

COMPENSER LES ATTEINTES PORTÉES À LA NATURE ORDINAIRE : QUE DIT LE DROIT ?

Marthe Lucas (Université d'Avignon)

contact : marthe.lucas@univ-avignon.fr

Faut-il compenser les atteintes causées à la nature ordinaire ?

En 1976, date où l'étude d'impact et, avec elle, la séquence éviter, réduire, compenser (ERC) apparaissent en droit français, il n'est pas question de « nature ordinaire ». Notons que la législation actuelle n'utilise pas non plus cette terminologie. C'est pourquoi, nous reprendrons ici la définition de la nature ordinaire d'Aline Treillard : un compartiment imbriqué de nature sous influence humaine, dont les traits fonctionnels produisent des interactions mutuellement profitables. Elle désigne aussi bien des espaces communs non protégés comme des espaces en friche, délaissés, exploités, aménagés, que des espèces abondantes dont l'état de conservation a priori favorable répond en réalité à des degrés variés (2019). Cette définition converge avec celle qui a été construite dans le cadre du projet de recherche CompAg qui répond à trois critères : ne pas être remarquable, être peu complexe (au sens de l'écologie du paysage) et se structurer sur une dépendance forte aux activités humaines dans son histoire et son fonctionnement actuel (Pellegrin, 2018).

Quels intérêts à compenser ces atteintes ?

- Sur le plan écologique : la compensation de la nature ordinaire permettrait à certains écosystèmes ou espèces de ne pas devenir vulnérables à leur tour. Le déclin de la population des oiseaux dans les campagnes françaises en quelques décennies est un indicateur à garder en tête. La disparition de la biodiversité ordinaire reste trop invisible, ses conséquences également. Il vaut mieux anticiper et prévenir leur disparition en œuvrant pour leur reconstitution en cas d'impacts notables afin de se rapprocher de l'objectif d'absence de perte nette de biodiversité.
- Sur le plan technique : la compensation de ces atteintes semble davantage accessible en termes de technicité pour restaurer ou recréer des espaces moins spécialisés. Il est ainsi possible de concevoir une équivalence écologique plus souple que pour les espèces protégées pour lesquelles il existe une obligation de résultat quant à leur préservation (Lucas, 2015). L'équivalence écologique peut être interprétée en termes de fonctions écologiques, voire de ser-



Photo 1. Vallée, Cévennes. © Marthe Lucas

vices écosystémiques ce qui laisse plus de flexibilité qu'une approche spécimen par spécimen (voir fiche 2). Par ailleurs même si les résultats de compensation de milieux moins complexes ou non protégés demeurent emprunts d'incertitude, les conséquences en cas d'échec sont bien moindres. D'autres mesures pourront être réalisées dans la mesure où leur échec n'a pas produit des dommages irréversibles.

- Sur le plan des acteurs : davantage d'acteurs peuvent proposer des mesures compensatoires, y compris le secteur agricole, dans la mesure où leur mise en place et leur suivi ne nécessitent pas nécessairement des compétences poussées en écologie. Les terrains susceptibles d'accueillir de telles mesures compensatoires sont aussi plus nombreux et pourraient dans certains cas être compatibles avec une activité agricole.

Son fondement juridique : les textes relatifs à l'étude d'impact

En 1976, la loi relative à la protection de la nature institue le procédé de l'étude d'impact qui couvre les effets causés par un projet sur l'environnement. Sans définir officiellement ce qu'est l'environnement, la loi ainsi que le décret d'application qui s'en suit en 1977 obligent les porteurs de projet à ana-

lyser ses effets sur les sites et paysages, la faune et la flore, les milieux naturels et les équilibres biologiques, etc. L'évaluation des espèces côtoie ainsi celle des espaces. De son côté, la première directive européenne sur le sujet opte en 1985, pour un objet de l'étude à la fois plus succinct que le droit français (pas de mention des équilibres naturels par exemple) et plus large puisqu'elle implique l'étude de l'interaction entre les différents éléments listés. Six ans plus tard, la Convention d'Espoo de 1991 reprend cette terminologie. Littéralement, le caractère systémique de l'objet de l'étude d'impact permet donc en théorie de prendre en compte les effets sur la nature ordinaire suivant le droit français, communautaire et international (Lucas, 2021).

Si la formulation du contenu de l'étude d'impact a fait l'objet régulièrement de modification législative ou réglementaire¹, il n'en reste pas moins que la nature ordinaire en fait toujours partie. De fait, aujourd'hui, dans la majorité des cas, les études d'impact référencent correctement, au stade de l'état initial, l'ensemble des écosystèmes risquant d'être affectés, y compris les espèces banales, même s'il reste encore des marges d'amélioration en ce qui concerne notamment les insectes, les araignées, la faune du sol et par ailleurs la flore qui semble donner lieu à de moindres développements.

¹ Les facteurs susceptibles d'être affectés de manière notable par le projet sont : « la population, la santé humaine, la biodiversité, les terres, le sol, l'eau, l'air, le climat, les biens matériels, le patrimoine culturel, y compris les aspects architecturaux et archéologiques, et le paysage » (art. R122-5 C. env.).

Pourquoi la nature ordinaire a-t-elle disparue au stade de la pratique de la séquence ERC ?

Conformément au principe de proportionnalité de l'étude d'impact, la séquence éviter, réduire compenser ne porte pas sur tous les impacts d'un projet ou d'un plan, mais seulement sur les impacts « notables ». Alors que la séquence concerne l'ensemble des impacts notables sur l'environnement, la compensation a été exclusivement orientée sur les atteintes à la biodiversité. Cette caractéristique a été dès lors comprise dans un sens purement « qualitatif » : seules les atteintes susceptibles d'être causées aux espèces protégées sont listées dans l'étude d'impact et feront l'objet de mesures compensatoires (Guillet et al., 2019). Cette focalisation s'explique évidemment par l'état de vulnérabilité et de rareté de ces espèces et l'existence d'un statut juridique très protecteur (sanctions pénales, nécessité d'une dérogation en cas d'atteinte significative). Cependant, l'amalgame « effets notables » = « effets sur les espèces protégées » conduit par la négative à occulter ou à considérer comme systématiquement faibles les impacts sur le reste des écosystèmes. Par voie de conséquence, rares sont les mesures d'évitement, de réduction ou de compensation visant en pratique les atteintes portées à la nature ordinaire. L'absence de perte nette de biodiversité ne peut donc être atteinte. Pourtant, cette interprétation des textes repose sur un paradoxe selon lequel « plus les impacts sont compensables, moins ils sont compensés » (Regnery et al., 2013).

Un changement d'approche à promouvoir :

1) En s'appuyant sur les fonctions, voire les services écosystémiques rendus par ces écosystèmes

Autour des années 2010, la reconnaissance juridique des fonctions jouées par les écosystèmes a conduit à la prescription de mesures ERC spécifiques. Il est intéressant de noter que cette demande de compenser les fonctionnalités des écosystèmes est davantage le fait de législations sectorielles que celui du droit relatif aux études d'impact (Lucas, 2021).

Ainsi en est-il en matière de défrichement où depuis 2001, l'administration peut prescrire des boisements compensateurs dont le ratio sera calculé au regard des fonctions écologiques et sociales jouées par le bois défriché. En matière de zones humides, plusieurs schémas directeurs de gestion et d'aménagement des eaux (SDAGE) en vigueur de 2009 à 2015 constatant l'importance des fonctions hydrologiques et écologiques et leur déclin continu, préconisent le respect de la séquence ERC en cas de projets sur des zones humides. L'intérêt de ces schémas est double : d'une part, ils mettent l'accent sur un milieu ordinaire qui n'est pas expressément visé par les études d'impact ; d'autre part, certains SDAGE envisagent des modalités exigeantes de compensation (équivalence écologique, ratio surfacique plus élevé en cas de création d'une nouvelle zone humide) à une époque où la réglementation reste muette sur ces questions. Dans un autre registre, la création de la trame verte et bleue (TVB) s'est accompagnée de l'obligation complémentaire de prendre des mesures ERC en cas d'atteinte à la TVB nationale ou régionale (indépendamment du régime de l'étude d'impact). La nature ordinaire est alors être évaluée au regard de sa capacité à connecter des sites protégés (réservoirs de biodiversité) et d'assurer la viabilité des populations.

Il y a donc une évolution des textes vers la reconnaissance des fonctions écologiques voire dans une moindre mesure de services écosystémiques³ et concomitamment un appel à l'application de la séquence ERC. En pratique, c'est en matière de zones humides, que les effets sont le plus visibles, notamment – mais pas seulement – en vertu d'un contrôle plus précis du juge administratif grâce aux préconisations des SDAGE. Il s'agirait donc de s'appuyer sur ces textes afin de mettre davantage en avant les fonctions jouées par les milieux communs et justifier de l'intérêt d'éviter, réduire et compenser une partie de leur destruction. Mais les avancées de ces textes ne suffisant pas encore à changer les pratiques, il s'agit de proposer une autre approche du droit applicable.

2) En proposant une interprétation plus large du principe de proportionnalité

La nature ordinaire faisant partie de l'objet de l'étude

³ Le principe de prévention « implique d'éviter les atteintes à la biodiversité et aux services qu'elle fournit » (article L. 110-1 II 2) C. env.).

d'impact selon les textes, nous ne pensons pas qu'il faille proposer de rajouter cet item à la liste des facteurs à analyser au titre de l'article R. 122-5 du Code de l'environnement. Le principal point d'achoppement se situe réellement sur le caractère notable ou non des incidences. Là encore, il ne s'agit pas de supprimer cet adjectif car il n'est pas légalement attendu de compenser l'intégralité des impacts causés par un projet ou un plan. A cet égard, un parallèle peut être fait avec le droit de la responsabilité civile et plus particulièrement avec la prise en compte du préjudice écologique, défini comme «une atteinte non négligeable aux éléments ou aux fonctions des écosystèmes ou aux bénéfices collectifs tirés par l'homme de l'environnement.» (Art. 1247 C. civ.). L'adjectif « non négligeable » permet d'identifier un seuil à partir duquel le préjudice doit être réparé. En deçà de ce seuil, pour les dommages minimes, le dommage ne sera pas qualifié de préjudice écologique. Cette rédaction a été reconnue conforme à la Constitution (Cons. Const., 5 fev. 2021, n°2020-881 QPC).

L'utilisation de ces adjectifs, « notable », « non négligeable », n'intègre cependant pas automatiquement les impacts causés aux écosystèmes communs. Il semblerait intéressant de défendre auprès de l'ensemble des acteurs impliqués dans le processus d'évaluation environnementale une conception plus large du principe de proportionnalité, autrement dit une approche qui ne serait plus exclusivement tournée vers l'aspect qualitatif (présence ou non d'espèces protégées). Si la Cour de justice de l'Union européenne considère qu'un impact peut être notable même pour un petit projet, a contrario, comment l'impact qui concerne une surface importante en volume même sur une biodiversité commune peut ne pas l'être ? La contextualisation est primordiale. Ainsi le défrichement d'un boisement de 5 ha est minime si cette surface est rapportée à la surface totale d'un bois de 100 ha mais si le bois n'en fait que 10, cette atteinte constituera un impact notable (50 %). Cette approche pose ainsi la question du référentiel utilisé et de son historique (Lucas, 2021).

Cette approche quantitative sera d'autant plus percutante si elle se double d'une approche qualitative développée plus haut : l'habitat bien qu'ordinaire est exceptionnel du fait de son âge, de son impossibilité à être recréé ou de sa localisation à un point straté-



Photo 2. Cours d'eau, Gard. © Marthe Lucas

gique en termes de production de fonctions écologiques. Un habitat peut être commun au niveau national et en voie de disparition localement sans être protégé par voie réglementaire.

Il faut en tous les cas gommer le plus possible cette dichotomie nature ordinaire / nature protégée à l'image d'une décision de la CJUE qui reconnaît l'interdépendance des milieux : sans la première, la seconde disparaît. La Cour considère en effet que l'évaluation appropriée des incidences sur un site Natura 2000 emporte l'évaluation de toutes les espèces « présentes sur le site » (CJCE, 7 novembre 2018, C-461/17). En d'autres termes, il s'agit d'évaluer les impacts causés non seulement aux espèces qui ont justifié le classement en site Natura 2000, mais aussi aux espèces de la nature ordinaire dans la mesure où des atteintes à ces dernières « sont susceptibles d'affecter les objectifs de conservation du site ». L'effet notable s'apprécie donc au regard de toutes ces espèces.

À retenir

Mutualiser sans réduire les ambitions de la compensation : être vigilant sur la mutualisation des mesures compensatoires prévues pour des espèces protégées et supposées bénéficiant automatiquement à la nature ordinaire. La mutualisation des mesures de différentes natures est certes envisageable et déjà envisagée. Toutefois, il convient de démontrer clairement que les effets positifs de l'une correspondent aussi aux caractéristiques de l'ensemble de l'écosystème touché par le projet ou le plan. Il y a plusieurs entités et une grande diversité

de situations derrière le singulier « nature ordinaire » dont les intérêts ne sont pas forcément ceux de l'espèce protégée, objet des mesures compensatoires.

afin de contextualiser le cumul d'impacts sur la nature ordinaire.

Rendre les procédures existantes plus ambitieuses : l'application de la séquence ERC à la nature ordinaire devrait être mise en avant par l'ensemble des acteurs et à travers toutes les procédures existantes, que l'évaluation environnementale soit exigée pour un projet comme pour un plan ou un programme, dans le cadre d'une demande générique d'autorisation environnementale prévue par l'article L. 181-1 C. env. ou pour des autorisations spécifiques prises isolément (autorisation défrichement, dérogations Natura 2000, loi sur l'eau, ICPE, permis de construire). Les acteurs pourront s'appuyer le cas échéant sur des données objectives (taille du massif forestier ou celle de la zone humide affectée), éventuellement déjà intégrées dans un document juridique opposable (ex : continuités écologiques dessinées dans les SRADDET, diagnostic de la consommation d'espaces naturels, agricoles et forestiers dans le rapport de présentation des PLU)

Conclusion

Face aux enjeux globaux actuels, il est nécessaire de faire davantage de place à la nature en général dans l'étude d'impact et au-delà dans les décisions prises sur son fondement, peut-être à l'image de l'Allemagne (Bas et al). L'intégration de la nature ordinaire dans la séquence ERC, tout en respectant le principe de proportionnalité, aurait pour conséquence d'une part, de veiller à la reconstitution de ces milieux en évitant qu'ils deviennent extraordinaires demain, d'autre part, d'augmenter le coût des projets réalisés sur des espaces naturels ou agricoles ce qui pourrait avoir un effet dissuasif. Dans une perspective d'objectif de zéro artificialisation nette, on peut supposer qu'elle conduirait davantage les porteurs de projets et de plans à s'orienter sur des milieux plus urbanisés et qu'elle serait de nature à freiner le grignotage des espaces naturels, agricoles et forestiers et par là même à lutter plus efficacement contre la perte de biodiversité.

Pour aller plus loin ▶

BAS Adeline, IMBERT Inès, CLERMONT Sandra, REINERT Marie-Eve, BERTE Constance, CALVET Coralie, VAISSIERE Anne-Charlotte, « Approches anticipées et planifiées de la compensation écologique en Allemagne : vers un retour d'expérience pour la France ? », Revue Science Eaux & Territoires, « Éviter, réduire, compenser : et si l'on s'organisait à l'échelle des territoires ? », n° 31, 2020, p. 44 49, 15/01/2020.

GUILLET Fanny, LE FLOCH Claire et JULLIARD Romain, « Séquence Éviter-Réduire-Compenser : quelle biodiversité est visée par les mesures d'évitement ? », Sciences, Eaux & Territoires, INRAE, HS 58, 2019, p. 7

LUCAS Marthe, « De la place de la nature ordinaire dans les études d'impact françaises de 1976 à nos jours : un combat à mener », à paraître, 2021.

PELLEGRIN Claire, Durabilité forte et aménagement du territoire : Analyse empirique de la compensation écologique centrée sur la nature ordinaire et intégrant les agriculteurs, thèse de sciences économiques, dir. Claude Napoléone et Isabelle Doussan, Avignon, 2018.

REGNERY Baptiste, KERBIRIOU Christian, JULLIARD Romain et VANDEVELDE Jean-Christophe, « Sustain common species and ecosystem function through biodiversity offsets : response to Pilgrim et al. », Conservation Letters 6, 2013, p. 385 386.

TREILLARD Aline, L'appréhension juridique de la nature ordinaire, Thèse de doctorat, Université de Limoges, 2019.

Fiche 1 Compenser les atteintes portées à la nature ordinaire : que dit le droit ? (M. Lucas)

Fiche 2 Quels sont les services écosystémiques pouvant être fournis par les agro-écosystèmes conventionnels ? (T. Dutoit et C. Vidaller)

Fiche 3 Elaboration d'une méthodologie de diagnostic agro-écologique des exploitations agricoles (Y. Simon et T. Dutoit)

Fiche 4 Mobilisation des bases de données de capitalisation des mesures ERCA à des fins de recherche : limites et perspectives (S. Busson et A. Douai)

Fiche 5 Compensation écologique et nature ordinaire : une clef de détermination des espaces candidats et mode opératoire au sein du secteur agricole (C. Napoléone)

Fiche 6 Les mesures compensatoires portées par le secteur agricole : quelles exploitations, quelles mesures, quels changements écologiques ? (F. Guillet et S. Barral)

Fiche 7 Les mesures compensatoires portées par le secteur agricole : quels contrats pour quelles obligations ? (M. Combe, I. Doussan et M. Lucas)

Fiche 8 Quel contrat de compensation ? (M. Combe, I. Doussan et M. Lucas)

Fiche 9 Une approche de modélisation pour rechercher des solutions de compensation à l'échelle d'un territoire (R. Sabatier et L. Mouysset)

Fiche 10 Une approche de modélisation pour explorer des politiques de compensation ciblant les structures paysagères (R. Sabatier, I. Brunetti, T. Hazoumé, L. Mouysset)

Auteurs des fiches

Stéphanie Barral (INRAE), **Ilaria Brunetti** (INRAE), **Samuel Busson** (CEREMA), **Marius Combes** (Université Lyon 3), **Ali Douai** (Université Côte d'Azur), **Isabelle Doussan** (INRAE), **Thierry Dutoit** (CNRS), **Fanny Guillet** (CNRS), **Théophile Hazoumé** (Université Avignon), **Marthe Lucas** (Université Avignon), **Laurianne Mouysset** (CNRS), **Claude Napoléone** (INRAE), **Claire Pellegrin** (INRAE), **Rodolphe Sabatier** (INRAE), **Yannick Simon** (Université Paris Saclay - Terre de Liens), **Christel Vidaller** (Université Avignon)

Ce travail est issu d'une recherche interdisciplinaire financée par l'ANR, CompAg pour Offres agricoles de compensation et transition agroécologique (ANR-17-CE-32-0014) qui a mobilisé une vingtaine de chercheurs et trois partenaires privés (Agrosolutions, les Conservatoires des Espaces Naturels et Terre de Liens) entre 2018 et 2021.

