



## Compensation et obligation réelle environnementale

L'ORE a pour finalité le maintien, la conservation, la gestion ou la restauration d'éléments de la biodiversité ou de fonctions écologiques (C. env., art. L. 132-3, al. 1).

Atteindre cet objectif ne consiste pas à sanctuariser un terrain et y interdire toute activité voir toute présence humaine. La protection et la mise en valeur de la biodiversité résultent d'actions concrètes, régulières, souvent techniques et nécessitent des moyens financiers importants.

La prise de conscience écologique s'est aujourd'hui généralisée mais elle reste encore insuffisante pour permettre l'essor de ce nouvel outil juridique. La loi biodiversité du 8 août 2016 comporte des dispositions contribuant au financement nécessaire pour reconquérir la biodiversité<sup>1</sup>.

Elle crée d'abord un chapitre dénommée « COMPENSATION DES ATTEINTES A LA BIODIVERSITE ». Ces dispositions imposent aux maîtres d'ouvrage dont le projet occasionne des atteintes à la biodiversité, de les compenser avec un objectif d'absence de perte nette, voire de gain de biodiversité.

Elle dispose ensuite que les obligations réelles environnementales peuvent être utilisées à des fins de compensation (C. env., art. L. 132-3, al. 2). Cette disposition est d'une importance majeure pour le développement de cet outil.

### ① Qu'est-ce que la compensation écologique ?<sup>2</sup>

Si les atteintes à l'environnement ne peuvent être ni évitées ni réduites, elles doivent être compensées. L'obligation de compensation écologique existe depuis plus de quarante ans (A) mais a été récemment renforcée (B).

#### A - La compensation écologique : un principe général repris dans des réglementations spécifiques

La séquence "éviter, réduire, compenser" résulte de la loi sur la protection de la nature du 10 juillet 1976, ayant créé l'étude d'impact préalable à la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages susceptibles de porter atteinte aux milieux naturels. Depuis, le dispositif a été complété (C. env., art. L. 122-1 à L. 122-3-4 et R. 122-1 à R. 122-14). Il comporte aujourd'hui une évaluation environnementale comprenant une étude d'impact des incidences sur l'environnement<sup>3</sup>. Le législateur énumère les projets relevant de l'évaluation environnementale, en distinguant ceux qui y sont systématiquement soumis et ceux qui y sont soumis après examen au cas par cas (C. env., art. R. 122-2). L'étude d'impact comprend notamment les mesures envisagées pour éviter, réduire et, si possible, compenser les conséquences dommageables pour l'environnement (C. env., art. L. 122-3, II, 2°, c). Le maître de l'ouvrage joint une description des mesures envisagées pour la protection de l'environnement et pour leur suivi. En cas d'absence de mesure de compensation, le maître de l'ouvrage est tenu d'en justifier l'impossibilité (C. env., art. R. 122-5, II, 8°). L'étude d'impact comportant un volet réducteur et compensatoire aux atteintes écologiques s'applique également à la réglementation propre aux ICPE (C. env., art. R. 512-8), aux continuités écologiques (C. env., art. L. 371-2) et aux schémas régionaux de cohérence écologique (C. env., art. L. 371-3)<sup>4</sup>. Son objectif est d'informer l'administration et le public des effets néfastes du projet sur l'environnement. Par ailleurs, pour autoriser le projet, l'autorité compétente

1. L. n° 2016-1087, 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages : JO 9 août 2016, texte n° 2.

2. Ch. LE GUYADER et M.-L. TREFFOT, Des différentes compensations aux atteintes aux milieux naturels : la compensation écologique : JCP N 2018, n° 16, 1172. Avec l'aimable autorisation des éditions Lexisnexis.

3. L'évaluation environnementale porte sur les incidences directes et indirectes d'un projet sur les facteurs suivants : la population et la santé humaine, la biodiversité, en accordant une attention particulière aux espèces et aux habitats protégés, les terres, le sol, l'eau, l'air et le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel et le paysage et l'interaction entre tous les facteurs précédents.

4. Ces deux derniers dispositifs forment des outils d'aménagement de la trame verte et bleue, dont l'objectif est notamment de permettre le déplacement des espèces (C. env., art. L. 371-1 et s.).



prend en considération l'étude d'impact (C. env., art. L. 122-1-1). L'absence d'étude d'impact empêche la délivrance de l'autorisation administrative.

La séquence "éviter, réduire, compenser" ne se limite pas à l'étude d'impact. Le législateur l'a reprise dans plusieurs réglementations spécifiques :

- la protection des sites Natura 2000 (C. env., art. L. 414-4 et s. et R. 414-19 et s.) ;
- la protection des espèces de faune et de flore sauvage (C. env., art. L. 411-1 et s. et R. 411-1 et s.) ;
- la protection des milieux aquatiques et humides (C. env., art. L. 214-1 et s. et R. 214-1 et s.) ;
- les mesures de réparation des dommages environnementaux (C. env., art. L. 162-9)<sup>5</sup>.

Il n'existe pas de cadre réglementaire commun. Par ailleurs, la finalité de la compensation varie d'un texte à l'autre<sup>6</sup>. En effet, chacune de ces législations s'intéresse à la protection d'un élément patrimonial spécifique et la compensation n'est pas ici envisagée comme une protection générale des milieux qualifiés d'ordinares<sup>7</sup>.

L'effectivité des mesures de compensation visées par toutes ces dispositions est relative, aucune mesure d'accompagnement, de méthode, de contrôle et de sanction n'étant prévue.

## B - Le renforcement de l'obligation de compensation écologique pour la reconquête de la biodiversité

Face à l'efficacité très limitée des dispositifs protecteurs des milieux naturels, l'obligation de compensation a été récemment renforcée<sup>8</sup>.

Le législateur rappelle d'abord le principe d'action préventive et de correction des atteintes à l'environnement déjà existant. Ce principe implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit ; à défaut, d'en réduire la portée ; enfin, en dernier lieu, de compenser les atteintes n'ayant pu être évitées ni réduites. L'objectif visé est l'absence de perte nette de biodiversité, voire un gain de biodiversité (C. env., art. L. 110-1, II, 2°). Par ailleurs, l'objectif d'absence de perte nette concerne tant la biodiversité ordinaire que celle dite "patrimoniale", résultant des milieux naturels rares et des espèces protégées. Alors que rien n'est précisé concernant les opérations d'évitement et de réduction censées être primordiales, la compensation fait l'objet de règles nombreuses et détaillées (C. env., art. L. 163-1 à L. 163-5)<sup>9</sup>.

Le champ d'application de la compensation existante n'est pas étendu puisque le législateur la limite à la compensation rendue obligatoire par un autre texte législatif ou réglementaire. Mais le législateur apporte à la compensation un cadre juridique plus contraignant favorisant sa mise en œuvre. La compensation ne se substitue pas aux mesures d'évitement et de réduction. Elle constitue la solution de dernier recours en cas d'atteinte à la biodiversité. Il s'agit aujourd'hui d'une obligation de résultat effective pendant toute la durée des atteintes (C. env., art. L. 163-1).

Tout n'est pas compensable. Si les atteintes à l'environnement ne peuvent être ni évitées, ni réduites, ni compensées de façon satisfaisante, le projet n'est pas autorisé en l'état (C. env., art. L. 163-1, I).

L'administration a la possibilité d'exiger la constitution de garanties financières destinées à assurer la réalisation des mesures de compensation. En cas de manquement à cette obligation, la procédure de consignation est appliquée (C. env., art. L. 171-8)<sup>10</sup>, indépendamment des poursuites pénales pouvant être exercées (C. env., art. L. 163-4, al. 4, 5 et 6).

## ② Comment se matérialise les mesures compensatoires ?

Le maître d'ouvrage, débiteur de l'obligation de compensation, est tenu de réaliser des mesures compensatoires concrètes (A). Un contrôle dans la durée assure leur efficacité (B).

5. Limitant la compensation à la réparation des dommages affectant les eaux et les espèces et habitats protégés (C. env., art. L. 161-1, I, 2° et 3°).

6. C. ETRILLARD, Espace rural – La compensation écologique : une opportunité pour les agriculteurs : RD rur. 2016, étude 10.

7. J.-C. VANDELDE, Les instruments d'évaluation des impacts sur la biodiversité : entre aménagement du territoire et conservation : le cas des grands projets ferroviaires, thèse, Université d'Orléans, 2014.

8. L. n° 2016-1087, 8 août 2016, pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages : JO 9 août 2016, texte n° 2.

9. B. GRIMONPREZ, La compensation écologique d'après la loi "biodiversité" : Dr. et patrimoine 2016, n° 263.

10. La procédure de consignation consiste à verser entre les mains d'un comptable public une somme correspondant au montant des travaux à réaliser. La somme consignée est restituée au fur et à mesure de l'exécution des travaux.



## A - La nature des mesures compensatoires

Les mesures compensatoires sont soumises au principe de l'équivalence écologique (C. env., art. L. 163-1, I). À ce titre, elles tiennent compte des espèces, des habitats naturels et des fonctions écologiques affectés. L'équivalence ne se limite pas à l'application d'un simple ratio de surface. Elle requiert une approche fonctionnelle consistant à évaluer et à comparer la fonctionnalité de la zone atteinte par le projet avec celle du terrain proposé pour la compensation<sup>11</sup>. Ainsi, une petite zone très fonctionnelle est de nature à compenser les atteintes portées à une grande zone l'étant peu, ou inversement. Par ailleurs, il est possible de mutualiser les surfaces, une même aire étant susceptible d'accueillir plusieurs types de mesures compensatoires<sup>12</sup>.

Les mesures de compensation sont mises en œuvre en priorité sur le site endommagé ou à proximité (C. env., art. L. 163-1, II, al. 4). Aucune précision n'est donnée sur la notion de proximité. Elle varie en fonction des milieux atteints<sup>13</sup>. Le maître d'ouvrage a l'obligation de s'assurer de la maîtrise foncière des zones supportant les mesures compensatoires.

À l'instar des principes d'équivalence et de proximité, la mise en œuvre technique de la compensation n'est pas précisément définie. S'il est certain que la compensation ne constitue pas un remplacement à l'identique<sup>14</sup>, certains auteurs considèrent toutefois que si la destruction porte sur une espèce ou un milieu rare, la compensation est inacceptable et le projet doit être refusé<sup>15</sup>. S'agissant de la restauration de milieux vivants, les effets sont parfois différents du résultat escompté initialement, indépendamment de la volonté du maître d'ouvrage. Des mesures d'ajustement sont d'ailleurs prévues pendant la phase effective de compensation. Dans cette hypothèse, l'atteinte du résultat escompté implique une certaine souplesse. L'administration bénéficie à ce titre d'une véritable liberté d'appréciation.

## B - Le contrôle des mesures compensatoires dans la durée

En cas de non-respect des mesures de compensation prévues, le maître d'ouvrage défaillant est mis en demeure d'y satisfaire dans un délai déterminé. En cas de non-respect de cette mise en demeure dans le délai imparti, les mesures prescrites sont exécutées d'office, en lieu et place du maître d'ouvrage et à ses frais (C. env., art. L. 163-4, al. 1 et 2). Par ailleurs, si les mesures de compensation sont insuffisantes au regard de l'équivalence écologique, des prescriptions complémentaires sont ordonnées (C. env., art. L. 163-4, al. 3). Des amendes et astreintes sont également susceptibles d'être infligées (C. env., art. L. 171-8).

Les maîtres d'ouvrage sont redevables de la mesure de compensation pendant toute la durée des atteintes (C. env., art. L. 163-1, I, al. 2). Cette obligation implique que la compensation soit effective avant toute destruction opérée par le maître d'ouvrage.

## ③ Comment le maître d'ouvrage peut exécuter ses obligations de compensation ?

Plusieurs systèmes permettent d'exécuter les mesures compensatoires, au choix du maître d'ouvrage. L'obligation de la compensation est susceptible d'être réalisée à la demande (A) ou par l'offre (B).

### A - La compensation à la demande

La compensation à la demande consiste à exécuter les actions demandées par l'administration.

Le maître d'ouvrage débiteur de l'obligation de compensation est en mesure d'y satisfaire directement (C. env., art. L. 163-1, II). Cette solution simple présente néanmoins deux inconvénients pour le maître d'ouvrage :

- il est rare qu'il dispose des compétences techniques nécessaires ;

11. A. VAN LANG, La loi biodiversité du 8 août 2016 : une ambivalence assumée : AJDA 2016, n° 42, p. 2381.

12. Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur la réalité des mesures de compensation des atteintes à la biodiversité engagées sur des grands projets d'infrastructures, intégrant les mesures d'anticipation, les études préalables, les conditions de réalisation et leur suivi, Rapp. Sénat n° 517, R. Dantec, 25 avr. 2017.

13. À l'inverse des mesures concernant les espèces protégées, les surfaces de boisement sont en général facilement compensées par le boisement de nouvelles surfaces, même assez lointaines.

14. Un arbre centenaire ne peut pas être replanté.

15. H. LEVREL et D. COUVET, Les enjeux liés à la compensation écologique dans le projet de loi "Biodiversité", Fondation de l'écologie politique, janv. 2016.



- il doit s'assurer de la maîtrise foncière des terrains supportant les mesures compensatoires.

La maîtrise foncière résulte :

- de l'acquisition du terrain ;
- ou d'un contrat conclu avec un propriétaire définissant la nature, la mise en œuvre et la durée des mesures de compensation. Si le terrain est loué ou utilisé par un tiers, ce dernier consent également au contrat (C. env., art. L. 163-2).

Le maître d'ouvrage a également la faculté de confier la réalisation des mesures de compensation à un tiers, dénommé "opérateur de compensation" (C. env., art. L. 163-1, II). Il s'agit d'une personne publique ou privée chargée de mettre en œuvre une obligation de compensation pour le compte de son débiteur légal et de la coordonner à long terme (C. env., art. L. 163-1, III). Le maître d'ouvrage est ainsi libéré des tâches matérielles et techniques. Néanmoins, il reste seul responsable de la réalisation des mesures compensatoires (C. env., art. L. 163-1, II, al. 2). La maîtrise foncière est assurée soit par le maître d'ouvrage, soit par l'opérateur de compensation.

## B - La compensation par l'offre

La compensation par l'offre est également une innovation de la loi pour la reconquête de la biodiversité. Elle permet au maître d'ouvrage d'acquérir des unités de compensation dans un site naturel de compensation (C. env., art. L. 163-1, II, al. 1)<sup>16</sup>.

Les sites naturels de compensation sont mis en place par des personnes publiques ou privées mettant en œuvre les mesures de compensation de manière anticipée et mutualisée (C. env., art. L. 163-3, al. 1). Conformément aux exigences légales, le site naturel support de la compensation est obligatoirement réhabilité avant le début des travaux du maître d'ouvrage. La compensation par l'offre permet d'optimiser un site naturel réhabilité grâce à la mutualisation. Un même site est en effet susceptible de compenser plusieurs projets portant atteinte à la biodiversité de façon différente. Le maître d'ouvrage est déchargé de la gestion matérielle et technique des mesures de compensation, ainsi que de la maîtrise foncière.

Préalablement à l'émission des unités de compensation, le site est agréé (C. env., art. L. 163-3, al. 2). En pratique, l'agrément porte tant sur la qualité de l'opérateur que sur le site lui-même<sup>17</sup>. Les personnes publiques ou privées souhaitant être agréées doivent disposer des capacités techniques et financières nécessaires à la réalisation des mesures compensatoires et justifier des droits sur les terrains d'assiette du site naturel de compensation (C. env., art. D. 163-1). Le dossier d'agrément comporte un rapport décrivant :

- l'état écologique initial du site ;
- l'état écologique final visé ;
- l'identification des habitats et espèces susceptibles de faire l'objet d'une compensation ;
- la composition, le nombre et le prix des unités de compensation ;
- les mesures écologiques envisagées permettant de justifier un gain écologique et les modalités d'évaluation de ce gain<sup>18</sup>.

Le dossier d'agrément comprend également la durée de l'engagement de l'opérateur et les raisons justifiant cette durée. La durée de validité de l'agrément est d'au minimum trente ans (C. env., art. D. 163-5).

Les mesures compensatoires sont nécessairement mises en œuvre avant la vente des unités de compensation correspondantes (C. env., art. D. 163-8, al. 1). Elles font l'objet d'un suivi et d'une évaluation. À cet effet, l'opérateur transmet chaque année un rapport à l'administration (C. env.,

16. La compensation par l'offre s'inspire des *mitigation banks* ou banques de compensation, mises en place aux États-Unis depuis les années 1990, particulièrement pour les zones humides. Contrairement au dispositif français, le maître d'ouvrage américain ne reste pas responsable des mesures compensatoires après paiement.

17. A ce jour, quatre sites de compensation par l'offre sont référencés, le plus important est la réserve d'actifs naturels de Cossure située en plaine de Crau initié par la CDC Biodiversité en 2008

18. A. n° DEVD1710756A, 10 avr. 2017, fixant la composition de demande d'agrément d'un site naturel de compensation prévu à l'article D. 163-3 du Code de l'environnement : JO 19 avr. 2017, texte n° 8.



art. D. 163-8, al. 2). L'agrément est modifié ou retiré si le site naturel de compensation ne remplit plus ses obligations (C. env., art. D. 163-7, al. 1). Un comité de suivi local du site est instauré sous la présidence du préfet de région (C. env., art. D. 163-9).

La compensation par l'offre ne déroge pas aux principes généraux de la compensation écologique, notamment à ceux d'équivalence écologique et de proximité. L'opérateur est assujéti aux mêmes obligations, notamment en ce qui concerne le caractère suffisant des mesures compensatoires envisagées et au résultat à atteindre. Il ne s'agit pas pour le maître d'ouvrage de solder ses obligations de compensation par un chèque, mais de contractualiser avec un opérateur ayant réalisé en amont la mesure compensatoire équivalente<sup>19</sup>.

La compensation par l'offre n'est qu'une modalité d'exécution de la compensation par le maître d'ouvrage. Il ne remplit pas son obligation en achetant des unités de compensation. Le maître d'ouvrage reste seul responsable à l'égard de l'administration (C. env., art. L. 163-1, II, al. 2). À ce titre, il est informé par l'administration de la mise en œuvre de la procédure de modification ou de retrait de l'agrément (C. env., art. D. 163-7, al. 3). Les conséquences d'un retrait d'agrément pour le maître d'ouvrage ne sont pas précisées. Or, la souscription d'une assurance par l'opérateur en cas de défaillance n'est pas obligatoire. Dans cette hypothèse, le maître d'ouvrage est contraint de trouver de nouvelles mesures compensatoires pour remplir l'obligation dont il n'est pas déchargé. À défaut, il encourt les sanctions prévues par le législateur.

La compensation par la demande ou par l'offre est mise en œuvre par le maître d'ouvrage de manière alternative ou cumulative (C. env., art. L. 163-1, II, al. 3). La dualité du système offre ainsi au maître d'ouvrage une souplesse bienvenue, favorisant l'accomplissement de ses obligations.

#### ④ Comment utiliser l'ORE à des fins de compensation ?

Le maître d'ouvrage ou l'opérateur de compensation doit avoir la maîtrise du terrain pour mettre en œuvre les mesures compensatoires.

Il peut en être propriétaire.

Il a également la possibilité de régulariser un contrat avec le propriétaire du terrain destiné à supporter les mesures compensatoires<sup>20</sup>. Si nécessaire, le locataire ou l'exploitant signe également ce contrat. Il définit la nature des mesures de compensation et leurs modalités de mise en œuvre, ainsi que leur durée (C. env., art. L. 163-2).

Enfin la maîtrise du terrain peut résulter d'une ORE sous réserve que ses conditions de formation soient remplies, notamment que le cocontractant de l'ORE relève d'une des personnes morales suivantes : une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement (C. env., art. L. 132-3, al. 1).

Il en résulte qu'il est interdit au maître de l'ouvrage, débiteur de mesures compensatoires de contracter une ORE avec un propriétaire afin de répondre directement à ses obligations<sup>21</sup>.

À l'inverse, le maître d'ouvrage, propriétaire du terrain où les mesures compensatoires seront mises en œuvre, a la faculté de conclure une ORE avec une collectivité publique, un établissement public ou une personne morale de droit privé agissant elle-même en qualité d'opérateur de compensation.

De même, sous réserve qu'il s'agisse d'une personne morale, un opérateur de compensation ne souhaitant pas acquérir le terrain nécessaire à son activité, peut contracter une ORE avec un propriétaire foncier.

Enfin, dans le système de la compensation par l'offre, il n'existe aucune règle imposant que le gestionnaire du site de compensation en soit le propriétaire.

19. JOAN CR 17 mars 2016.

20. Lequel contrat peut être authentique ou sous seing privé.

21. Le maître de l'ouvrage ne peut pas être considéré comme une personne morale de droit privé agissant pour la protection de l'environnement.



22. Ministère de la Transition Ecologique et Solidaire - Obligation réelle environnementale (ORE), Fiches de synthèse : <https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/sites/default/files/Guide-methodologique-obligation-reelle-environnementale.pdf>

La maîtrise du terrain d'un site de compensation agréée peut résulter d'une ou plusieurs ORE. Le gestionnaire en qualité de collectivité, établissement public ou personne morale de droit privé agissant pour le compte de l'environnement contracte l'ORE directement avec le propriétaire préalablement à l'agrément du site de compensation<sup>22</sup>.

Si les conditions de formation de l'ORE sont remplies, il est préférable de conclure une ORE plutôt qu'un contrat sous seing privé.

En effet, la compensation doit durer aussi longtemps que les atteintes portées à la biodiversité suite aux travaux conformément au principe de pérennité des mesures compensatoires instauré par la loi biodiversité. La pérennité des mesures compensatoires est essentielle à leur efficacité.

Les mutations successives du terrain risquent de compromettre la réalisation des mesures compensatoires, si le nouveau propriétaire n'en a pas connaissance.

L'obligation réelle environnementale, publiée au service de la publicité foncière est opposable aux propriétaires successifs. Elle offre donc les meilleures garanties pour pérenniser les mesures compensatoires.

Il est utile de prendre quelques précautions lorsque l'ORE est contractée dans le cadre de la compensation.

D'abord, il convient que l'ORE soit d'une durée au minimum équivalente à celle de la mesure compensatoire prescrite. Toutefois, il est possible de faire durer l'ORE au-delà des besoins de compensation et ainsi pérenniser plus longuement les engagements.

Ensuite, il est nécessaire de limiter au maximum les possibilités de révision et de résiliation. En effet, les obligations de compensation risquent de ne pas être respectées en cas de révision ou résiliation de l'ORE et la responsabilité du maître d'ouvrage débiteur des mesures compensatoires sera alors engagée.

### Comment utiliser l'ORE à des fins de compensation ?

