

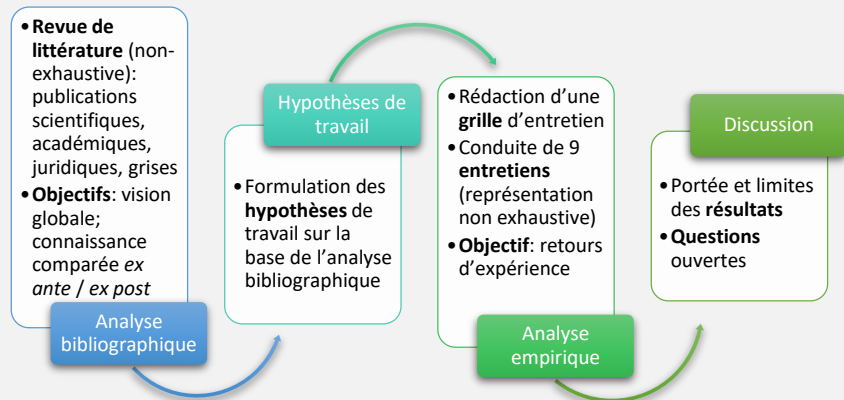
Compensations écologiques *ex ante* et *ex post* : Quelle intégration dans un projet de territoire ?

Contexte et problématique

Il est possible de distinguer deux types de compensation écologique: d'un côté, la compensation *ex ante*, qui vise à réparer des dommages sur la biodiversité par anticipation, c'est-à-dire des dommages prévus mais non encore survenus (p.ex. projets d'aménagement) et, de l'autre, la compensation *ex post* dont l'objet est la réparation d'un dommage environnemental d'ores et déjà réalisé (p.ex. fuite d'hydrocarbures impactant les milieux environnants). Dans ce deuxième cas, il est possible de distinguer entre le régime de la responsabilité environnementale et celui du préjudice écologique.

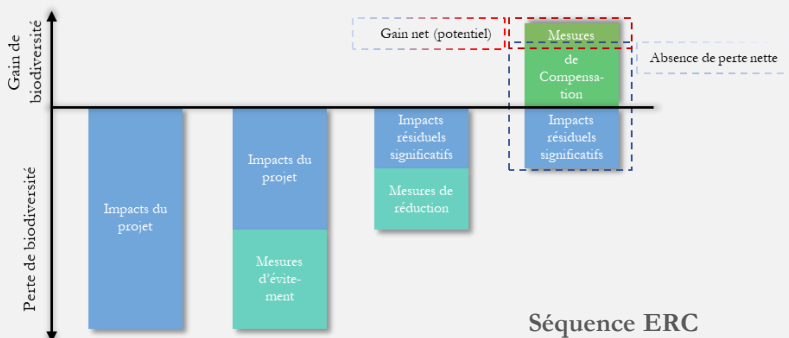
Si ces deux types de compensation ont des fondements juridiques et des applications temporelles différents, les processus techniques de mise en œuvre sont similaires, voire identiques. Comprendre les compensations *ex ante* et *ex post*, leurs similitudes et leurs différences, conduit à **s'interroger sur l'intégration de la compensation écologique dans les questions d'aménagement, et plus précisément sur le type de compensation susceptible de s'accorder le mieux à un projet de territoire.**

Méthodologie



Fondements juridiques de la compensation écologique *ex ante*

L'obligation de compensation *ex ante* découle historiquement de la loi du 10 juillet 1976 relative à la protection de la nature (et son décret d'application), ayant introduit le dispositif de l'étude d'impact pour certains ouvrages ou projets d'aménagement et intégrant la mise en œuvre de la séquence Éviter-Réduire-Compenser (ERC). Ce n'est cependant qu'à partir de la fin des années 2000 (lois issues du Grenelle de l'environnement et réforme de l'étude d'impact) que l'on observe une mise en œuvre de cette obligation dans la pratique. Il existe en droit français bien d'autres textes créant une obligation d'évaluation environnementale à laquelle est liée une obligation de compensation *ex ante*.

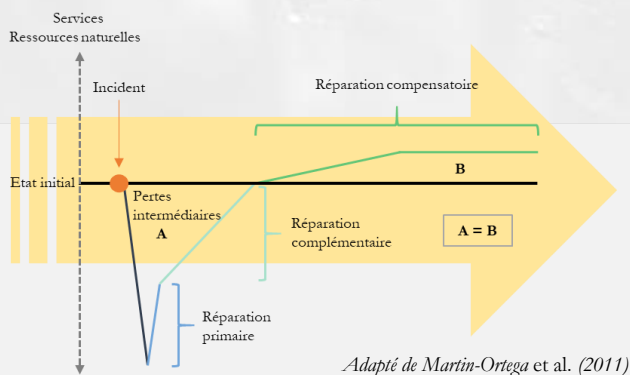


Le ministère en charge de l'écologie élabore la doctrine ERC en 2012, puis des lignes directrices en 2013; un guide d'aide à la définition des mesures ERC est publié en 2018.

La loi pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages (« Loi biodiversité ») du 8 août 2016 vient réaffirmer et préciser la séquence ERC, et affiche comme objectif celui d'une non perte nette, voire d'un gain de biodiversité.

Fondements juridiques de la compensation écologique *ex post*

L'obligation de compensation *ex post* peut résulter de l'application de divers textes. Les recherches se sont ici focalisées sur la compensation issue de la directive européenne 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale (DRE), et le préjudice écologique tel que consacré législativement par la Loi biodiversité de 2016.



La **DRE** crée un régime de responsabilité administrative pour les dommages graves causés aux espèces et habitats naturels protégés, aux eaux et aux sols. Cette responsabilité est sans faute concernant toutes les activités listées à son annexe III. La DRE (annexe II) spécifie les mesures de réparation qu'il convient de mettre en œuvre et qui impliquent la remise en l'état initial de l'environnement *via* les réparations primaire, complémentaire et compensatoire, les deux dernières correspondant à de la compensation écologique *ex post*. Il ne peut y avoir compensation pécuniaire.

Peut être réparé (articles 1246 et suivants du Code civil) le **préjudice écologique** « consistant en une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement ». Sa réparation s'effectue par priorité en nature.

Difficultés de mise en œuvre

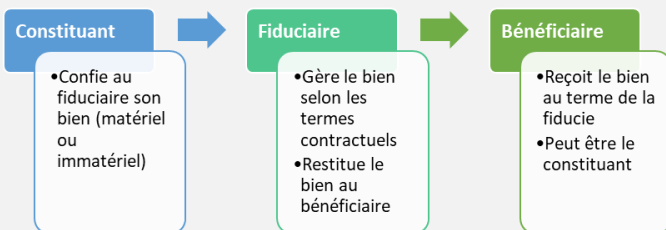
S'il existe un certain recul concernant la compensation *ex ante* qui est effectivement mise en œuvre, tel n'est pas le cas de la compensation *ex post* puisque le régime de responsabilité environnementale de la DRE n'a encore jamais reçu d'application en France, et le préjudice écologique, bien qu'ayant initialement été créé par la jurisprudence, demeure une nouveauté législative et est amené à prendre de l'ampleur.

Cependant, certaines problématiques liées à l'*ex ante* sont vraisemblablement transposables à l'*ex post*, les mécanismes de réparation en nature n'étant pas différents.

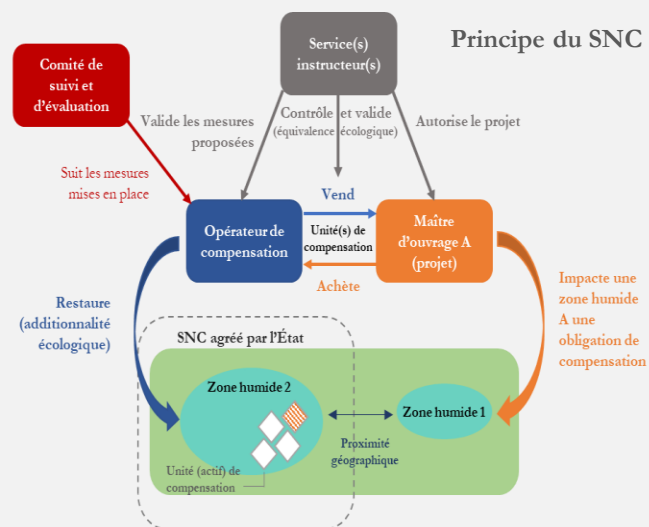
- ❖ Absence de mise en œuvre / mise en œuvre lacunaire de la séquence ERC.
- ❖ Complexité de la mise en œuvre des mesures, liée not. à :
 - La potentielle concurrence entre compensation et conservation.
 - Les métriques utilisées.
 - L'équivalence écologique (et la flexibilité).
 - La maîtrise foncière (et la question agricole).
 - L'obligation de résultat (spécifique à l'*ex ante*).
 - La géolocalisation des mesures compensatoires (spécifique à l'*ex ante*) et l'inventaire des sites de compensation.
 - L'articulation entre le régime de la DRE et le préjudice écologique (seuils de déclenchement).

Outils de mise en œuvre

Les formes « traditionnelles » de mise en œuvre des mesures compensatoires incluent notamment l'acquisition foncière, le bail emphytéotique, le conventionnement (baux ruraux environnementaux, prestation de services). D'autres outils ont toutefois fait leur apparition: les **sites naturels de compensation -SNC-** et les **obligations réelles environnementales** (Loi biodiversité), et la **fiducie environnementale**.



Principe de la fiducie



Adapté de Dervern (n.d.)

Retours d'expérience: compensation écologique et projet de territoire

9 entretiens d'acteurs:
bureaux d'études, DREAL,
ARB, avocats, aménageurs

Les retours d'expérience partagés ont mis en avant des causes d'un manque d'intégration de la compensation écologique à des projets de territoire mais ont également apporté des solutions.

Causes d'un manque d'intégration de la compensation dans un projet de territoire

1 Manque d'anticipation des besoins de compensation

- ❖ **De la part des porteurs de projets:** pas d'anticipation en amont; fonctionnement par opportunisme (foncier), pas de prise en compte de la trame verte et bleue (TVB).
- ❖ **De la part des services de l'État:** dysfonctionnements interservices; avec l'autorisation unique, échanges en amont pour plus de cohérence des mesures exigées.
- ❖ **De la part des collectivités territoriales:** cela résulte de l'absence d'application de la séquence ERC aux plans et programmes.

2 Non-respect de la réglementation applicable

- ❖ **Non-respect variable en fonction de la taille des projets:** infrastructures lourdes; projets locaux; petits projets soumis à permis d'aménager.
- ❖ **Absence de poursuites,** not. pénales (procureurs non formés au droit de l'environnement); renforcement du pouvoir de police depuis l'AFB.
- ❖ **Non-respect par les collectivités territoriales:** défaut d'application de la séquence ERC aux plans et programmes / permis d'aménager.
- ❖ **Divergences d'interprétation,** en particulier concernant l'obligation de résultat pour l'*ex ante*.
- ❖ **Conséquences possibles:** application du régime du préjudice écologique (*ex post*) en cas de non-respect des obligations *ex ante*.

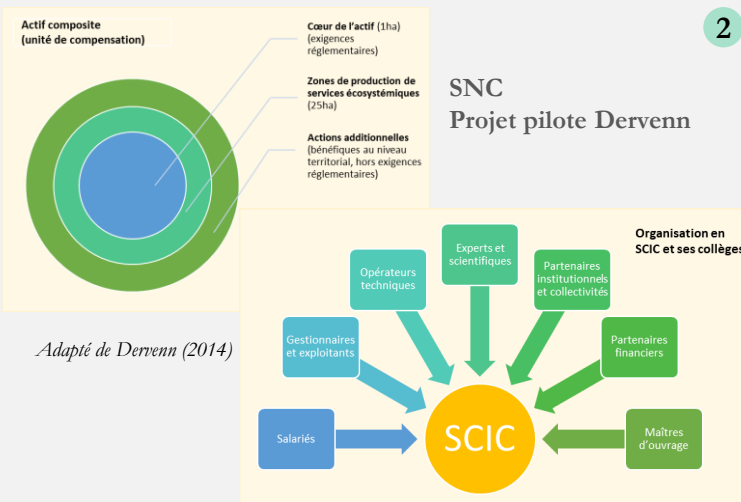
Solutions pour une meilleure intégration de la compensation dans le territoire

1 Un meilleur respect de la réglementation

- ❖ **Sensibilisation des acteurs,** en particulier collectivités territoriales et porteurs de projets.
- ❖ **Application de la séquence ERC aux documents de planification,** et ce de manière généralisée.
- ❖ **Prise en compte des effets cumulés de plusieurs projets:** réflexion nécessaire à l'échelle du territoire; document cadre en cours d'élaboration par l'UPGE; projet pilote en Corse porté par ECO-MED.
- ❖ **Engagement de poursuites:** not. si pas de transaction pénale et en fonction de l'opportunité des poursuites.

2 Utilisation des nouveaux outils et partenariats

- ❖ **Les SNC:** nécessité de les penser à l'échelle du territoire, spatialement et en matière de gouvernance pour créer une dynamique territoriale (ex. projet pilote de Dervenn).
- ❖ **La fiducie environnementale** (p.ex. Hélios Fiducie) : lien avec les documents d'urbanisme et notamment la TVB; compatible avec le mécanisme de SNC.
- ❖ **Les (autres) partenariats:** pour not. une sécurisation et concertation sur l'affectation du foncier. Ex.: Archipel (Biotope et SAFER IdF), Foncier Valorisation (O.G.E, EACM, Comité des forêts).



3 Initiatives territoriales innovantes

- ❖ **Démarche prospective de collectivités territoriales:** étude et cartographie du fonctionnement du territoire; application ERC; identification d'espaces de compensation (p.ex. Pays de Rennes, Bordeaux Métropole).
- ❖ **Initiatives privées:** compensation « large » des impacts globaux sur un territoire et compensation volontaire:
 - SNC de Dervenn et ses actions additionnelles.
 - Fonds d'Intervention pour le Patrimoine Naturel (**FIPAN®**): outil de gouvernance territoriale rassemblant les acteurs locaux, hors intervention des pouvoirs publics.
 - La Responsabilité Sociétale Territoriale et Bioinspirée (**RSTB®**) de Reizhan: approche territoriale de la RSE.

Conclusions

- ❖ Il n'y a de recul qu'en ce qui concerne la compensation écologique *ex ante*, l'*ex post* n'ayant pas réellement été mise en œuvre à ce jour.
- ❖ Les mécanismes techniques de réparation en nature ne diffèrent pas entre compensation *ex ante* et *ex post*.
- ❖ L'anticipation est déterminante pour qu'il y ait une véritable prise en compte de la compensation écologique dans un projet de territoire, ce qui semblerait favoriser la compensation *ex ante*.
- ❖ Cependant, en réalité, l'intégration ou non de la compensation dans un projet de territoire est plus influencée par:
 - La (mé)connaissance des exigences réglementaires par les collectivités et porteurs de projets (respect ou non de la séquence ERC et mise en œuvre effective des mesures); et
 - Les modalités de mise en œuvre de la compensation: rien ne s'oppose à ce que les SNC, la fiducie et l'obligation réelle environnementale soient utilisés aussi bien pour l'*ex ante* que pour l'*ex post*.
- ❖ Concernant les outils de mise en œuvre, l'intégration territoriale dépendra de la manière dont ces outils sont pensés, notamment en termes de gouvernance.
- ❖ Il peut exister une passerelle entre les deux types de compensation: les régimes du préjudice écologique ou de la responsabilité environnementale pourraient trouver à s'appliquer en cas de non respect des exigences de compensation *ex ante*.
- ❖ Certaines questions mériteraient d'être approfondies:
 - Quel est l'échelon territorial le plus adéquat?
 - Quel impact a l'exigence d'une compensation stricte sur l'intégration dans un projet territorial?
 - Comment favoriser l'acceptabilité sociale des mesures compensatoires?
- ❖ D'autres éléments qu'il conviendrait de considérer sont:
 - La finitude de l'espace et les conséquences d'un déficit d'espaces pouvant être utilisés pour la compensation.
 - La mise en cohérence de la compensation avec l'écologie industrielle territoriale.
 - L'établissement d'un zonage spécifique dans les documents d'urbanisme propre à l'articulation entre compensation et TVB.

Pour aller plus loin

- Dervenn, Projet pilote de SNC [« Sous-bassin versant de l'Aff »](#)
- Site de l'UPGE: <http://www.genie-ecologique.fr/>
- Partenariat Archipel: www.archipel-biodiversite.fr
- Partenariat Foncier Valorisation: www.foncier-valorisation.fr
- Hélios Fiducie: www.helios-avocats.com/helios-fiducie
- FIPAN®: www.fipan.fr
- La [RSTB®](#) de Reizhan

Bibliographie

- Cantuarias-Villessuzanne C., 2018.** Les sites naturels de compensation. Comité national de l'expérimentation d'offre de compensation. CGDD.
- Dervenn, 2014.** Engagement relatif à l'offre de compensation « Sous-bassin versant de l'Aff ».
- Dervenn, n.d.** Compensation par l'offre : quelles différences avec la compensation à la demande ?
- Martin-Ortega J., Brouwer R. et Aiking H., 2011.** Application of a value-based equivalency method to assess environmental damage compensation under the European Environmental Liability Directive. *Journal of Environmental Management*, 92: 1461-1470.

Contact

E-mail: kath.sales@gmail.com
 LinkedIn: www.linkedin.com/in/katherinesales

