d'UC (en quantité et en qualité) se fait dans le respect du principe d'équivalence écologique ».*

L'approche d'une compensation par « l'offre » a été lancée en 2008 avec l'opération de « Cossure », élargie en 2011 par un appel à projets national d'opérations expérimentales d'offres de compensation. Plusieurs projets ont été retenus pour expérimenter cette approche et alimenter les travaux préparatoires au projet de loi Biodiversité déposé le 26 mars 2014 à l'Assemblée nationale.

La possibilité pour un maître d'ouvrage de répondre à ses obligations de compensation par l'acquisition d'unités de compensation dans le cadre d'un SNC a été entérinée par l'article 69 de la loi Biodiversité précitée et codifiée aux articles L. 163-1 et L. 163-3 du Code de l'environnement en précisant, notamment, que de tels sites feraient l'objet d'un agrément préalable par l'État d'une durée minimale de trente ans et dont la procédure et le contenu du dossier sont fixés par deux textes réglementaires :

- Décret n° 2017-265 du 28 février 2017 relatif à l'agrément des sites naturels de compensation ;
- Arrêté du 10 avril 2017, NOR : DEVD1710756A, fixant la composition du dossier de demande d'agrément d'un site naturel de compensation prévu à l'article D. 163-3 du code de l'environnement

L'article 15 de la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023 relative à l'industrie verte, porte plusieurs évolutions du cadre initial des SNC en élargissant notamment leur portée aux « opérations de restauration ou de développement d'éléments de biodiversité » se traduisant par un changement de dénomination : Sites naturels de compensation, de restauration et de renaturation (SNCR). En application de cet article, les deux textes précités vont être modifiés pour traduire réglementairement ces évolutions aussi bien dans la procédure d'agrément que dans le contenu

du dossier. Les projets de textes ont été mis à la disposition du public entre le 12 juin et le 3 juillet 2024 et feront l'objet d'une première analyse croisée avec la réalité actuelle du dispositif SNC dans les parties suivantes du présent article. À titre liminaire, compte tenu de la complexité du sujet et des enjeux majeurs qu'il recouvre aussi bien en matière environnementale que de développement des projets, la durée de consultation très courte retenue ainsi que le maintien du calendrier de mise à disposition du public dans un contexte politique aussi incertain actuellement sont de nature à réinterroger les intentions du ministère sur ce sujet. A fortiori, lorsque l'on constate qu'à défaut d'une véritable réforme du dispositif, ces évolutions, nous le verrons par la suite, restent très marginales et relativement éloignées du « renouvellement » du système par l'offre annoncé sur le site de la consultation publique du ministère.

Tout d'abord, revenons sur le mécanisme de la compensation par « l'offre » et son déploiement actuel. Malgré plusieurs tentatives de montage de dossiers d'agrément, seuls cinq demandes ont réellement été déposées depuis 2017, dont deux fin 2023. À ce jour, seuls deux dossiers, portés par la CDC Biodiversité, ont obtenu le sésame, le premier concernant le site de « Cossure » en avril 2020 et le second celui de Cros du Mouton situé sur la commune de Sainte-Maxime (Var) délivré le 3 juin 2024. Malgré un dispositif présent dans les textes depuis 2016, l'offre de compensation, n'est - à l'heure actuelle - toujours pas opérationnelle et demeure quasi inexistante. À la lecture du 1.1.2 de l'étude d'impact du projet de loi relatif à l'industrie verte publié le 15 mai 2023, les causes du faible développement des SNC seraient principalement dues au faible engouement des porteurs de projet du fait de la complexité du dossier à monter et de la mauvaise perception des acteurs territoriaux de l'intérêt du dispositif. Faisant fi des nombreuses publications issues de l'expérimentation, l'analyse de la situation reste très incomplète expliquant en partie que les évolutions proposées ne répondent que très partiellement aux problématiques rencontrées par les acteurs.

### III.- L'offre de compensation, un mécanisme complexe encore embryonnaire

Alors qu'elle représente une réelle alternative à la compensation dite par « la demande » et pourrait offrir de meilleures garanties d'efficacité en faveur de la biodiversité, l'absence d'une offre structurée et opérationnelle interroge. Pourquoi un si faible engouement des acteurs, qu'il s'agisse des porteurs potentiels de SNC, ou des administrations publiques chargées de mettre en œuvre le dispositif, ou encore des porteurs de projets qui peinent à percevoir dans ce mécanisme une opportunité pour réaliser des projets qui pourraient autrement se trouver blo-

qués ? Comment expliquer, sa quasi-inexistence actuelle, malgré une phase expérimentale conduite sur plusieurs années, et compte tenu des potentiels *a priori* très positifs du dispositif ?

Plusieurs ouvrages et ressources bibliographiques analysent les nombreux freins identifiés lors des retours d'expérience, notamment issus de l'expérimentation nationale. Ces derniers sont bien résumés dans un article de la revue Sciences, Eaux et Territoires de 2021 (Latune J et Aubry S., Dix ans après le lancement de l'expérimentation française de la compensation par l'offre, quel bilan en tirent les porteurs de projet ?, Sciences Eaux & Territoires, vol. 38, no. 4, 2021, pp. 16-43 CNPN : Conseil national de la protection de la nature). Ainsi, en synthèse, il est possible de considérer qu'un porteur de SNC soit confronté à trois principales séries d'incertitudes (juridiques, techniques et économiques) qui seront développées par la suite.

Par ailleurs, on peut constater chez les acteurs publics l'existence d'un climat de réserve – confinant parfois à une posture de rejet - à l'égard d'une approche par l'offre. L'analyse des avis rendus lors de l'examen des dossiers en CNPN, en particulier, est assez instructive. Il en ressort, en substance, que les sites proposés ne permettraient pas de garantir réellement l'équivalence écologique et ne présenteraient pas les caractéristiques suffisantes pour satisfaire aux principes de la compensation des atteintes à la biodiversité. La position de l'administration tend à s'aligner sur ces avis, sans propositions concrètes d'évolution des méthodes ou d'accompagnement plus approfondies pour faire vivre le dispositif. En réalité, cette situation paradoxale trouve sa source dans la nature même de « l'offre » qui renvoie à la question centrale de la responsabilité du porteur de projet et au caractère substituable des impacts par la monétisation des unités de compensation. Cette approche, pourtant très présente dans d'autres pays comme les États-Unis, l'Allemagne ou encore le Luxembourg, se heurte en France à des postures éthiques et culturelles très ancrées, comme le rappelle régulièrement Harold Levrel dans ses écrits sur le sujet (Les compensations écologiques, La Découverte, 2020).

Ce contexte conduit en particulier à s'interroger sur l'efficacité potentielle de la réforme portée fin 2023 par la loi n° 2023-973 du 23 octobre 2023, Industrie verte, des SNC et de leur transformation en SNCRR. Cette ouverture permettra-t-elle une évolution en profondeur du dispositif de l'offre pour le rendre opérationnel et performant, avec un déploiement sur l'ensemble du territoire national, ou s'achemine-t-on vers une évolution *a minima* qui serait réservée à quelques projets, en constituant une niche spécifique ? À la lecture des projets de textes mis en consultations mi-juin 2024, nous sommes tentés de pencher davantage vers la seconde hypothèse.

La question de l'ambition et des moyens alloués à ce mécanisme « rénové » se pose pourtant avec force, tant les

priorités liées au développement de nouveaux projets industriels sont affichées haut par le législateur à travers la qualification d'intérêt national majeur. L'absence d'un système « d'offre » opérationnel permettant de réaliser une compensation efficace par anticipation et de réguler les projets impactants pour l'environnement serait fortement préjudiciable à l'atteinte des objectifs de développement fixés dans la loi Industrie verte, mais également dans d'autres domaines comme l'énergie, le logement, les infrastructures... Il apparaît ainsi que le mécanisme des SNCRR proposé semble en décalage avec ces priorités tant dans son objectif que dans ses procédures de mise en œuvre. On peut ainsi regretter que le gouvernement et le législateur ne se soient pas davantage nourris des retours d'expériences des acteurs notamment sur les SNC. L'application d'une logique d'évaluation des politiques publiques et d'amélioration continue, pourtant demandée aux maîtres d'ouvrage à travers l'évaluation environnementale, aurait sans doute permis une réponse plus adaptée aux enjeux aussi bien environnementaux que de développement actuels et futurs.

## IV.- Les principaux freins identifiés du mécanisme des SNC et les éléments de réponse proposés par les projets de textes encadrant les SNCRR

Les différents retours d'expériences issues notamment de l'expérimentation nationale sur les SNC, ont permis de mettre en exergue plusieurs séries d'incertitudes auxquelles les porteurs de SNC étaient confrontés dont les principaux freins recensés sont les suivants avec en miroir les éléments proposés par les projets de décret et d'arrêté relatifs aux SNCRR.

### 1. Le lien entre les projets susceptibles d'être soumis à obligation de compensation et le SNC devait être justifié par l'étude d'une aire de service qui était très complexe à réaliser

L'arrêté du 10 avril 2017 fixant la composition du dossier de demande d'agrément d'un site naturel de compensation prévu à l'article D. 163-3 du code de l'environnement, fixait au 4° de son article 2, l'obligation de faire figurer dans le dossier d'agrément : « La cartographie envisagée de la zone dans laquelle devront se trouver les projets d'aménagement soumis à obligation de compensation pour que leurs maîtres d'ouvrage soient autorisés à acquérir des unités de compensation auprès du site naturel de compensation ». Cette étude portait sur l'aire de service et s'apparentait à une étude de marché afin d'évaluer les potentiels besoins compensatoires des projets dans un périmètre à justifier pour lesquels le SNC devait répondre. Cette analyse complexe et difficile à réaliser dans les dossiers SNC n'a pas été reprise dans le cadre de la procédure d'agrément

ment SNCRR. Cette approche semble avoir été remplacée par une approche plus globale portant sur « L'évaluation de la pertinence écologique du site naturel de compensation, de restauration et de renaturation, envisagé » dont les critères d'évaluation sont fixés en annexe du projet d'arrêté. D'un point de vue purement conceptuel, cette évolution permet de décorréliser les SNCRR des projets générateurs de besoins compensatoires pour élargir le dispositif à toutes « opérations de restauration écologique, de renaturation ou de développement d'éléments de biodiversité ». On peut y voir ainsi une amorce d'approche de l'offre plus orientée selon des considérations écologiques liées aux potentiels des sites ciblés qu'en réponse à un besoin compensatoire uniquement.

Cependant, compte tenu de la trentaine de critères à satisfaire, il apparaît néanmoins que la démonstration de la pertinence écologique devra mobiliser une importante ingénierie pluridisciplinaire.

### 2. Le statut juridique de la structure porteuse du SNC n'était pas fixé de manière précise et engendrait des conséquences importantes pour le portage et le fonctionnement (si structure publique, quid des compétences du CGCT, si collectivité, et des règles des marchés publics et de comptabilité, notamment ; si privé, difficulté de garantir la pérennité notamment au-delà des délais d'agrément)

Ce point reste toujours en suspend dans le cadre de la réforme des SNCRR. En effet, l'article 15 de la loi Industrie Verte est venu préciser que les SNCRR pouvaient être mis en place par « des personnes publiques ou privées » sans distinction particulière au-delà des critères de capacités techniques et financières qui étaient déjà présents dans la procédure SNC.

### 3. Les outils de maîtrise foncière et procédures d'aménagement non dédiés pour les SNC

Les projets de textes réglementaires ne portent que sur la procédure d'agrément et le contenu du dossier. La loi Industrie Verte n'a pas prévu d'outils de maîtrise foncière ou de procédures d'aménagement spécifiques dédiés pour les SNCRR alors qu'il s'agit d'un des freins majeurs de la compensation des atteintes à la biodiversité de manière globale.

### 4. Le statut des unités de compensation (prestation de service ou bien immobilier)

Ce point est essentiel dans la mesure où il conditionne les modalités contractuelles entre le porteur de SNC et le co-contractant. De même s'il s'agit d'une prestation de service, il apparaît difficile au regard du droit actuel de lier le mécanisme de transfert de responsabilité du maître d'ouvrage au contrat de prestation. Le statut des unités de compensation ne semble pas avoir été précisé dans les

projets de texte. Seul le site de la consultation publique du ministère précise que ces unités de compensation, de restauration et de renaturation (UCRR) pourront :

- « être vendues sous forme de prestations de services à des maîtres d'ouvrage qui ont des obligations de compensation (aucune mention de ce statut n'est pourtant mentionnée dans les projets de textes soumis à consultation) ;
- être vendues à des personnes physiques ou morales qui souhaitent contribuer à la restauration de la biodiversité de manière volontaire (par exemple : politique RSE des entreprises, collectivités qui souhaitent préserver la qualité de leurs espaces naturels, assureurs qui souhaitent contribuer à la diminution des risques naturels) ;
- être utilisées par le créateur du SNCRR lui-même (« l'opérateur ») pour contribuer à la restauration de la biodiversité de manière volontaire, ou pour répondre à ses propres obligations de compensation le cas échéant. »

### 5. Le montage économique complexe notamment pour assurer une rentabilité réelle sur une durée longue

Dans la mesure où les études à réaliser resteront importantes et l'absence de nouveaux outils ou procédures dédiées aux SNCRR notamment en matière de maîtrise foncière, le montage économique reste complexe. Une des avancées mises en avant par le Gouvernement porte sur le IV du projet de décret à savoir : « Les unités de compensation, de restauration et de renaturation peuvent être vendues dès l'octroi de l'agrément. Elles ne peuvent pas être revendues. ». Cette possibilité est clairement une évolution par rapport au SNC qui devait prévoir un calendrier de commercialisation des unités de compensation en fonction notamment de l'état écologique des opérations de compensation sur le site.

Bien que cette possibilité constitue en elle-même une avancée, elle n'apporte qu'une réponse partielle aux difficultés majeures d'établir un montage économique viable sur le très long terme.

### 6. Le prix des unités non encadré et donc susceptible de venir alimenter une logique spéculative

À ce jour, il n'est toujours pas prévu de mécanisme de régulation des prix des unités de compensation qui se fera a priori par le marché. Ce point déjà constaté pour les SNC, à la différence que le dossier devait comprendre explicitement les prix et le calendrier de commercialisation ce qui n'est plus le cas pour l'agrément SNCRR, est un sujet d'inquiétude aussi bien de la part des porteurs de l'offre que des maîtres d'ouvrage ayant un besoin compensatoire. Compte tenu des nombreux aléas possibles sur une aussi longue période, le risque de voir apparaître un décalage entre les prix demandés par les opérateurs des SNCRR

pour leurs unités (UCRR) et les capacités des maîtres d'ouvrage à les financer, pire encore l'apparition de bulle spéculative dans certains secteurs, est non négligeable.

### 7. La responsabilité du maître d'ouvrage qui ne peut pas être transférée au porteur du SNC

Pour mémoire, le 2<sup>e</sup> alinéa du II de l'article L. 163-1 du Code de l'environnement pose le principe de responsabilité en ces termes : « 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 ». Sujet déjà identifié dans les réflexions du LIFTI dont la restitution du premier cycle d'ateliers s'est déroulée le 11 juin 2024, le caractère immuable de ce principe pose plusieurs difficultés pratiques pouvant notamment aboutir à l'impossibilité de réaliser les mesures compensatoires et donc le projet lui-même lorsque le maître d'ouvrage n'est pas en capacité de porter seul cette obligation ou ne souhaite pas faire porter à ses administrés lorsqu'il s'agit d'une collectivité de manière permanente la « dette » écologique générée par l'obligation de compensation des atteintes à la biodiversité. Le mécanisme de l'offre de compensation, pourrait permettre sous conditions, d'envisager un tel transfert lors de l'achat des mesures compensatoires. Aucune disposition de cette nature ou portant sur ce sujet n'est présente dans les textes encadrant les SNCRR.

### 8. Le lien quasi inexistant avec les documents de planification pour donner de la visibilité sur les futurs sites potentiels et la nécessité de rendre lisibles et identifiables les SNC existant ou créés dans les documents d'urbanisme locaux et les stratégies territoriales

Dans le cadre du dispositif SNC et des dispositions en vigueur avant la publication de la loi Industrie verte, les liens entre les documents de planification territoriale et les opérations de compensation n'étaient pas formellement identifiés. En effet, bien que les documents d'urbanisme doivent respecter l'ensemble des objectifs inscrits au L. 101-2 du Code de l'urbanisme incluant notamment la préservation des milieux naturels et la remise en bon état des continuités écologiques ainsi que l'objectif Zéro artificialisation nette, ZAN, aucune des dispositions encadrant le contenu des SCOT et des PLU ne permettait de faire le lien direct avec la compensation. L'article 197 de la loi n° 2021-1104 du 22 août 2021 portant lutte contre le dérèglement climatique et renforcement de la résilience face à ses effets est venue compléter l'article L. 163-1 du Code de l'environnement en précisant notamment que « Les mesures de compensation sont mises en œuvre en priorité au sein des zones de renaturation préférentielle identifiées par les schémas de cohérence territoriale en application du 3° de l'article L. 141-10 du code de l'urbanisme et par les orientations d'aménagement et de programma-

tion portant sur des secteurs à renaturer en application du 4° du I de l'article L. 151-7 du même code, lorsque les orientations de renaturation de ces zones ou secteurs et la nature de la compensation prévue pour le projet le permettent. » L'article 16 de la loi Industrie verte est venu compléter les articles précités du Code de l'urbanisme en précisant pour chaque zone concernée « ainsi que des zones propices à l'accueil de sites naturels de compensation, de restauration et de renaturation ». Ainsi, les documents d'urbanisme SCOT et PLU pourront localiser des zones de renaturation préférentielle au sein desquelles l'implantation des SNCRR et la localisation des mesures compensatoires devront être faites prioritairement. Le projet de décret des SNCRR en son article 2 entérine cette évolution et ce lien entre les documents de planification et la compensation liée au projet.

Cependant, ce lien est descendant et sans caractère obligatoire puisqu'il s'agit d'une « priorité » et non d'une exclusivité de localisation. Cela implique que les mesures compensatoires comme les SNCRR pourront le cas échéant se localiser hors de ces zones. De même, en l'absence de statut juridique particulier des SNCRR et de leur gouvernance qui peut être totalement privée, ces dispositifs peuvent échapper complètement à la connaissance des collectivités qui pourront ainsi établir des règles et encadrer des destinations possiblement contraires aux mesures compensatoires.

## 9. La méthode de calcul et de justification du gain écologique non formalisée au niveau national et toujours très complexe à démontrer

L'arrêté du 10 avril 2017 précisait en son point f) et g) les attendus en matière de démonstration de l'équivalence écologique sans pour autant en fixer les critères ou encore la méthode comme vu précédemment. Le projet d'arrêté SNCRR, précise uniquement que le dossier présentera « la méthode de calcul utilisée pour mesurer le gain écologique obtenu par le site naturel de compensation, de restauration et de renaturation, permettant également d'apprécier les pertes de biodiversité que ce gain est susceptible de compenser ; ». Ainsi, ce point pourtant majeur dans le montage des SNC n'a pas trouvé de réponse plus lisible dans la nouvelle formulation.

## 10. Le principe de proximité géographique posant de grandes difficultés notamment en matière de justification de l'aire de service et de cohérence entre le SNC et les projets

Ce sujet a été directement traité par l'article 15 de la loi Industrie verte qui est venu substituer le principe de proximité géographique par le principe de proximité fonctionnelle. Ce point positif trouvera à se démontrer dans la justification de l'équivalence écologique ainsi que dans la

pertinence écologique du SNCRR impliquant notamment une ingénierie suffisante et des méthodes adaptées pour répondre aux critères attendus.

## 11. Le principe d'additionnalité administrative complexe à justifier et à démontrer car absence de cadre clair et de doctrine

Ce principe non inscrit dans les textes en tant que tel est une émanation du principe d'absence de perte nette de biodiversité codifié aux articles L. 110-1 et L. 163-1 du Code de l'environnement. Le CGDD dans le « Guide pour l'élaboration d'un site naturel de compensation » publié en 2021 précise ce principe en ces termes : « les mesures compensatoires doivent être additionnelles aux engagements publics existants ou prévus en matière de protection de l'environnement c'est-à-dire qu'elles ne doivent pas se substituer aux politiques publiques déjà existantes en matière de biodiversité, d'agriculture, d'eau, de foresterie, d'espaces maritimes. [...] ». Son application reste donc très subtile et régulièrement sujette à interprétation et débat entre les porteurs de projet ou opérateurs de compensation et l'administration. Sans pour autant fixer une règle générale, le projet d'arrêté prévoit explicitement au 5° de l'article 3 la production d'une note complémentaire, non prévue dans la procédure des SNC mais souvent demandée par l'administration, dans le dossier d'agrément SNCRR devant « conclure à l'existence d'un gain écologique additionnel aux opérations rendues obligatoires ou déjà soutenues par des aides publiques destinées à la restauration, la renaturation ou le développement d'éléments de biodiversité ; ».

## 12. Le statut des SNC qui en dehors de l'agrément et des outils mobilisés pour maîtriser le foncier et les gérer n'ont pas de statut propre les rendant parfois invisibles pour les territoires

Cet aspect reprend le frein traité plus haut relatif au lien avec les documents de planification. En effet, bien qu'un lien formel soit inscrit dans les textes depuis la loi Climat et résilience de 2021 et la loi Industrie Verte de 2023, ce lien reste descendant. En l'absence de statut spécifique qui permettrait au SNCRR soit de se traduire sous la forme d'une servitude d'utilité publique environnementale soit qui en aurait les mêmes effets, les opérations de renaturation, de restauration et de compensation qui seront réalisées en leur sein peuvent rester totalement invisibles pour les collectivités si celles-ci ne leur sont pas portées à connaissance. La question du statut juridique du SNCRR et plus largement des mesures compensatoires doit pouvoir trouver une réponse claire et efficace afin de permettre à l'ensemble des acteurs d'avoir la connaissance de l'existence de telles mesures au-delà de l'obligation de versement à la base GeoMCE qui restent encore imparfaite.

### 13. La pérennité des SNC après la fin de l'agrément qui n'est pas cadrée ni prévue par les textes

La pérennité des mesures compensatoires au-delà des délais réglementaires est un sujet crucial longuement abordé dans les premières conclusions des groupes de travail du LIFTI sur la compensation. Pour mémoire, l'article L. 163-1 du Code de l'environnement précise sur ce point que « *Elles doivent se traduire par une obligation de résultats et être effectives pendant toute la durée des atteintes*. Sans revenir sur le paradoxe et l'incohérence de fonds entre cette disposition et la présence d'une durée limitée dans les arrêtés d'autorisation et d'agrément SNC/SNCRR, ce point nécessite une attention particulière tant il garantira l'efficacité et la pertinence du mécanisme de compensation sur le long terme. La lecture des projets de textes relatifs au SNCRR mis en consultation nous invite à deux remarques. La première, positive, dans la mesure où un point complémentaire a été ajouté par rapport à l'arrêté de 2017 portant spécifiquement sur ce sujet en prévoyant que le dossier d'agrément comporte « *10° Les solutions proposées permettant d'assurer la pérennité du bon état écologique du site de compensation, de restauration et de renaturation, à l'issue de la période de validité de l'agrément* ; ». La seconde remarque, plus réservée, porte sur le fond de cette proposition. Alors que le sujet est majeur et que compte tenu des enjeux il aurait été attendu une plus grande implication de l'État à travers une ambition affirmée et réelle de pérenniser ces sites, la responsabilité de proposer des solutions en la matière est reportée sur le porteur du SNCRR sans en préciser le cadre, ni les critères d'appréciation permettant d'apprécier de manière pertinente cette « pérennité ».

### 14. La procédure de montage du dossier d'agrément avec les différents avis au niveau national est très lourde et nécessite un investissement en temps et en moyens importants sans garantie de réussite favorisant la démarche SNC pour des structures disposant de l'assise technique et financière suffisante.

L'analyse des évolutions proposées par la loi Industrie Verte du 23 octobre 2023 ainsi que des projets de textes relatifs au SNCRR permet de constater des différences relativement faibles entre la procédure d'agrément SNC et celle prévue pour le SNCRR notamment en matière de production technique et de justification qui restent en tout état de cause très complexe au regard des critères posés. Ainsi, et fort de l'expérience sur les demandes d'agrément SNC précédentes, nous pouvons assez aisément anticiper le même besoin en ingénierie pluridisciplinaire et en ressources matériels et humaines pour monter et piloter un dossier de SNCRR. Cela, conjuguée à la vérification de la capacité financière et technique de l'opérateur incluse dans le dossier de demande d'agrément SNC

comme SNCRR, impliquera nécessairement un caractère discriminant chez les opérateurs susceptibles de porter de telles opérations favorisant de facto les structures les plus solides et les mieux dotées excluant de fait les « petits » opérateurs.

Enfin, alors que la décision d'octroi de l'agrément SNC au titre de l'article R. 163-2 du Code de l'environnement relevait de la compétence du ministre chargé de l'environnement après avis préalable du Conseil national de la protection de la nature (CNPN), le projet de décret prévoit la déconcentration de la procédure auprès des préfets de région après avis des Conseil scientifique régional du patrimoine nature (CSRPN). Compte tenu de la disparité territoriale des enjeux environnementaux et de développement, le choix de l'échelle régionale sans prévoir d'instance de régulation nationale, indépendante et autonome, semble discutable. Au-delà des sensibilités constatées parfois différentes des représentants de l'État et des acteurs concernés en fonction des régions, et à l'instar des décisions et interprétations parfois différentes d'un service de l'État à l'autre en fonction des territoires, il apparaît délicat de déconcentrer cette procédure sans garde-fou particulier. D'autant que nous avons pu le constater, le cadre des futurs SNCRR restait encore très incomplet et ne permettait pas une lisibilité claire et opérationnelle du dispositif, cela impliquera nécessairement des disparités non négligeables d'interprétation en fonction des territoires.

## V.- L'intérêt de penser les SNCRR comme un outil à part entière et performant des politiques de biodiversité en France

À l'image de la logique systémique en 5 temps proposée par le LIFTI, il importe de reconsidérer la place de la compensation par l'offre et plus globalement des opérations de restauration et de renaturation dans les politiques et stratégies pour la biodiversité aussi bien à l'échelle nationale (Stratégie nationale pour la biodiversité 2030 et Stratégie nationale pour les aires protégées) qu'aux échelles locales.

On notera que cette ambition semble déjà présente, sans avoir été concrètement développée, dans l'esprit de la réforme des SNC vers les SNCRR portée par la loi Industrie Verte de 2023 formulée en ces termes dans l'étude d'impact du projet de loi : « *Dans ce contexte, il est donc nécessaire de créer un environnement favorable à la rencontre d'une part de ces objectifs de politiques publiques structurants pour le territoire français et d'autre part de la volonté des acteurs, publics comme privés, de réduire les impacts des activités humaines sur l'environnement.* » et de lire plus loin : « *Afin de répondre au besoin de mobilisation en faveur de la biodiversité, les collectivités territoriales et les acteurs socio-économiques des territoires sont engagés,*

*dans le cadre des politiques publiques de reconquête de la biodiversité, à contribuer à la restauration des milieux naturels, ceci de manière volontaire, indépendamment même de leurs obligations de compensation qui peuvent résulter de la mise en œuvre de leurs projets d'aménagement. »*

Cependant, comme analysé précédemment, bien que l'intention d'ouvrir les SNC aux opérations de restauration de la biodiversité et de renaturation puisse être louable dans cet esprit de construction d'une vision globale, les modalités de mise en œuvre proposées restent très limitées et ne permettent pas la concrétisation de cette nouvelle vision.

En tenant compte des retours d'expériences précités et des ressources bibliographiques disponibles, il est possible de proposer un cadre global d'un mécanisme vertueux de la compensation par l'offre et plus globalement d'encadrement positif des opérations de renaturation et de restauration écologiques.

Concernant le choix des futurs sites de restauration, de renaturation ou de compensation des atteintes à la biodiversité pouvant faire l'objet de l'agrément SNCRR, il apparaît primordial que le critère principal porte sur le potentiel écologique. Pour ce faire, et comme cela est déjà prévu mais encore peu développé, il est préférable que la vision stratégique se porte au niveau territorial à travers les SCOT et/ou les PLU(i). À partir des nombreuses bases de données disponibles sur la sensibilité des sites, les dispositifs de protection, les inventaires, les connaissances disponibles au niveau local, il est pertinent que les plans à cette échelle puissent cibler de manière spécifique et argumentée ces sites potentiellement propices à ce type d'opérations. Nous irions même plus loin dans une logique d'équilibre inhérente à la dimension territoriale et de développement durable, la délimitation de ces sites devrait être obligatoire et exclusive permettant ainsi de cadrer dans le temps et dans l'espace les potentiels de restauration et de renaturation sur un territoire donné. Cela offrirait une plus grande lisibilité aux acteurs et porteurs de projet et permettrait de mieux considérer l'approche de la compensation notamment non pas comme une fin en soi ni une possibilité sans limite mais comme un cadre rendant possible certains projets en fonction de leurs impacts. Cela répondrait notamment à la question posée par le Conseil économique, social et environnemental (CESE) dans son avis intitulé « Du sol au foncier, des fonctions aux usages, quelle politique foncière ? » rendu le 25 janvier 2023 : « En effet que peut vouloir dire « compensation », sur une Terre où les sols sont en quantités limitées et dans un état de nature en régression générale ? »

Ainsi la question de la compensabilité et de l'acceptabilité de la destruction d'une espèce et ou d'un habitat naturel serait débattue non pas projet par projet comme c'est le cas actuellement mais au sein des plans et programmes à travers leurs évaluations environnementales stratégiques et leur capacité à guider de manière équilibrée et harmonieuse les différentes opérations de développement et

d'aménagement du territoire parmi lesquels on retrouve aussi bien les projets urbains, économiques que les projets de restauration, de sauvegarde du patrimoine non bâti et des espaces naturels ainsi que les projets de renaturation et de désartificialisation (C. urb., art. L. 300-1).

Une fois ce cadre posé par les documents d'urbanisme locaux, la réalisation des opérations de restauration, de renaturation et de compensation le cas échéant seront fléchées de manière lisible et claire pour l'ensemble des acteurs. Cette approche devra s'accompagner d'outils de maîtrise foncière spécifiques et adaptées à ce type d'opération ainsi que la possibilité de fixer des règles par ces documents d'urbanisme en cohérence avec les objectifs écologiques de ces sites.

La justification de la réforme des SNC vers les SNCRR de 2023 vient du constat suivant rappelé dans l'étude d'impact du projet de loi : « À l'heure actuelle, il n'existe pas de cadre de nature à garantir la qualité des opérations de restauration entreprises. Or les promoteurs de ces opérations peuvent engager leur crédibilité auprès de leurs parties prenantes et de leurs partenaires financiers. Ces critiques peuvent être particulièrement avérées en matière d'engagements volontaires pour la biodiversité ou la nature en général. Le défaut de cadrage actuel de telles opérations nuit ainsi au développement des initiatives volontaires qui pourraient tirer avantage à bénéficier d'un dispositif similaire à celui des SNC, propre à en garantir la qualité et avec lequel il pourrait potentialiser ses effets écologiques favorables. »

Ainsi, les SNCRR serait la « garantie » par la procédure d'agrément de la qualité des opérations de restauration et de renaturation. Sans revenir sur les nombreux défauts que comporte encore la procédure d'agrément proposée, il s'agit ici d'une opportunité majeure en vue de construire un véritable outil au service des politiques et stratégies de biodiversité nationales et locales. En reprenant le raisonnement précédant, partant du principe que les sites propices à la réalisation de telles opérations ont été identifiés et qualifiés dans les documents de planification locale, le SNCRR, sous réserve de lui affecter un statut propre et des outils dédiés, pourrait être l'outil de mise en œuvre de ces opérations. Dans l'idéal, il conviendrait même de considérer pour des raisons d'efficacité de la compensation que les SNCRR, avec les évolutions suggérées plus haut, deviennent à terme l'outil exclusif de mise en œuvre de la compensation des atteintes à la biodiversité en remplacement de l'approche par « la demande ». Ainsi, en cas de projet d'aménagement ou de développement envisagé sur un territoire, la première question que devrait se poser le porteur de projet si la compensation s'avérait nécessaire à la suite de l'étude de faisabilité dans la première phase du projet, existe-t-il une offre disponible de compensation sur le territoire ou à proximité ? De manière assez directe, cela permettrait de porter la séquence ERC et donc la compensation environnementale comme un véritable outil de régulation des projets dans la mesure où si au-

cune offre n'est ou ne peut être disponible dans le secteur, le projet lui-même doit être questionné dès le départ. Cette logique permettrait d'inciter les aménageurs à s'impliquer concrètement dans les SNCRR de leur territoire.

Cette approche passerait nécessairement par une harmonisation de la gouvernance des SNCRR et la création ou la dotation d'un organisme existant du rôle de régulateur à l'image par exemple de l'Administration de la Nature et des Forêts (ANF) qui gère les pools compensatoires à l'échelle nationale au Luxembourg ou du système des banques de compensation aux États-Unis d'Amérique. Cette approche organisée et institutionnalisée des SNCRR et plus globalement de la compensation des atteintes à la biodiversité en générale permettrait une plus grande lisibilité du système globale pour l'ensembles des acteurs et de répondre plus efficacement aux enjeux écologiques du pays. Par ailleurs, en dotant le SNCRR d'un statut spécifique type servitude environnementale ou assimilée et d'une possibilité de gestion à très long terme des sites par des organismes compétents et en capacité de mener cette mission d'intérêt général, cet outil constituerait un véritable dispositif au service des politiques environnementales de la France.

## VI.- Un changement de paradigme et de pratiques indispensables

Cette logique globale implique un changement profond de paradigme et des pratiques. Aujourd'hui, les porteurs de projet réalisent leurs obligations compensatoires sur des sites disponibles et maîtrisables rapidement sur lesquels sont réalisées les actions de génie écologique davantage en réponse à cette obligation qu'en fonction du potentiel écologique intrinsèque au site lui-même. C'est le constat partagé par de nombreux acteurs et rappelé dans l'étude publiée début 2024 dans la revue *Cybergéo*. Or, ces pratiques sont essentiellement guidées par les contraintes de temps, de procédures et l'absence d'outils dédiés pour la compensation impliquant pour le porteur de projet d'aller au plus direct sans pouvoir nécessairement prendre le temps d'établir une stratégie foncière qualitative du point de vue écologique. Il apparaît ainsi nécessaire de pouvoir cibler les actions de restauration et de renaturation y compris pour la compensation, sur les espaces et fonctionnalités à enjeux majeurs identifiés dans plusieurs plans et stratégies nationales et locales (ex : les cartes d'objectifs des SCRE ou des SRADDET sur le volet continuités écologiques etc...). Ces zones à enjeux prioritaires, donc dégradées ou à fort potentiel de restau-

ration écologique, doivent être les cibles quasi-exclusives des opérations de génie écologiques en faveur de la biodiversité et principalement la compensation. Dans une logique d'une offre structurée et intégrale (portant sur toutes les opérations de restauration et de renaturation) visant principalement la restauration et la sauvegarde de la biodiversité et des écosystèmes, les actions menées sur ces espaces doivent porter sur l'ensembles des potentiels écologiques du site et non uniquement répondre à un besoin donné. Ainsi, il conviendrait de pouvoir restaurer dès le départ l'ensemble des fonctions écologiques de ces sites et donc des services écosystémiques qui en découlent répondant ainsi aux objectifs et engagements des politiques internationales, nationales et locales en la matière. Le rétablissement de ces services permet de rétablir de manière globale la trajectoire écologique d'un site améliorant la qualité générale de l'environnement et des communautés qui dépendent de ces services. Sur cette base, les écologues pourront ainsi estimer les guildes d'espèces pouvant s'y développer ou s'accroître et préconiser des actions complémentaires d'aménagement et gestion du site permettant de favoriser l'implantation durable de ces communautés d'espèces. L'intérêt du SNCRR viendrait dans la possibilité pour son opérateur de valoriser ses actions par la vente d'unité de compensation, de restauration et de renaturation aux maîtres d'ouvrage souhaitant soit s'engager volontairement dans une contribution pour la biodiversité soit répondant à des obligations de compensation imposées.

L'approche ainsi proposée fixant le cadre de la compensation au niveau local dans les documents d'urbanisme et organisant la compensation exclusivement sur des espaces ciblés et qualifiés pilotés par des opérateurs de SNCRR permettrait de répondre à l'exigence de soutenabilité du développement de nos territoires. Développer les territoires, au sens d'un processus d'amélioration et non d'une croissance stricte et sans limite, implique de pouvoir poser les règles d'un équilibre souhaitable et indispensable dont la matrice première serait l'environnement dans toutes ces composantes. En cohérence avec l'état fonctionnel et quantitatif des milieux naturels et leurs espèces, les enjeux de gestion de l'eau, des Plans nationaux d'actions en faveur des espèces menacées, des SRCE, ... l'ensemble des acteurs aussi bien publics que privés sur un territoire doit pouvoir déterminer les limites de la compensation pour leur territoire et cibler les secteurs de projets où les SNCRR pourraient voir le jour comme un levier d'action pour des projets structurants et réellement performants en matière écologique. ■

# La compensation environnementale

BDEI n° 3266

## La compensation des atteintes à la biodiversité, clé de la réussite des projets

*Entretien, Manuel Pennaforte, Avocat, Violette de Ganay, juriste et Jean-Pierre Boivin, Avocat, Directeur scientifique du BDEI*

Conclusion du cycle d'ateliers initiés au sein de la Sphère Compensation du Laboratoire d'initiatives foncières territoriales innovantes (LIFTI)

**Jean-Pierre Boivin :** À l'issue des réflexions conduites au sein de la « Sphère Compensation » du LIFTI, telles que présentées lors de la conférence de clôture qui s'est tenue le 11 juin 2024 au siège du Conseil économique social et environnemental (CESE), un certain nombre de sujets ont été abordés en tant que « points d'intérêt » destinés à faire l'objet de travaux ultérieurs, à compter de la rentrée de septembre 2024. Vous avez été chargé de prononcer une conclusion au terme de ces travaux, et les lecteurs du BDEI seraient heureux que vous partagiez avec eux les principaux points qui ont été abordés à cette occasion et que vous nous fassiez part de votre vision, à court et à moyen terme, des perspectives de développement offertes par la compensation des atteintes à la biodiversité.

**Manuel Pennaforte :** Les travaux menés au sein de la Sphère Compensation du LIFTI ont permis de dégager quelques idées-forces qui peuvent être énoncées en quatre mots-clés : prévisibilité, responsabilité, pérennisation et avenir.

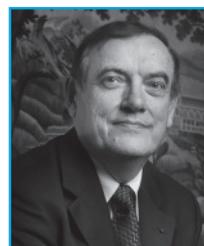
**J.- P. Boivin :** Pourriez-vous reprendre chacun de ces quatre mots-clés en les commentant à l'attention des lecteurs du BDEI ?

**M. Pennaforte :** Oui, bien sûr. Je vous propose que nous débutions avec le mot « prévisibilité ». Il ressort de nos travaux qu'après avoir épuisé les deux premiers temps de la séquence « Eviter-Réduire-Compenser » (EFC), le maître d'ouvrage qui entend poursuivre la réalisation de son projet sera tenu d'aborder le troisième temps de cette séquence, à savoir la nécessité de compenser les atteintes à la biodiversité, en s'y prenant le plus en amont possible. Cela implique, notamment, qu'il soit à même de démontrer aux services instructeurs qu'il dispose d'ores et déjà d'unités foncières sur lesquelles il sera à même, passé le temps de la procédure d'évaluation environnementale, de mettre en œuvre des mesures de compensation répondant aux exigences de l'article L.163-1 du code de l'environnement.

**J.- P. Boivin :** Si je vous suis bien, le maître d'ouvrage doit rechercher des solutions foncières sans avoir à les créer. Pourriez-vous nous indiquer comment s'articule une telle démarche au regard de la distinction classique entre « compensation par la demande » et « compensation par l'offre » ?



Par Manuel Pennaforte  
Avocat au Barreau de Paris  
Managing Partner  
SCP Boivin et Associés



Par Jean-Pierre Boivin  
Avocat  
SCP Boivin et associés

Violette de Ganay  
Juriste  
SCP Boivin et associés

**M. Pennaforte :** Il s'agit clairement de compensation « par l'offre ». Le succès de la compensation des atteintes à la biodiversité est intimement lié à cette approche. Le système de la compensation « par l'offre » – qui connaît un réel succès aux Etats-Unis d'Amérique à travers les banques de compensation (*mitigation banks*) – implique que le territoire national ait été parsemé de tènements fonciers sur lesquels des opérateurs de compensation réalisent des mesures de compensation pour le compte de futurs maîtres d'ouvrage. La différence entre la compensation « par la demande » et la compensation « par l'offre » tient à ce que, dans le premier cas, le maître d'ouvrage se charge d'identifier lui-même un terrain sur lequel pourront être mises en œuvre les mesures compensatoires induites par la réalisation de son projet. Dans le second cas, le porteur du projet achète des unités de compensation qui correspondent à l'habitat dégradé par son projet et qui ont été préconstituées sur le plan écologique par une tierce personne dénommée « opérateur de compensation », laquelle a développé sur les unités en cause des types d'habitats qui présentent un intérêt en termes de biodiversité.

**J.- P. Boivin :** Les travaux de la Sphère Compensation du LIFTI ont clairement montré qu'en pratique, il était essentiel de disposer d'une véritable offre si l'on souhaite que la compensation fonctionne de façon optimale et qu'elle remplisse son objectif. La France dispose-t-elle d'une telle offre ?

**M. Pennaforte :** Ce n'est pas vraiment le cas, car les expériences de compensation « par l'offre » sont extrêmement rares à la date de la présente interview. Il existe, à ce jour, deux expériences qui ont permis la mise en œuvre de « sites naturels de compensation » (SNC) au sens de la « loi biodiversité » de 2016, étant précisé que les SNC ont, depuis la loi « industrie verte » de 2023, pris la dénomination de « sites naturels de compensation, de restauration et de renaturation » (SNCRR). Le premier SNC a été implanté dans le sud de la France, sur le territoire de la commune de Saint-Martin-de-Crau, dans le département des Bouches-du-Rhône. Il s'agit de l'opération « Cosure », pilotée par CDC Biodiversité. Le second SNC a été créé par un arrêté ministériel du 3 juin 2024, également dans le sud de la France, sur le territoire de la commune de Sainte-Maxime, dans le département du Var. Il s'agit de l'opération « site de Cros du Mouton », elle aussi pilotée par CDC Biodiversité. Il n'y a donc que deux cas d'application, en France, de compensation « par l'offre » ayant donné lieu à la création d'unités de compensation. C'est très peu, puisque des projets, il n'y en a pas que dans ces deux secteurs géographiques : il peut y en avoir sur l'ensemble du territoire national. A cela s'ajoute une difficulté, tenant à ce que le principe de proximité géographique, qui figurait dans l'ancienne rédaction de l'article L. 163-1 du code de l'environnement, s'opposait à toute idée consistant à délocaliser de manière substantielle une opération de compensation par rapport au lieu d'implantation du projet. Depuis la loi « industrie verte » de 2023, le principe de proximité géographique a cédé la place au principe

de proximité « fonctionnelle », ce qui devrait – en toute logique – permettre aux maîtres d'ouvrage d'acquérir des unités de compensation auprès d'opérateurs de compensation dont les SNCRR ne seront pas nécessairement situés dans le proche voisinage des projets concernés.

**J.- P. Boivin :** Donc, si je comprends bien, tant qu'on n'aura pas développé une véritable offre structurée de compensation, les maîtres d'ouvrage en seront réduits à recourir à la compensation « par la demande ».

**M. Pennaforte :** Oui, tout à fait. L'idée consiste donc à décriper au maximum les mécanismes juridiques qui régulent aujourd'hui les opérations de compensation prévues par le Code de l'Environnement afin de développer la compensation « par l'offre » sans, pour autant, remettre en cause la séquence ERC, la compensation demeurant naturellement un mode de réparation de l'environnement subsidiaire du fait que le maître d'ouvrage doit, avant toute chose, épuiser au maximum les séquences « éviter » et « réduire » afin d'éviter, si possible, de recourir à la compensation.

**J.- P. Boivin :** Sur ce point, nos lecteurs pourront utilement se reporter, dans la présente livraison du BDEI, à l'interview de Philippe Schmit qui porte sur le rôle des collectivités territoriales dans la compensation. Il ressort, en effet, de son expérience que la compensation « par l'offre » ne peut se développer qu'autour des collectivités elles-mêmes, à un niveau approprié, l'échelle la plus pertinente étant, selon ce fin observateur, l'intercommunalité (voir, sur ce point, Les collectivités territoriales et la compensation écologique, Entretien, Schmit Ph, BDEI, Suppl. au n° 112, n° 3263).

**M. Pennaforte :** Deuxième thème, la responsabilité. Aujourd'hui, le système juridique en vigueur prévoit que le maître d'ouvrage du projet conserve la responsabilité de l'opération de compensation.

Le retour d'expérience pratique partagé au sein de la Sphère Compensation du LIFTI montre que ce n'est pas une bonne solution, car cela confère à la compensation un caractère dissuasif. Précisément, le fait que la responsabilité du maître d'ouvrage lui soit acquise peut aller jusqu'à le dissuader de réaliser son projet. Ce n'est pas l'objectif, puisqu'à ce stade de son développement, la civilisation occidentale n'est pas prête à renoncer au confort de la vie moderne au point d'accepter de se priver des projets qui lui permettent de répondre à ses besoins toujours croissants en la matière. Le retour à l'état de nature décrit par Jean-Jacques Rousseau n'est ni pour aujourd'hui, ni pour demain. Il faut accepter de vivre avec cela.

**J.- P. Boivin :** À ce stade, il me semble possible d'avancer deux séries de réflexions.

La première consiste à relever que « projet » et « compensation » sont à ce point liés que la compensation « par la demande », du fait de ses limites, devrait – en toute

logique – s’effacer au profit de la compensation « par l’offre ».

La seconde, qui s’inspire directement des réflexions de Philippe Schmit (cf. ci-dessus), repose sur le constat que le maître d’ouvrage porteur du projet n’est pas le mieux placé en la matière. Il appartient, en effet, aux collectivités – dont le territoire a vocation à accueillir les projets – de se saisir elles-mêmes de la compensation à travers les documents d’urbanisme (PLUi, SCoT, etc.) qu’elles ont vocation à établir et à réviser au titre des compétences qui leur sont dévolues par la directive « plans/programmes » aujourd’hui transposée en droit interne. Autrement dit, il convient de s’interroger sur le point de savoir si la compensation des atteintes à la biodiversité participe de la philosophie qui sous-tend la directive « projets » ou si elle est davantage rivée, dans son esprit, sur les principes qui se dégagent de la directive « plans/programmes ». En outre, la non-transférabilité de l’obligation de compensation est-elle un problème en soi ?

**M. Pennaforte :** C’est un problème en soi, car le maître d’ouvrage porte aujourd’hui, en droit français, la responsabilité inhérente à la compensation, alors que ce n’est pas sa vocation première de faire réaliser des mesures de compensation. La preuve en est que, quand le maître d’ouvrage fait réaliser une opération de compensation, il fait appel à une entité spécialisée telle qu’un opérateur de compensation, qui va s’entourer de services d’écologues et d’autres spécialistes du sujet. Le maître d’ouvrage aura à cœur de réaliser son projet, et de s’assurer en parallèle que la compensation liée à son projet est mise en œuvre correctement. Mais ce n’est pas son métier. Afin que la compensation soit réalisée dans les meilleures conditions possibles, il faut faire appel à des spécialistes. Or, le maître d’ouvrage n’est pas, ou ne sera que très rarement, un spécialiste de ce sujet.

**J.- P. Boivin :** Dans ce contexte, faut-il opérer une distinction entre, d’une part, la réalisation *ab initio* des mesures de compensation et la responsabilité subséquente, laquelle resterait entre les mains du maître d’ouvrage, et, d’autre part, le suivi, à moyen terme – et surtout à très long terme – de la mise en œuvre des mesures de compensation, lequel ne relève pas du cœur de métier du maître d’ouvrage, ce qui justifierait que la responsabilité y afférente puisse être transférée à un tiers ?

**M. Pennaforte :** On pourrait effectivement concevoir une approche en deux étapes. Dans la première étape, le maître d’ouvrage donnerait le coup d’envoi de l’opération de compensation en faisant réaliser les travaux nécessaires. Il conserverait alors la responsabilité qui s’y attache. Dans la seconde étape, une fois que les travaux seraient engagés et que les mesures de compensation commenceraient à « prendre », il conviendrait d’identifier le moment opportun à partir duquel la responsabilité inhérente au suivi de l’opération de compensation pourrait être basculée sur une entité tierce (par ex. l’opérateur de compensation titulaire de l’agrément délivré au titre des

SNCR). Ainsi, le maître d’ouvrage serait dégagé de cette responsabilité, qu’il aurait cependant portée *ab initio*. Il appartiendrait ensuite à l’entité tierce de s’assurer que l’opération de compensation est menée à bien pendant la durée déterminée *ab initio*, laquelle est d’au moins trente ans lorsque les mesures en cause sont réalisées dans le cadre d’un SNCR.

**J.- P. Boivin :** Quel intérêt verriez-vous à ce que le maître d’ouvrage demeure responsable de la mise en place concrète des mesures de compensation ? Inversement, le fait de sous-traiter ou de déléguer *ab initio* à un tiers la réalisation des mesures concernées présenterait-il un intérêt pour le maître d’ouvrage ? Laquelle de ces deux hypothèses vous apparaît-elle la plus porteuse d’avenir ?

**M. Pennaforte :** Probablement la seconde. En effet, à l’image de ce qui s’est fait dans le domaine des sites et sols pollués, le transfert à une entité tierce – tel le « tiers-intéressé », également désigné « tiers demandeur » par l’article L. 512-21 du code de l’environnement – est un mécanisme qui fonctionne. Un tel mécanisme pourrait séduire les maîtres d’ouvrage porteurs de projet et les opérateurs de compensation, chacun y trouvant son compte.

**J.- P. Boivin :** Sous cet angle, je tiens à rappeler que le transfert de l’obligation de remise en état vers un tiers-intéressé s’effectue avec une réserve non négligeable, les services de l’Etat se réservant le droit de rappeler l’exploitant à leur bon souvenir en cas de défaillance du tiers-demandeur. Peut-on dire néanmoins que la transférabilité de la responsabilité de l’exploitant à un tiers-intéressé a ouvert une ère nouvelle à la régénération des friches industrielles ?

**M. Pennaforte :** Oui, absolument. En outre, le fait de permettre à l’exploitant de transférer légalement sa responsabilité « administrative » au titre de la remise en état des sites et sols pollués à un tiers-intéressé a permis de clarifier la situation. Il importe de rappeler, sur ce point, que les exploitants d’installations classées pour la protection de l’environnement propriétaires ou détenteurs de sites pollués n’avaient pas attendu que le droit s’adapte à la réalité pour mettre en œuvre ce type de transfert. Et jusqu’à ce que les textes évoluent, avec la loi « ALUR » de 2014 qui a institué le mécanisme du tiers-demandeur, les exploitants impliqués dans de tels transferts avant la promulgation de cette loi se sont exposés à des risques en termes de responsabilité, au titre des sanctions administratives et des sanctions pénales. Sur la base de ce retour d’expérience, le fait de clarifier la situation dans le cadre de la législation applicable à la compensation des atteintes à la biodiversité présenterait un réel intérêt. Cela éviterait de susciter des initiatives en marge des textes débouchant sur des transferts illégaux de responsabilité. Surtout, cela déboucherait nécessairement sur une décrispation du système allant dans le sens de la facilitation des projets, ce qui offrirait aux acteurs concernés la possibilité de réaliser des actions positives favorisant la protection et le développement de la biodiversité.

**J.-P. Boivin :** Le parallèle que nous venons d'effectuer entre les sols pollués et la compensation des atteintes à la biodiversité permettrait-il de dégager les mêmes avantages et les mêmes dynamiques dans la réalisation de l'opération ?

**M. Pennaforte :** En termes de dynamique, je pense qu'en fourissant les clés d'un tel mécanisme aux maîtres d'ouvrage et aux opérateurs de compensation, on optimiserait au maximum les chances de réussite des projets. Cela étant précisé, le mécanisme mis en place par la loi ALUR diffère, en termes de gestion et de résultats à obtenir, de celui qui pourrait être institué dans le cadre de la compensation des atteintes à la biodiversité. En effet, dans le cadre de la législation sur les sites et sols pollués, les terrains qui sont transférés au tiers-demandeur ont vocation à être affectés à un nouvel usage. Ils passent d'une utilisation industrielle à une affectation en phase avec l'usage, en général plus sensible, retenu par le tiers-intéressé. Le mécanisme qui pourrait être mis en œuvre dans le cadre de la compensation des atteintes à la biodiversité s'inscrirait dans une perspective différente. Il consisterait à transférer la responsabilité du maître d'ouvrage à un opérateur de compensation qui serait tenu de pérenniser l'usage sensible auquel sont affectées les unités foncières ouvertes à l'acquisition, qu'il s'agisse de l'usage naturel initial, de l'usage de réhabilitation ou de l'usage de renaturation. Une autre différence tient également à ce que dans le cadre du mécanisme de tiers-intéressé au sens de la législation sur les sites et sols pollués, ledit tiers réalise un bénéfice au moment où il cède le terrain qu'il a réhabilité. A l'inverse, dans le cadre du mécanisme de tiers-intéressé qui pourrait être institué dans le code de l'environnement au titre de la compensation des atteintes à la biodiversité, le terrain resterait affecté au même usage. Le terrain concerné aurait ensuite vocation à être transféré à une structure publique qui le conserverait sans limitation de durée et qui pérenniserait ainsi l'usage en cause, comme on le verra à l'occasion de mes réflexions sur le mot-clé « pérennisation ». Le terrain n'aurait donc pas vocation à être vendu, à la différence de ce que ferait un tiers-demandeur au sens « sites et sols pollués ».

**J.-P. Boivin :** N'est-ce pas là que se situe la limite de notre parallèle ? En effet, dans le cadre de la législation sur les sites et pollués, le tiers-demandeur a un intérêt propre. Il s'agit d'un intérêt économique qui est intimement lié à son métier : l'aménageur va aménager, le bâtisseur va bâtir, alors que dans le cadre de la législation sur la compensation des atteintes à la biodiversité, il faudrait que le tiers substitué ait une forme de spécialisation « en soi », riviée sur la conservation des espaces renaturés.

**M. Pennaforte :** La différence est essentiellement liée à l'intérêt financier, puisqu'une structure publique n'a pas d'intérêt financier à conserver un terrain sur lequel a été réalisée une opération de compensation et qui a vocation à demeurer affecté à son usage naturel initial, à un usage de renaturation ou à un usage de restauration. Une structure publique inscrit, précisément, son action dans l'intérêt général. Si on fait appel à une structure publique, c'est précisément parce qu'elle est porteuse et garante d'un tel intérêt, la mise en œuvre de mesures de compensation liées à un projet d'initiative privée

constituant, par essence, une opération d'intérêt général. Autrement posé, seule une structure publique est à même de garantir que la nature sera préservée *ad vitam aeternam*.

**J.-P. Boivin :** Sur ce point, est-il possible de tirer les enseignements du droit comparé ? Comment se pose la question à l'étranger ?

**Violette de Ganay :** Aux Etats-Unis d'Amérique, la compensation « par l'offre » est proposée aux porteurs de projets par des banques de compensation (*mitigation banks*). Les porteurs de projet ont la possibilité de transférer leur responsabilité aux entités qui opèrent les banques de compensation.

**J.-P. Boivin :** Sous l'angle économique, le système ainsi mis en place permet-il de dégager de nouvelles zones d'activité et de nouveaux métiers à travers ces banques qui se voient transférer la responsabilité de la compensation ? Cela concourt-il à renforcer le système et à faire de ces opérateurs de compensation des intervenants plus pérennes, plus puissants, plus stables ?

**V. de Ganay :** La compensation « par l'offre » connaît un réel succès aux Etats-Unis d'Amérique grâce aux banques de compensation. Un tel succès s'explique également pour des raisons culturelles : les Américains ont un rapport à l'argent beaucoup plus fluide et beaucoup moins étrié que les Français.

**J.-P. Boivin :** De vos lectures, vous est-il apparu que la compensation aux États-Unis, à travers les banques de compensation, souffrait des mêmes critiques qu'en France ? Je fais ici allusion aux critiques de principe selon lesquelles la compensation serait, en soi, un droit à détruire le vivant. Sur ce point, les Américains ont-ils une approche plus lisse, moins dogmatique et plus réaliste du sujet ?

**V. de Ganay :** *C'est certain. Le système des banques de compensation inspire confiance aux Etats-Unis d'Amérique, alors qu'il suscite la méfiance en France. La confiance contribue au succès du mécanisme et à l'effectivité des mesures compensatoires mises en œuvre par les banques de compensation.*

**M. Pennaforte :** Je souscris au constat culturel qui vient d'être évoqué. Le rapport à l'argent qu'ont les Américains n'est pas du tout le même que celui qu'ont les Français. Le système des fondations s'est fortement développé aux Etats-Unis depuis le début du 19<sup>ème</sup> siècle. Les dons sont défiscalisés dans des proportions qui n'ont rien à voir avec les pratiques françaises. Il y a certainement un sujet à creuser sur ce point. A titre d'illustration, mériterait d'être étudiée la possibilité de défiscaliser les investissements réalisés par les maîtres d'ouvrage qui recourent à la compensation « par l'offre ». Si l'on souhaite réellement faire aboutir les projets, il faut équilibrer au mieux le bilan économique et financier du projet en donnant aux maîtres d'ouvrage des gages sur les économies d'impôt qu'ils pourraient effectuer en optimisant au maximum leurs opérations de compensation.

**J.-P. Boivin :** A ce sujet, je tiens à rappeler que, dans le cadre de la politique de gestion des sites et sols pollués, il était inconcevable, il y a quelques années, d'imaginer que les opérations de remise en état puissent être financées au moyen de

fonds publics. En l'occurrence, la remise en état « en nature » était considérée comme la contrepartie de l'activité fautive de l'exploitant. Depuis quelques années, la situation s'est améliorée grâce à la mobilisation d'argent public à travers, par exemple, le « fonds friches », qui connaît un grand succès car il a permis de débloquer un nombre important d'opérations qui étaient jusqu'alors enlisées dans des difficultés financières. Pourquoi ne pas étendre ce même raisonnement à la compensation, et faire en sorte que de l'argent public vienne en quelque sorte élargir le scope au nom de l'intérêt général ?

**M. Pennaforte :** On pourrait également imaginer que les dons effectués au profit de fondations en charge de la compensation soient fiscalement déductibles à hauteur d'un certain pourcentage, à l'image de ce qui est prévu lorsque les particuliers effectuent des dons au profit d'organisations caritatives. La compensation serait alors financée grâce aux économies d'impôt qu'elle seraient à même de procurer au maître d'ouvrage. Il pourrait y avoir, en outre, un abondement assuré par des fonds publics.

**J.-P. Boivin :** Un modèle du style du *National Trust* britannique serait-il imaginable en France ?

**M. Pennaforte :** La réponse à cette question impliquerait une étude juridique approfondie, car l'idée est intéressante.

**J.-P. Boivin :** Un berceau d'accueil pourrait être offert par les conservatoires des espaces naturels et par les conservatoires du littoral.

**M. Pennaforte :** Il faudrait vérifier que les établissements publics que portent ces conservatoires sont susceptibles d'évoluer vers ce type de statut, ce que j'ignore.

**J.-P. Boivin :** Vous en étiez à votre deuxième mot-clé. Quel est le troisième ?

**M. Pennaforte :** La pérennisation. C'est un point très important. C'est même certainement la clé du système. Cela implique de s'interroger sur ce qui se passe au-delà de la date à laquelle a été achevée l'opération de compensation. Aujourd'hui, il n'y a aucun garde-fou, aucune protection assurée par le Code de l'environnement, de nature à garantir que les terrains sur lesquels les atteintes à la biodiversité ont été compensées vont continuer de faire l'objet d'un suivi et d'être protégés jusqu'à la fin des temps. Il y a ici une réforme à construire, de sorte qu'à l'issue de l'opération de compensation, quelle que soit sa durée, les terrains en cause puissent continuer d'être préservés. En l'état des réflexions menées au sein de la Sphère Compensation du LIFTI, il apparaît difficile de concevoir qu'une personne privée puisse être suffisamment gréée pour réaliser ce type d'opération, car les personnes privées ont toutes une durée de vie limitée. Les personnes privées peuvent, en outre, être sujettes à des difficultés économiques qui débouchent sur leur placement en redressement ou en liquidation judiciaire. Des entreprises qui ne sont pas en difficulté peuvent devenir des entreprises en difficulté. À ce stade de notre réflexion, seule une struc-

ture publique est à même de répondre à l'objectif de préservation et de pérennisation de l'opération de compensation. On peut imaginer toutes sortes de structures publiques. Ont été évoqués, à l'instant, les conservatoires d'espaces naturels et les conservatoires du littoral. Le groupement d'intérêt public (GIP) est également une structure publique digne d'intérêt, ainsi que l'a montré l'expérience du SNC porté par le GIP Yvelines-Environnement qui n'a, malheureusement, pas pu aboutir. Au-delà du GIP, on pourrait imaginer qu'une réflexion et des solutions de pérennisation autour de ces types de structures soient mises en place à terme.

**J.-P. Boivin :** Se pose alors de nouveau la question de l'intérêt des collectivités locales, ou plutôt de l'implication des collectivités locales par rapport au mécanisme de la compensation. On voit bien que selon les choix qui sont faits, ou bien on se situe au niveau de l'intercommunalité et du SCoT, ou bien on se situe au niveau du département, voire dans certains cas au niveau de la région.

**M. Pennaforte :** Votre réflexion rejoint ici la préoccupation que vous évoquiez tout à l'heure, à savoir la nécessité de savoir à quelle échelle on se situe sur le plan juridique. Se situe-t-on à l'échelle de la directive « projets » ou de la directive « plans/programmes » ? Je crains qu'il ne soit impossible de se situer à un seul de deux niveaux et qu'il ne faille, en réalité, prendre en compte les deux niveaux. Il y a la dimension « directive projets » pour ce qui est du maître-ouvrage, et la dimension « plans/programmes » pour ce qui est des espaces de liberté dans lesquels le maillage du territoire peut être organisé, de telle sorte que la compensation soit favorisée. Ce n'est qu'au niveau de l'intercommunalité, ou peut-être du département, que l'on pourrait imaginer qu'une telle souplesse soit introduite.

**J.-P. Boivin :** Dernier mot-clé : l'avenir.

**M. Pennaforte :** C'est un point qui se dédouble en deux sous-points.

Le premier sous-point, c'est l'avenir au regard de l'objectif « zéro artificialisation nette » (ZAN) fixé par la loi « climat résilience » de 2021. Le ZAN constitue un objectif vertueux, mais on imagine mal qu'il puisse être atteint à 100 %, même à l'horizon de l'année 2050. Il y aura certainement des projets pour lesquels l'objectif ZAN pourra être atteint. Mais il y aura également des projets pour lesquels l'objectif ZAN ne pourra pas être atteint à 100 %. La compensation est donc promise à un bel avenir car elle constituera, dans ce dernier cas de figure, un ultime recours pour la réalisation du projet. Un tel constat implique plus que jamais que des banques de compensation, de type SNCRR ou autre, aient été préconstituées afin de répondre aux besoins qui seront alors exprimés par les maîtres d'ouvrage concernés. Cela reboucle donc avec mon premier mot-clé : la prévisibilité. L'avenir de la compensation est certainement entre les mains des opérateurs de compensation qui auront maillé le territoire et qui permettront d'offrir aux porteurs du projet les disponibilités foncières nécessaires, de sorte qu'ils puissent, dans leurs

dossiers de demande d'autorisation, démontrer aux services instructeurs qu'ils disposent d'ores et déjà d'unités de compensation leur permettant de réaliser leur projet.

Le second sous-point concerne la compensation *ex post*, que nous avons volontairement mise de côté dans le cadre des travaux de la Sphère Compensation du LIFTI, afin de nous consacrer uniquement à la compensation *ex ante*, celle qui permet la réalisation des projets. La compensation *ex post* est celle qui intervient une fois que le projet se situe dans sa phase de construction ou d'exploitation, lorsque se produit une atteinte accidentelle à l'environnement, laquelle ne pouvait pas être dépiquée au stade du dossier de demande d'autorisation et se matérialise, le cas échéant, par la survenance d'un préjudice écologique. Dans cette hypothèse, la compensation *ex post* – laquelle repose, au stade de sa mise en œuvre, sur les mêmes principes que la compensation *ex ante* – peut constituer une solution intéressante à explorer. Il en est ainsi, notamment, lorsque le préjudice écologique dont s'agit donne lieu à des poursuites pénales sur telle ou telle base infractionnelle du Code de l'environnement. En effet, le juge pénal peut, sur le fondement de l'article L. 173-5 du Code de l'environnement, ordonner des mesures de réparation. C'est dire que l'office du juge pénal ne se limite pas nécessairement au prononcé – classique – d'une amende ou une peine d'emprisonnement, mais qu'il peut également s'ouvrir à la condamnation de l'auteur du préjudice écologique à réparer l'environnement auquel il a porté atteinte. Même s'il existe peu de jugements et arrêts en ce sens, les juridictions du fond qui font usage de l'article L. 173-5 du Code de l'environnement tendent à condamner les prévenus à prendre les mesures nécessaires afin de permettre la reconstitution *in situ* du milieu pollué de sorte qu'il retrouve son état initial, sans aller jusqu'à leur imposer la mise en œuvre de mesures visant à compenser *ex situ* les atteintes à la biodiversité ayant donné lieu aux poursuites pénales.

Sur ce point, une première expérience aurait pu être tentée par la juridiction répressive à l'occasion de l'affaire dite « affaire Tereos » (T. corr. Lille, 12 janv. 2023, n° 21270000146, Ministère public c/ Tereos France). Dans cette affaire, le juge pénal s'est interrogé sur la possibilité de mettre en œuvre, à la charge du ou des prévenus, une mesure de réparation qui aurait pu prendre la forme d'une opération de compensation. Il s'est trouvé que, dans cette affaire, l'autorité préfectorale avait pris les devants en mettant en œuvre, à l'égard de l'exploitant à l'origine dudit préjudice, les pouvoirs qui lui sont conférés par la législation sur la réparation environnementale (LRE). De ce fait, le juge pénal saisi de l'affaire n'a pas estimé nécessaire ou utile de faire usage du pouvoir de réparation qu'il tient de l'article L. 173-5 du code de l'environnement, le préfet ayant d'ores et déjà pris en main le dossier en imposant à l'exploitant « une combinaison de réparations secondaire et compensatoire du dommage » (cf. p. 16 du jugement). Il est certain qu'une telle situation, dans laquelle le juge pénal s'interroge sur l'opportunité de

condamner le prévenu à réparer l'environnement via, le cas échéant, une mesure de compensation, se reproduira dans un futur plus ou moins proche, à l'occasion d'un procès pénal ou de la mise en œuvre d'une mesure alternative aux poursuites pénales.

Dans ce dernier cas de figure, il existe d'ores et déjà des dossiers dans lesquels le magistrat du parquet en charge de la « négociation » de la mesure alternative aux poursuites pénales propose à l'entreprise auteure de l'infraction de réaliser une opération de compensation, en contrepartie d'un abandon des poursuites et d'un classement sans suite du dossier d'enquête judiciaire. En pareille hypothèse, se pose alors la même question que celle qui retient l'attention du maître d'ouvrage dans le cadre de la compensation *ex ante* : ledit maître d'ouvrage, en tant qu'auteur du préjudice écologique, dispose-t-il d'unités foncières susceptibles d'être mises sur la table lors de ses discussions avec le représentant du parquet ? Dans l'affirmative, l'entreprise auteure de l'infraction sera en mesure de répondre à la proposition formulée par le procureur de la République car elle aura anticipé son besoin de compensation *ex post* en disposant, par anticipation, d'unités de compensation nécessaires à la réalisation de la mesure compensatoire proposée par le parquet.

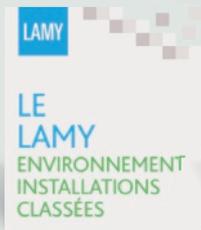
Ainsi, à l'occasion de la « négociation » d'une convention judiciaire d'intérêt public environnemental (CJPIPE), le contrevenant sera à même de verser aux débats les unités de compensation qu'il aura acquises préalablement. Ce faisant, l'entreprise pourra espérer obtenir une réduction du montant de l'amende d'intérêt public à laquelle elle est exposée. En toute logique, le montant en question devrait être inversement proportionnel à l'investissement qu'elle sera prête à réaliser afin de réparer l'environnement via une opération de compensation. Une telle approche permettrait de résoudre de façon positive le conflit pénal, en ne le limitant pas à la condamnation de l'entreprise concernée au versement d'une simple amende dont le montant – même important – se diluera dans le chiffre d'affaires de l'exercice en cours sans contribuer à réparer l'environnement. Restera à trouver un juste équilibre, de sorte que l'entreprise auteure de l'infraction n'accepte pas de transiger sur ce point avec le parquet en s'engageant à réaliser des opérations de compensation disproportionnées, auxquelles le juge du siège n'aurait pas nécessairement songé.

**J.- P. Boivin :** L'enjeu est donc celui d'une vraie réparation en nature.

**M. Pennaforte :** Oui, tout à fait. Une telle réparation a le mérite de se voir, même si son aboutissement prend du temps s'agissant d'une opération de compensation, qu'elle soit *ex ante* ou *ex post*. Et si l'idée consiste à réparer, la compensation des atteintes à la biodiversité est certainement l'un des vecteurs les plus appropriés, sous réserve qu'il ne soit pas dévoyé dans son esprit ou dans son quantum par les magistrats du parquet ou par les magistrats du siège.

**J.- P. Boivin :** Merci. ■

**OFFRE**  
**-10%\***  
avec le code  
**PRINT10**



**Lamy Liaisons :**  
votre information  
juridique accessible  
à tout moment !

En ligne ou en version papier, au bureau, en déplacement ou chez vous, vos contenus juridiques s'adaptent à vos besoins !

| Venez découvrir nos offres sur [boutique.lamy-liaisons.fr](https://boutique.lamy-liaisons.fr)

\* 10% de remise à valoir sur une sélection d'articles de la boutique Lamy Liaisons avec le code promo PRINT10



