



Document	<b>RDAF 2014 I p. 535</b>
Auteur(s)	<b>Thierry Largey</b>
Titre	<b>Le cadre juridique des atteintes licites et illicites à la nature et au paysage</b>
Publication	<b>Revue de droit administratif</b>
Editeur	<b>Association Henri Zwahlen pour le développement du droit administratif et du droit fiscal</b>
Anciens Editeurs	
Maison d'édition	<b>Association Henri Zwahlen</b>

---

RDAF 2014 I p. 535

## **Le cadre juridique des atteintes licites et illicites à la nature et au paysage**

Thierry Largey

Assistant-diplômé à la faculté de droit de l'Université de Lausanne, titulaire d'une maîtrise en droit et d'une licence en biologie

---

RDAF 2014 I p. 535, 536

### **1. Introduction**

Le développement économique et technique, accompagné d'une augmentation sensible de la surface construite, a initié un mouvement populaire et politique en faveur de la protection de la nature dans la seconde partie du XXe siècle. Il s'est concrétisé par l'adoption de l'article 24sexies de l'ancienne Constitution fédérale, le 27 mai 1962, consacré à la protection de la nature et du patrimoine. Il a été remplacé depuis par l'article 78 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999 (Cst.<sup>1</sup>), dont la mise en oeuvre est assurée par la loi fédérale sur la protection de la nature et du paysage du 1er juillet 1966 (LPN<sup>2</sup>). Celle-ci connut de profondes modifications lors de l'acceptation par le peuple de l'initiative de Rothenthurm en 1987 et de son contre-projet indirect<sup>3</sup>. Les marais et les sites marécageux d'une beauté particulière et d'importance nationale bénéficient depuis lors d'une protection constitutionnelle. En

---

RDAF 2014 I p. 535, 537

---

<sup>1</sup> RS 101.

<sup>2</sup> RS 451.

<sup>3</sup> Nouvelle du 19 juin 1987, RO 1988 254; Message initiative de Rothenthurm, FF 1985 II 1449, p. 1470.

outre, la protection générale de tous les biotopes d'une certaine importance a été améliorée, avec l'adoption des articles 18a à 18d LPN.

Ni la Constitution ni la loi ne définissent les termes de «nature» et de «paysage», pas plus qu'elles ne circonscrivent clairement les atteintes qui déclenchent leur protection. La présente contribution a pour objectif de cerner et préciser ces notions, autrement dit de revenir sur les objets de la protection conférée en particulier par la législation précitée, mais également sur ses causes (2). Le cœur du texte reste toutefois consacré à la notion de protection elle-même. Celle-ci se révèle plurivoque, justifiant de la sorte de la décliner en deux approches complémentaires, l'une défensive, l'autre active (3). Opposée régulièrement à d'autres intérêts privés ou publics contraires, la protection n'est en principe pas absolue. Des atteintes à la nature et au paysage sont admissibles dans le cadre des règles fixées par le droit fédéral. Le régime de licéité des atteintes varie à la faveur des objets protégés et des bases légales en cause (4). Un principe de protection fait l'objet d'une attention particulière, car il en constitue une clé de voûte orientée vers le maintien d'un équilibre écologique global. Il revêt à ce titre une importance pratique marquée, bien que son mécanisme de mise en œuvre soit parfois mal perçu par les praticiens. Dans la procédure ordinaire d'autorisation d'un projet, les atteintes qui portent préjudice aux valeurs d'une certaine importance ne peuvent être admises qu'assorties de «mesures compensatoires» (5). De telles mesures peuvent également être prévues en cas d'atteintes illicites portées à un objet protégé par la LPN. Il s'agit en ce cas de réparer le dommage causé, en application de l'art. 24e LPN (6).

## 2. La nature, le paysage, leurs atteintes: des notions juridiques indéterminées

### 2.1. La nature et le paysage

Sans apporter de définition à la notion de «nature», l'article 78 Cst. expose dans son titre une distinction entre nature et patrimoine, révélant l'existence de deux catégories de biens de l'environnement à protéger. Le *patrimoine* comprend les biens créés par l'homme, tels que les sites bâtis<sup>4</sup>. Par opposition aux biens culturels, il nous paraît que la notion de «nature», telle qu'elle résulte de l'article constitutionnel, peut se définir comme l'ensemble des biens de l'environnement dont l'ori-

---

RDAF 2014 I p. 535, 538

gine ne ressort pas du génie humain, du moins pas exclusivement. De la sorte, elle comprend également à notre sens les biens de l'environnement créés ou aménagés par l'homme, mais dont les processus vitaux lui sont principalement étrangers. Il s'agit en particulier des biotopes aménagés par l'homme sous l'empire de la LPN ou de l'art. 38a de la loi fédérale du 24 janvier 1991 sur la protection des eaux (LEaux<sup>5</sup>). Il s'agit également des espèces en milieu naturel issues d'une intervention humaine (sélection, croisement, génie génétique)<sup>6</sup>.

---

4 Message nCst., FF 1997 I 1, p. 256. Pascal Mahon, ad. art. 78 Cst., in: Petit commentaire de la Constitution fédérale, Jean-François Aubert/Pascal Mahon éd., Zürich/Bâle/Genève 2003, no 2.

5 RS 814.20.

6 Bien que l'Homme soit à leur origine, tous les processus vitaux qui les animent après leur création ou leur aménagement restent exclusivement naturels (évolution, colonisation végétale et animale pour les biotopes; reproduction, croissance pour les espèces). De la sorte, un étang artificiel qui se couvre de végétation et abrite de la faune acquiert le statut objectif de biotope. Selon la qualité des espèces présentes, il peut devenir digne de protection, voire être protégé. Il en va de même des aménagements dans un biotope existant. Son artificialisation partielle n'en retire pas la naturalité dès lors que les processus vitaux qui l'animent restent naturels. Ce raisonnement suit par analogie celui du Tribunal fédéral en matière de «forêt parc», plus précisément de parc devant être considéré comme une forêt en l'absence d'arbres et d'aménagements caractéristiques (voir à ce propos TF du 25 février 1997 1A.107/1996, c. 3 = ZBI 99/1998, p. 123 = RDAF 1998 I 593; TF du 16 juillet 2002 1A.208/2001, c. 3.2-3.5 = ZBI 104/2003, p. 491 = RDAF 2004 I 735). Il s'agit alors d'une création humaine soumise à des processus vitaux naturels.

A dessein, le législateur a renoncé à recourir à une définition systématique de la nature. Il se contente de proposer une liste non exhaustive d'objets en faisant partie: paysages, monuments naturels, faune, flore, milieu naturel, etc<sup>7</sup>. De cette manière, l'ordre juridique peut évoluer et absorber aisément les développements scientifiques et l'évolution de la société<sup>8</sup>. Dans la systématique de la LPN et de l'ordonnance fédérale sur la protection de la nature et du paysage (OPN<sup>9</sup>), le concept de nature se décline en trois notions juridiques indéterminées:

1° Le *paysage* fait référence au sentiment de bien-être éprouvé dans un lieu avec lequel nous pouvons nous identifier. Il se rapporte aux traditions, à la culture, à la mentalité de l'époque et du lieu<sup>10</sup>. Le Tribunal fédéral le définit comme «un territoire d'une certaine étendue qui forme néanmoins une unité en raison de certains traits ori-

---

RDAF 2014 I p. 535, 539

ginaux»<sup>11</sup>. Dans la Convention européenne du paysage du 20 octobre 2000<sup>12</sup>, le paysage désigne «une partie du territoire telle que perçue par les populations, dont le caractère résulte de l'action de facteurs naturels et/ou humains et de leurs interrelations». Cette dernière définition lui reconnaît un caractère évolutif, ainsi qu'une dimension holistique conférant à sa globalité une valeur supplémentaire pour les personnes<sup>13</sup>.

2° Le *biotope*, exprimé par la notion de milieu naturel à l'article 78 al. 4 Cst., est défini par le Tribunal fédéral comme un «espace vital suffisamment étendu, exerçant une certaine fonction»<sup>14</sup>. Il s'agit alors d'une notion objective reposant sur ses propriétés matérielles et fonctionnelles. Le biotope se distingue par son caractère écosystémique à travers lequel il constitue le support de la vie de la faune et de la flore ainsi qu'un élément de sa protection<sup>15</sup>. Parmi les biotopes, la végétation des rives<sup>16</sup>, la forêt<sup>17</sup> et les marais<sup>18</sup> font l'objet de règles spéciales.

3° Dans sa volonté de protéger la faune et la flore, l'article 78 al. 4 Cst. vise la préservation des espèces, non celle d'animaux ou de plantes individuelles<sup>19</sup>.

---

7 Sur la notion de nature, voir Pascal Mahon (note 4), ad art. 78 Cst., no 2; Thomas Fleiner-Gerster, ad art. 24sexies, in: Commentaire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, Jean-François Aubert/Kurt Eichenberger/Jörg Paul Müller/René A. Rhinow/Dietrich Schindler éd., Zürich 1997, no 5; Jean-Baptiste Zufferey, Le fondement constitutionnel et la systématique de la LPN, in: Commentaire LPN, Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahr-länder éd., Zürich 1997, no 8. Il convient de souligner que le message accompagnant l'adoption de la Cst. du 18 avril 1999 définit de manière tautologique la protection de la nature, en tant que protection de «certains biens de l'environnement naturel» (Message nCst., FF 1997 I 1, p. 256).

8 Jean-Baptiste Zufferey (note 7), no 8.

9 RS 451.1.

10 Jean-Baptiste Zufferey (note 7), no 14; Thomas Fleiner-Gerster, (note 7), ad. art. 24sexies, no 5.

11 ATF 90 I 334, c. 3a = JdT 1965 I 529.

12 RS 0.451.3 (entrée en vigueur en Suisse le 1.6.2013).

13 Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen, Reconstitution et remplacement en protection de la nature et du paysage, Guide de l'environnement No 11, OFEV, Berne 2002, p. 86.

14 ATF 121 II 161, c. 2b/bb; ATF 116 Ib 203, c. 4b.

15 Jean-Baptiste Zufferey (note 7), no 81; Anne-Christine Favre/Fabia Jungo, La protection de la forêt, des biotopes et du paysage, RDAF 2008 I 307, p. 327.

16 Karine Sidi-Ali, La protection des biotopes en droit suisse – Etude de droit matériel, Genève/Zürich/Bâle 2008, p. 163. L'art. 21 al. 1 LPN fait à ce titre référence aux «formations végétales».

17 Loi fédérale sur les forêts du 4 octobre 1991 (LFo - RS 921.0); Ordonnance fédérale sur les forêts du 30 novembre 1992 (OFo - 921.01).

18 Art. 23a LPN complété par l'ordonnance fédérale sur la protection des bas-marais d'importance nationale du 7 septembre 1994 (OBM - RS 451.33) et l'ordonnance fédérale sur la protection des hauts-marais et des marais de transition d'importance nationale du 21 janvier 1991 (OHM - RS 431.32).

19 Jean-Baptiste Zufferey (note 7), no 75; Thomas Fleiner-Gerster (note 7), ad. art. 24sexies, no 29. La protection d'individus particuliers de la faune ou de la flore peut être réalisée par celle des curiosités naturelles de l'art. 3 LPN. Voir à ce propos Thomas Fleiner-Gerster (note 7), ad. art. 24sexies, no 17.

## ***2.2. Les atteintes, catalyseurs de la protection de la nature et du paysage***

### ***2.2.1. La protection de la nature, entre principes de prévention et de précaution***

La nécessité de protéger la nature et le paysage suppose l'existence constatée ou prévisible, dans certaines circonstances, d'un trouble qu'il s'agit de prévenir, écarter ou réparer. La protection s'inscrit alors pleinement dans le *principe de prévention* par lequel les atteintes doivent être limitées<sup>20</sup> par des obligations de non-faire et des mesures d'entretien. Dans certains cas, la protection ouvre également la voie à la *réparation du dommage* par des mesures de soin.

Sous le terme «*Vorsorgeprinzip*» tel qu'exprimé à l'article 74 al. 2 Cst. et à l'article 1 al. 2 de la loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (LPE<sup>21</sup>) se comprend un principe général d'anticipation qui englobe le principe de prévention, mais également le *principe de précaution*<sup>22</sup>. Celui-ci suppose qu'en cas de *risques graves ou irréversibles*, l'absence de *certitude scientifique absolue* quant aux atteintes ne doit pas être prétexte à remettre à plus tard *l'adoption de mesures effectives* visant à *prévenir* la dégradation de la nature et du paysage<sup>23</sup>. Selon le Tribunal fédéral, ce principe invite à ménager une marge de sécurité suffisante face aux atteintes mal connues, aux effets à long terme, imprévisibles ou incertains<sup>24</sup>.

Bien qu'il ne soit pas concrétisé expressément dans la législation en matière de nature et de paysage, ce principe s'exprime implicitement dans les articles 3 LPN et 18 al. 1ter LPN au travers d'un devoir général de diligence<sup>25</sup>. Pour le moins, il s'applique en tant que norme d'interprétation dans le cadre des décisions de l'autorité, en vertu de l'article 74 al. 2 Cst.<sup>26</sup>. Tant la LPN que la LFO n'excluent ainsi pas la prise en

considération des incertitudes dues à la complexité des processus naturels ou des relevés scientifiques.

Le Tribunal fédéral considère que les atteintes possibles et l'importance de l'objet affecté doivent pouvoir être estimées de manière «fiable» («*zuverlässig*»). La menace de perte de valeur doit être effectivement connue, ou pour le moins son ampleur doit pouvoir être estimée<sup>27</sup>. Cette approche ne fait pas obstacle au *principe de précaution*, mais pose des limites à sa portée.

<sup>20</sup> Josef Rohrer, Les concepts: la protection de la nature, du paysage, du patrimoine et des monuments, in: Commentaire LPN, Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer éd., Zürich 1997, no 11; Heribert Rauch/Arnold Marti/Alain Griffel, Umwelt-recht, Zürich 2004, no 95.

<sup>21</sup> RS 814.01.

<sup>22</sup> Fabia Jungo, Le principe de précaution en droit de l'environnement avec des perspectives de droit international et de droit européen, Genève/Zürich/Bâle 2012, p. 127, avec les références citées.

<sup>23</sup> ATF 132 II 305, c. 4.3; TF du 16 mars 2011 1C\_272/2010, c. 5.

<sup>24</sup> ATF 117 Ib 28, c. 6a = JdT 1993 I 460; ATF 124 II 219, c. 8a = JdT 1999 I 776; ATF 126 II 399, c. 4b = JdT 2001 I 704. Fabia Jungo (note 22), p. 122.

<sup>25</sup> Fabia Jungo (note 22), p. 127; Ursula Marti, Das Vorsorgeprinzip im Umwelt – Am Beispiel der internationalen, europäischen und schweizerischen Rechtsordnung. Zürich 2011, p. 222 avec la note 1090.

<sup>26</sup> Fabia Jungo (note 22), p. 155, avec les références citées. L'ancrage du principe de précaution dans la Cst. lui confère un rayonnement à travers toute la législation sur la protection de l'environnement, y compris la protection de la nature et du paysage. Message nCst., FF 1997 I 1, p. 250.

<sup>27</sup> TF du 26 avril 2002 1A.173/2001, c. 4.6; Karl Ludwig Fahrländer, ad. art. 18, in: Commentaire LPN, Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer éd., Zürich 1997, no 27.



Au stade de l'évaluation de l'admissibilité d'une atteinte, la vraisemblance de celle-ci doit être estimée de manière suffisamment fiable pour établir si l'incertitude scientifique doit être prise ou non en considération lors de la pesée des intérêts prévue par le droit applicable. A ce titre, le dommage incertain doit être grave et apparaître comme intolérable (en étendue et intensité). La gravité doit pouvoir être au moins estimée, à l'instar de sa probabilité d'occurrence qui doit être au demeurant élevée<sup>28</sup>. Si le risque d'atteinte est retenu puis considéré comme admissible, le *principe de précaution* commande que des mesures compensatoires<sup>29</sup> soient ordonnées. Il s'agit alors de définir celles qui sont aptes à écarter ou limiter le dommage incertain, dans le cadre de la *meilleure protection possible*. Conformément au principe de proportionnalité, plus le potentiel de dommage est élevé (probabilité et intensité) et plus les mesures peuvent être sévères<sup>30</sup>. Il ne peut être en revanche question du *principe de précaution* pour les mesures visant la création (remplacement) ou la restitution (reconstitution) d'un objet détruit. Pour celles-ci, les atteintes doivent être certaines<sup>31</sup>. L'autorité peut néanmoins en exiger, sous réserve que le risque se réalise conformément à l'estimation.

Le cas des marais et sites marécageux d'importance nationale offre la particularité de ne tolérer aucune nouvelle atteinte et par conséquent de ne prévoir aucune pesée des intérêts pour décider si le dommage peut être admis ou non<sup>32</sup>. L'application du principe de précaution implique néanmoins une forme de balance des intérêts entre la vraisemblance du dommage et l'obligation de ne pas porter atteinte aux marais ou aux éléments caractéristiques des sites marécageux. Si la probabilité et la gravité de l'atteinte incertaine sont élevées, elle ne peut être admise, de même que le projet qui en est à l'origine. Au contraire, si le

---

**RDAF 2014 I p. 535, 542**

projet est autorisé et que le dommage incertain se produit, il n'existe aucun fondement permettant d'assortir l'autorisation à des mesures compensatoires. Cependant, dans la mesure où toute atteinte à des marais et sites marécageux est illicite, indépendamment du fait que l'activité qui la génère bénéficie d'une autorisation ou non, l'autorité peut, à notre sens, en ordonner la réparation en vertu de l'article 24e LPN<sup>33</sup>.

### **2.2.2. La notion d'atteinte à la nature et au paysage**

L'*atteinte* peut être définie comme un dommage matériel<sup>34</sup> causé à un bien de la nature, impliquant sa destruction ou sa dépréciation qualitative ou quantitative, partielle ou totale. Elle porte sur l'existence matérielle d'un biotope ou d'une espèce ou sur sa capacité de renouvellement, ainsi que sur les éléments matériels caractéristiques du paysage. Il s'agit d'une notion objective indépendante de toute appréciation juridique quant à sa licéité ou au degré de protection conféré au bien affecté. Elle ne se confond pas avec la notion d'atteinte définie à l'article 7 al. 1 de LPE, laquelle est bien plus large.

Parmi les atteintes sont particulièrement évoquées, dans certaines dispositions légales<sup>35</sup>, celles d'ordre technique. Sont de la sorte mises en évidence les atteintes issues d'interventions humaines résultant du recours à un procédé ou un instrument dont les impacts sont accrus par rapport à la seule présence de l'homme ou au

---

<sup>28</sup> Fabia Jungo (note 22), p. 138.

<sup>29</sup> Cf chapitre 5.

<sup>30</sup> Fabia Jungo (note 22), p. 138.

<sup>31</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 178.

<sup>32</sup> Cf chapitre 4.2.3.

<sup>33</sup> Cf chapitre 6.

<sup>34</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 111.

<sup>35</sup> Art. 18 al. 1ter LPN, art. 14 al. 6 OPN, art. 20 al. 1 et 3 OPN, mais également art. 6 LPN bien que la précision ne soit pas expressément apportée dans le texte légal.

fonctionnement propre du milieu naturel<sup>36</sup>. Cette notion couvre les atteintes issues des activités soumises à autorisation (autorisation de construire, d'exploiter, approbation de plans, concession, etc.), ainsi que les actes de planification classant un biotope dans une autre zone que la zone de protection, dans la mesure où les atteintes sont prévisibles et s'inscrivent dans la logique de l'affectation<sup>37</sup>. La doctrine<sup>38</sup> est partagée sur le point d'admettre ou non les activités non soumises à autorisation dans la notion d'atteintes d'ordre technique. Si des considérations pratiques liées à la difficulté d'exercer un contrôle semblent le dénier, rien n'empêche toutefois juridiquement de l'admettre, notamment dans l'application de l'article 24e LPN<sup>39</sup>.

---

RDAF 2014 I p. 535, 543

La loi forestière connaît un type particulier d'atteinte défini par tout changement durable ou temporaire de l'affectation du sol forestier: le *défrichement* (art. 4 LFo). Elle connaît également les *exploitations préjudiciables* à la forêt qui compromettent ou perturbent les fonctions ou la gestion forestière, sans constituer pour autant des défrichements (art. 16 LFo)<sup>40</sup>.

### 2.2.3. L'origine des atteintes

Le législateur, dans la genèse de la LPN, visait les seules atteintes issues des activités de l'homme. Il était pressé d'agir car «le développement impétueux de l'économie, de la technique et du trafic menace chaque jour davantage de déparer le visage de la patrie»<sup>41</sup>.

La protection des biotopes repose de manière originaire sur l'existence d'atteintes d'origine anthropique à prévenir. Cependant, l'affirmation que certains d'entre eux disposent d'une valeur intrinsèque particulière, impliquant qu'ils soient dignes de protection ou inventoriés, substitue au souci de l'origine de l'atteinte son existence objective effective ou probable. La protection évolue alors pour prendre en considération au surplus les atteintes d'origine naturelle. La LFo vise également les atteintes anthropiques (chapitre 2, art. 4 à 18 LFo), ainsi que certaines atteintes d'origine naturelle: les catastrophes forestières, les maladies, les parasites (art. 26 LFo) et le gibier (art. 27 al. 2 LFo).

Il est regrettable que les textes légaux relatifs aux paysages ne suivent pas davantage cette évolution de la protection de la nature, en particulier pour ceux d'importance nationale. La révision totale en consultation en 2014<sup>42</sup> de l'ordonnance fédérale concernant l'inventaire fédéral des paysages, sites et monuments naturels du 10 août 1977 (OIFP<sup>43</sup>) se limite aux atteintes d'origine humaine (interventions et utilisations), dans le nouvel article 7 consacré à la réparation des altérations. Il n'y a pourtant pas de raison d'écarter les atteintes d'origine naturelle, en particulier dans ce domaine.

Dans l'évaluation des atteintes, il doit être tenu compte de tous les effets induits isolément et collectivement sur la nature. Sont alors visées les *atteintes directes*, par exemple les destructions de biotopes, la dépréciation d'un paysage, la capture d'un animal protégé ou l'arrachage d'une plante menacée. Sont également concernées les *atteintes*

---

RDAF 2014 I p. 535, 544

---

<sup>36</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 111-112, avec la casuistique citée.

<sup>37</sup> ATF 118 Ib 485, c. 4 = JdT 1994 I 503; TF du 25 septembre 2003 in DEP 9/2003 811, c. 4.1.1; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 112.

<sup>38</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 113, *contra* Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 36.

<sup>39</sup> Cf chapitre 6.

<sup>40</sup> Voir à ce propos Message LFo, FF 1988 III 157, p. 182-183.

<sup>41</sup> Message LPN, FF 1965 III 93, p. 97.

<sup>42</sup> A propos de la révision en cours en 2014 de l'OIFP: <http://www.bafu.admin.ch/bln/13132/index.html?lang=fr>.

<sup>43</sup> RS 451.11.

*indirectes* telles que celles portées aux environs d'un biotope, l'intensification agricole ou l'usage de pesticides. Sont enfin à prendre en considération les *effets de synergie* tels que les extensions futures d'un projet avec ses propres atteintes, pour autant qu'une chaîne de causalité puisse être reconstituée<sup>44</sup>. Ces derniers effets sont expressément visés dans le projet de révision de l'OIFP en consultation, au nouvel article 6 al. 4: «... ou lorsqu'il est prévisible qu'une atteinte admissible en entraîne d'autres, il convient d'évaluer leurs effets cumulés sur l'objet.».

### 3. Les deux visages de la protection de la nature et du paysage

Le principe fondateur qui a guidé le législateur dans l'élaboration de la LPN est, dans le cadre fixé par l'article 78 Cst., de «protéger sur le plan fédéral nos beautés naturelles et les caractères particuliers que nous devons à notre histoire»<sup>45</sup>. La notion de *protection* supporte deux acceptions complémentaires<sup>46</sup>: l'une défensive, l'autre active.

#### 3.1. La protection défensive de la nature et du paysage

En premier lieu, la *protection* signifie la défense contre les influences qui peuvent s'opposer ou faire obstacle à l'accomplissement d'un objectif de protection déterminé, par une règle générale ou par un instrument formel de protection tels que les inventaires. Cette protection est transcrite dans des prescriptions d'interdiction assorties d'une *obligation totale ou partielle de non-faire*. Elle concerne tant les paysages (art. 3 et 6 LPN) que les biotopes (art. 18 al. 1 à 1ter LPN, art. 21 al. 1 LPN) et les espèces (notamment l'art. 20 LPN). Elle constitue en outre le fondement de la protection forestière, dans la LFo et dans l'OFo. La protection des eaux relève également de l'approche défensive. C'était le but même de l'ancienne loi fédérale du 8 octobre 1971 sur la protection des eaux contre la pollution (LPEP<sup>47</sup>), abrogée et remplacée depuis par la LEaux. Cette dernière reprend largement la protection défensive, notamment en interdisant le déversement de substances polluantes dans les eaux (art. 6 LEaux) ou le prélèvement total du débit dans certains cours d'eau (art. 29 ss LEaux).

---

RDAF 2014 I p. 535, 545

S'inscrit dans la protection défensive de la nature le thème de la licéité et de l'illicéité des préjudices causés à la nature et au paysage développé aux chapitres 4 à 6.

#### 3.2. La protection active de la nature et du paysage

En second lieu, la *protection* suppose le développement et l'aménagement de la nature par des mesures d'entretien ou de soin (par exemple la revitalisation). Elle se traduit par le biais de prescriptions entraînant une *obligation de faire* adressée aux collectivités publiques ou aux personnes privées.

Cette approche active et positive de la protection de la nature n'a été expressément introduite dans la LPN que tardivement, avec le développement de la protection des biotopes et des sites marécageux d'une beauté particulière. Elle se traduit notamment de manière impérative aux articles 18a et 18b LPN par lequel les cantons doivent prendre les mesures appropriées à la protection et l'entretien des biotopes d'importance nationale ou régionale. La forêt connaît également une protection active incluse dans les principes qui régissent sa gestion aux articles 20 ss LFo et 18 à 20 OFo.

---

<sup>44</sup> ATF 119 Ib 254, c. 10h = JdT 1995 I 460; TAF du 17 décembre 2007 A-2081/2006, c. 10.1.1.; Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 36; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 111 et 139.

<sup>45</sup> Message LPN, FF 1965 III 93, p. 97.

<sup>46</sup> Josef Rohrer (note 20), nos 11 et 20.

<sup>47</sup> RO 1972 958; Message LPEP, FF 1970 II 429.

Les eaux font également l'objet d'une protection active dont l'origine est récente. Elle s'inscrit en particulier dans la nouvelle du 11 décembre 2009<sup>48</sup> au travers de la détermination d'un espace réservé aux eaux (art. 36a LEaux), de la notion de revitalisation des eaux (art. 38a LEaux) ou de la lutte contre les éclusées (art. 39a LEaux). Ces dispositions légales complètent les mesures positives exigées par la loi fédérale sur l'aménagement des cours d'eau du 21 juin 1991 (LACE<sup>49</sup>).

Les espèces animales et végétales profitent avant tout d'une protection défensive. L'article 18 al. 1 LPN réserve néanmoins, de manière programmatique<sup>50</sup>, leur protection active par le biais de celle des biotopes (protection indirecte) et par l'entremise «d'autres mesures appropriées» (protection directe). Cette protection ne s'adresse toutefois qu'aux espèces que le droit fédéral ou cantonal protège, en particulier celles figurant aux annexes 2 et 3 de l'OPN. De manière potestative, la Confédération peut également prendre des mesures de réacclimatation d'espèces ne vivant plus en Suisse ou menacées d'extinction (art. 18 al. 3 LPN). Dans un registre semblable, le lâcher et la gestion

---

RDAF 2014 I p. 535, 546

d'animaux indigènes ou non indigènes sont possibles aux conditions posées par les articles 8 et 9 de l'ordonnance fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages du 29 février 1988 (OChP<sup>51</sup>).

La protection du paysage est de prime abord défensive, mais pas seulement. Si l'obligation de *ménager* de l'article 3 LPN et de l'article 6 LPN renvoie à la prévention des atteintes par des interdictions, elle implique également le devoir d'entretenir les objets protégés par des obligations de faire<sup>52</sup>. Dans le cas des paysages d'importance nationale, l'article 5 al. 1 let. f LPN prévoit que l'inventaire fédéral contienne «les propositions d'amélioration» des objets. Cette obligation n'a guère été remplie jusqu'à présent. Dans la révision en consultation en 2014 de l'OIFP, cette lacune de la mise en oeuvre de la protection active des paysages est partiellement comblée par le nouvel article 7 OIFP. Il y est précisé que les autorités compétentes examinent dans quelle mesure «des altérations existantes peuvent être réduites ou supprimées». Cet aspect n'est toutefois pas suffisamment exploité dans cette disposition puisqu'elle ne vise que les altérations relatives aux *interventions* et *utilisations* actuelles<sup>53</sup>. L'article 5 al. 1 let. f LPN ne fait pourtant pas obstacle à la valorisation des objets d'importance nationale par rapport à des atteintes passées ou des atteintes dont l'origine repose sur des phénomènes naturels. Le spectre de la valorisation doit être aussi large que possible, d'autant que les cantons disposent d'une large marge d'appréciation en la matière. C'est bien à cette conclusion que mène le renvoi du projet de rapport explicatif aux inventaires fédéraux de l'article 18a LPN et en particulier à l'article 8 de l'ordonnance fédérale sur la protection des zones alluviales d'importance nationale du 28 octobre 1992 (OZAIN<sup>54</sup>), lequel n'est pas limité quant à l'origine des atteintes.

La protection active de la nature et du paysage apparaît enfin là où elle est la moins attendue: au coeur de la protection défensive, grâce aux mesures compensatoires qui y imposent en dernier ressort des obligations de faire<sup>55</sup>.

---

RDAF 2014 I p. 535, 547

---

48 RO 2010 4285.

49 RS 721.100.

50 Sur le caractère programmatique de l'article 18 al. 1 LPN, voir Karl Ludwig Fahr-länder (note 27), ad. art. 18, no 6.

51 RS 922.01.

52 Anne-Christine Favre, ad. art. 3, in: Commentaire LPN, Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahr-länder éd., Zürich 1997, nos 8, 19 et 21.

53 Voir le projet de rapport explicatif concernant la révision totale de l'OIFP en consultation en 2014, p. 11.

54 RS 451.31.

55 Cf chapitre 5.

## 4. L'absence de protection absolue de la nature et du paysage

La protection de la nature et du paysage constitue l'une des composantes de la protection de l'environnement en général, à la différence qu'elle vise exclusivement à préserver les biens naturels existants pour eux-mêmes, en raison de leur valeur intrinsèque<sup>56</sup>. Elle n'est en général pas absolue<sup>57</sup>; toutes les atteintes ne sont pas d'emblée exclues. Une pesée des intérêts contraires en présence doit à cet égard intervenir afin d'évaluer l'admissibilité des atteintes<sup>58</sup>. Selon l'objet de la nature considéré, les conditions de l'atteinte licite apparaissent plus ou moins contraignantes.

### 4.1. Les atteintes licites aux paysages

#### 4.1.1. Les paysages dignes de protection

L'article 3 LPN prescrit une règle générale à observer lorsqu'un projet porte atteinte<sup>59</sup> à un paysage digne de protection. Seuls y sont assujettis les paysages qui revêtent une importance locale, régionale ou nationale, en vertu de l'article 4 LPN. Peu importe alors qu'ils soient ou non inventoriés<sup>60</sup>. Dans ces situations, la Confédération et les cantons doivent prendre soin, dans l'exercice d'une tâche fédérale<sup>61</sup>, de «ménager» son aspect caractéristique ou d'en «préserver l'intégrité» lorsque l'intérêt général prévaut<sup>62</sup>. Cela étant, leur conservation n'est pas absolue, mais fait appel à une pesée simple des intérêts afin que les mesures de protection respectent le principe de proportionnalité en n'allant pas au-delà de ce qu'exige la protection de l'objet<sup>63</sup>. La protection s'étend

---

RDAF 2014 I p. 535, 548

également aux territoires qui bordent l'objet et dont la destruction pourrait l'influencer directement ou indirectement<sup>64</sup>.

#### 4.1.2. Les paysages d'importance nationale

Les paysages d'importance nationale inventoriés sur la base de l'article 5 LPN (objets IFP) sont soumis au régime de protection accrue de l'article 6 LPN. Seules sont considérées les activités qui portent atteinte aux objectifs<sup>65</sup> de protection de l'objet. Les interventions qui n'ont pas d'effet sur la réalisation des objectifs de protection spécifiques aux objets sont admissibles, car elles ne représentent pas une altération

---

<sup>56</sup> Pascal Mahon (note 4), ad. art. 78 Cst., no 2; Thomas Fleiner-Gerster (note 7), ad. art. 24sexies, no 4.

<sup>57</sup> Le caractère relatif de la protection de la nature et du paysage s'exprime à deux égards. La protection ne vise que «certains» biens de l'environnement (Message nCst., FF 1997 I 1, p. 256) d'une part et, d'autre part, elle n'exclut en principe pas toute atteinte.

<sup>58</sup> Heribert Rauch/Arnold Marti/Alain Griffel, (note 20), no 580; Arnold Marti, Das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzgesetzes auf dem Prüfstand, RSJ 104/2008 81, p. 86, Arnold Marti, Hat das Schutzkonzept des Natur- und Heimatschutzgesetzes versagt?, DEP 7/2007 757, p. 765.

<sup>59</sup> Les atteintes peuvent désigner la destruction ou la dépréciation d'un paysage. Anne-Christine Favre (note 52), ad. art. 3, no 8.

<sup>60</sup> Message LPN, FF 1965 III 97, p. 106.

<sup>61</sup> L'art. 3 al. 1 se réfère directement à l'art. 2 LPN, mais également aux tâches fédérales énumérées dans d'autres parties de la LPN. Voir à ce propos Anne-Christine Favre (note 52), ad. art. 3, no 3.

<sup>62</sup> Sur ces notions, voir Anne-Christine Favre (note 52), ad. art. 3, nos 8 et 10.

<sup>63</sup> ATF 137 II 266, c. 4; TF du 14 juillet 2011 1C\_560/2010; TF du 26 mars 2013 1C\_491/2012; TAF du 15 août 2012 A-5374/2010, c. 12.1.

<sup>64</sup> ATF 115 Ib 311, c. 5e; ATF 112 Ib 297, c. 8 = JdT 1988 I 587; Jean-Baptiste Zufferey (note 7), no 9.

<sup>65</sup> La révision en cours en 2014 de l'OIFP introduit dans l'inventaire le contenu et les objectifs de protection spécifique de chaque objet (nouvel art. 1 al. 2 OIFP). Ce faisant, la protection des IFP s'en trouve renforcée et d'une certaine manière objectivée.

(une atteinte)<sup>66</sup>. Deux situations distinctes se présentent alors, en fonction du type d'activité préjudiciable.

En premier lieu, dans l'accomplissement d'une tâche cantonale, l'objet mérite «spécialement d'être conservé intact» (art. 6 al. 1 LPN). Cette condition n'emporte pas une interdiction absolue de modifier l'objet paysager, mais une obligation d'en conserver le caractère unique et la typicité qui lui confèrent l'importance nationale, suivant le contenu de la protection prévue à l'inventaire<sup>67</sup>. Par rapport à la protection apportée par l'article 3 LPN, un poids plus important doit être accordé à la conservation de l'objet dans la pesée simple des intérêts en présence<sup>68</sup>.

En second lieu, dans l'accomplissement d'une tâche fédérale (art. 6 al. 2 LPN), l'obligation de conserver l'objet intact impose une pesée *qualifiée* des intérêts, dans le cas où une *atteinte grave* affecte le but de protection dans plusieurs de ses éléments. Elle ne peut être admise qu'en présence d'intérêts d'importance nationale équivalents ou supérieurs opposés<sup>69</sup>. Des *atteintes minimales* aux objectifs de protection peuvent être admises sur la base d'une balance simple des intérêts, de même que des atteintes mineures (légères). Dans ce dernier cas, elles

---

RDAF 2014 I p. 535, 549

ne doivent pas induire une évolution négative susceptible d'être hautement préjudiciable à la protection de la nature<sup>70</sup>.

En vertu de l'obligation de ménager le plus possible les paysages d'importance nationale, quelle que soit la tâche accomplie, cantonale ou fédérale, les auteurs d'atteintes admissibles doivent en assurer la meilleure protection possible et prendre les mesures de reconstitution ou de remplacement adéquates (art. 6 al. 1 LPN)<sup>71</sup>. Les atteintes aux paysages dignes de protection régis exclusivement par l'article 3 LPN ne sont pas soumises à ces dernières mesures. De manière impropre toutefois, certaines d'entre elles peuvent être introduites par l'autorité dans le cadre des charges et conditions attachées aux autorisations prévues par l'article 3 al. 2 let. b LPN.

## ***4.2. Les atteintes licites aux biotopes***

### ***4.2.1. Le régime général de la LPN***

La protection générale des biotopes est consacrée aux articles 18 à 18d LPN. L'objectif en est la sauvegarde des espèces de la faune et de la flore par le «maintien d'un espace vital suffisamment étendu (biotopes), ainsi que par d'autres mesures appropriées» (art. 18 al. 1 LPN). Tous les biotopes ne sont pas pour autant susceptibles de protection. Avec l'adoption de la LPE le 1er janvier 1985<sup>72</sup>, l'article 18 LPN a été précisé dans le sens où la protection des biotopes s'adresse avant tout à certains objets riches en biodiversité ou menacés (al. 1bis) et où la prévention des atteintes d'ordre technique vise exclusivement les objets *dignes de protection* (al. 1ter). Cette modification législative n'a fait l'objet d'aucune explication dans le message. Elle s'inscrit toutefois dans une volonté de protection plus efficace des biotopes, joignant à une protection

---

<sup>66</sup> Voir le nouvel art. 6 al. 1 OIFP, dans le projet de révision de l'ordonnance de 2014.

<sup>67</sup> TF du 4 septembre 2013 1C\_644/2012, c. 3.1; ATF 127 II 273, c. 4c; ATF 123 II 256, c. 6a. Jörg Leimbacher, ad. art. 6, in: Commentaire LPN, Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrlander éd., Zürich 1997, no 6; Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 88.

<sup>68</sup> Jörg Leimbacher (note 67), ad. art. 6, no 10.

<sup>69</sup> ATF 127 II 273, c. 4c = JdT 2002 I 739; ATF 123 II 256, c. 6 = JdT 1998 I 449; TAF du 6 décembre 2012 A-2898/2011, c. 6.2. A propos de la détermination de l'importance nationale, voir Jörg Leimbacher (note 67), ad. art. 6, no 21, avec les exemples cités.

<sup>70</sup> TF du 22 janvier 2003 1A.151/2002, c. 4.1; ATF 127 II 273, c. 4c = JdT 2002 I 739; ATF 123 II 256, c. 7 = JdT 1998 I 449; DEP 7/2008 659, p. 684. Ces règles jurisprudentielles sont reprises dans le projet de révision de l'OIFP, à l'art. 6 al. 2 et 3.

<sup>71</sup> TF du 14 mai 2014 1C\_482/2012, c. 3.6. Le projet en consultation en 2014 de l'OIFP rappelle cette obligation au nouvel art. 6 al. 5.

<sup>72</sup> Message LPE, FF 1979 III 741, p. 845.



jusqu'à la programmation (18 al. 1 LPN) une protection impérative et directement applicable avec l'article 18 al. 1ter LPN<sup>73</sup>. Le corollaire en a été une protection plus discernée, séparant les biotopes qui la méritent de ceux qui ne la méritent pas.

Ce n'est qu'avec l'adoption de l'OPN le 16 janvier 1991 que la notion de *dignes de protection* a été précisée dans la loi. Ce caractère d'un bio-

---

RDAF 2014 I p. 535, 550

tope s'apprécie de cas en cas, pour lui-même et indépendamment de toute pesée des intérêts. Il est présumé sur la base de l'énumération exemplative des milieux naturels de l'article 18 al. 1bis LPN ou des critères non exhaustifs de l'article 14 al. 3 OPN, en particulier la liste de milieux naturels de l'annexe I OPN<sup>74</sup> à laquelle il renvoie<sup>75</sup>. Il suffit alors que la valeur du biotope ne soit pas nulle pour considérer son caractère digne de protection<sup>76</sup>. Les cantons peuvent élaborer leur propre définition des biotopes dignes de protection, dans les limites du droit fédéral. Ils peuvent à cette fin recourir tant à une définition normée<sup>77</sup> de la notion qu'à des critères écologiques instaurant une évaluation au cas par cas.

Dépourvu du caractère *digne de protection*, un biotope ne saurait jouir de la protection consacrée aux articles 18 ss LPN et 14 OPN<sup>78</sup>. Des atteintes peuvent lui être ainsi portées librement, sous réserve de l'article 3 LPN applicable non seulement au paysage, mais à tous les biens de la nature<sup>79</sup>. Au chapitre des biotopes, sa pertinence reste toutefois théorique. Il n'est guère envisageable d'en considérer qui, bien que d'importance locale au moins, ne seraient pas dignes de protection, compte tenu en particulier du caractère ouvert de l'article 14 al. 3 let. e OPN<sup>80</sup>.

En présence d'un biotope *digne de protection*, une atteinte n'est admissible qu'aux conditions énoncées par les articles 18 al. 1ter LPN et 14 al. 6 OPN. Elle doit être imposée «à l'endroit

---

RDAF 2014 I p. 535, 551

---

73 Sur le caractère directement applicable des art. 18 al. 1bis et 1ter LPN, voir Karine Sidi-Ali (note 16), p. 98-99.

74 La liste de l'annexe I OPN est exhaustive. Si l'art. 18 al. 1bis LPN («et autres milieux») et l'art. 14 al. 3 en général («d'autres critères» à la let. e) sont clairement non exhaustifs, l'art. 14 al. 3 let. a OPN renvoie à «la liste» de l'annexe I OPN sans que transparaisse le moindre caractère exemplatif. Ce faisant, le Conseil fédéral a volontairement énuméré les biotopes pour lesquels la présomption d'être dignes de protection est admise d'emblée, sans qu'il soit nécessaire d'apporter une quelconque justification autre que son existence objective sur la base des espèces-cibles. C'est dans cette objectivation du biotope (présence d'espèces-cibles) qu'il faut comprendre le renvoi de Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen à la littérature biologique (note 13, p. 17). Des milieux naturels qui ne sont pas mentionnés à l'annexe I OPN peuvent néanmoins se voir qualifiés de dignes de protection, par le biais de la let. e de l'art. 14 al. 3 OPN ou de l'art. 18 al. 1bis LPN. Celui qui le prétend doit alors argumenter dans ce sens. *Contra* Karine Sidi-Ali (note 16), p. 14, n. 60.

75 Karl Ludwig Fahrländer (note 27), ad. art. 18, no 15; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 91; Christoph Fisch, Neuerungen im Natur- und Heimatschutz, DEP 10/2001 1117, p. 1120-1121.

76 Karine Sidi-Ali (note 16), p. 92.

77 Voir par exemple l'art. 21 al. 1 de la loi cantonale vaudoise sur la faune du 28 février 1989 (LFaune - RS VD 922.03) qui prévoit la conservation «d'un nombre suffisant de haies vives, buissons, ...». ATF 121 II 161, c. 2b/cc.

78 TF du 25 septembre 2003 1A.137/2002, c. 4.1.2; ATF 121 II 161, c. 2b/bb.

79 Karine Sidi-Ali (note 16), p. 29.

80 L'art. 3 LPN ne pourrait s'appliquer qu'à des biotopes sans valeur intrinsèque, mais portant une valeur de liaison biologique ou de lieu de nourrissage ou de parades pour certaines espèces. Ces situations sont largement couvertes par la let. e de l'art. 14 al. 3 OPN.

prévu»<sup>81</sup> et doit représenter un intérêt prépondérant à l'issue d'une pesée générale des intérêts. La première condition s'applique avant tout hors de la zone à bâtir. Elle n'est pas usuelle à l'intérieur de la zone à bâtir. Elle peut néanmoins s'y traduire par une modification (déplacement ou réduction de l'emprise sur le biotope notamment) de la construction<sup>82</sup>, au stade de la pesée des intérêts entreprise à l'occasion de l'élaboration du plan d'affectation, voire même au stade du permis de construire. Dans cette dernière situation, elle ne saurait toutefois faire entièrement obstacle à la construction.

Lorsque l'atteinte d'ordre technique est inévitable après balance des intérêts, son auteur doit assurer la meilleure protection possible de l'objet, le reconstituer ou le remplacer<sup>83</sup>. Autrement dit, il n'est pas possible de porter atteinte à un biotope *digne de protection* sans mesure compensatoire.

#### 4.2.2. La végétation riveraine

La végétation riveraine constitue un biotope *digne de protection* (art. 18 al. 1bis LPN). En sus de la protection générale de l'article 18 LPN, elle fait l'objet d'une protection spéciale à l'article 21 al. 1 LPN. Cette disposition prévoit une interdiction générale d'essarter, recouvrir ou détruire la végétation des rives. Des autorisations exceptionnelles peuvent être délivrées, à l'issue d'une pesée générale des intérêts commandée par l'article 18 al. 1ter LPN et aux conditions de l'art. 22 al. 2 LPN. Au premier chef, l'emplacement du projet doit être imposé par sa destination (*Standortgebundenheit*)<sup>84</sup>. En second lieu le projet ne doit non seulement pas contrevenir à la réglementation en matière de pro-

---

RDAF 2014 I p. 535, 552

tection et de police des eaux, mais il doit pouvoir être expressément autorisé sur la base de celle-ci<sup>85</sup>.

La végétation des rives est déterminée en fonction des espèces de la flore du milieu<sup>86</sup>. Le Tribunal fédéral retient le critère de «la zone de fluctuation du niveau» d'eau comme périmètre de la zone de la végétation des rives<sup>87</sup>. Il considère toutefois que le périmètre des crues exceptionnelles ne doit pas être pris en considération<sup>88</sup>. Afin de mieux prendre en compte le but de la protection de l'article 21 LPN, cette dernière pratique jurisprudentielle devrait être relativisée dans le cas où la végétation présente

---

81 La version allemande se traduit par le terme «standortgebunden». Celui-ci renvoie à la doctrine et la jurisprudence relatives à la notion d'implantation «imposée par sa destination» (*Standortgebundenheit*) développées à propos de l'art. 5 al. 2 let. a LFo et de l'art. 24 let. a de la loi fédérale sur l'aménagement du territoire du 22 juin 1979 (LAT – RS 700).

82 Arrêt TA VD du 2 avril 1997 AC.1997.0010, c. 2d = RDAF 1997 I 234: «... la parcelle, même avec les plantations dont elle est dotée, comporte suffisamment de surface libre, dans sa partie centrale, pour permettre la réalisation d'une construction, correspondant au programme des constructeurs, cela sans qu'il soit nécessaire de couper le cèdre de l'Atlas menacé ».

83 L'obligation de prendre des mesures compensatoires est rappelée à l'art. 7 al. 1 de l'ordonnance fédérale sur la protection des sites de reproduction de batraciens d'importance nationale du 15 juin 2001 (OBat – RS 451.34), à l'art. 4 al. 2 OZAIN et à l'art. 7 al. 1 de l'ordonnance fédérale sur la protection des prairies et pâturages secs d'importance nationale du 13 janvier 2010 (OPPPS - RS 451.37).

84 Cette notion suit la doctrine et la jurisprudence développées à propos de l'art. 5 al. 2 let. a LFo et de l'art. 24 let. a LAT; ATF 130 II 313, c. 3.3.1 = JdT 2005 I 706.

85 ATF 130 II 313, c. 3.3 et 3.4 = JdT 2005 I 706; Anne-Christine Favre/Fabia Jungo (note 15), p. 334. Il ne suffit pas que le projet ne contrevoie pas à la réglementation. Le texte allemand utilise l'expression «erlaubten Fällen», non une traduction du terme «contrevenir». En outre, la révision intervenue en 1992 avait pour but d'éviter certaines interventions sur les rives et ne plus permettre des atteintes sur le seul critère de l'intérêt prépondérant, mais sur celui de ce qui est admis par la LEaux (Message LEaux, FF 1987 II 1081, p. 1190).

86 Barbara Leuthold/Stephan Lussi/Franck Klötzli, Rives et végétation des rives selon la LPN, L'environnement pratique, OFEFP, Berne 1997, p. 15 et 47 ss; Heribert Rauch/Arnold Marti/Alain Griffel, (note 20), no 606.

87 ATF 110 Ib 117, c. 3a; ATF 113 Ib 340, c. 4c = JdT 1989 I 493.

88 ATF 110 Ib 117, c. 3a.



est typiquement alluviale et s'il existe un lien fonctionnel ou biologique direct et durable entre elle et le cours d'eau, en particulier hydrique.

Lorsque l'atteinte à la végétation riveraine est admissible, le bénéficiaire de l'autorisation doit engager les mesures compensatoires mentionnées à l'article 18 al. 1er *in fine* LPN: assurer la meilleure protection possible, reconstituer, remplacer.

#### **4.2.3. Les marais et sites marécageux d'une beauté particulière d'importance nationale**

Les marais d'importance locale ou régionale sont en général des biotopes *dignes de protection*. A ce titre, ils sont soumis à la protection ordinaire des biotopes des articles 18 à 18d LPN.

*D'importance nationale*, les marais profitent de la protection des biotopes des articles 18a, 18c et 18d LPN en vertu de l'article 23a LPN, mais également de la protection de l'article 78 al. 5 Cst.<sup>89</sup>. Cette dernière s'étend en outre aux ensembles paysagers comprenant des marais avec lesquels existe une relation écologique visuelle, culturelle ou historique (site marécageux – art. 23b al. 1 LPN), dont la valeur est unique en son genre et des plus remarquables parmi les sites comparables (d'une beauté particulière et d'importance nationale – art. 23b al. 2LPN). La protection constitutionnelle est en principe directe et absolue<sup>90</sup>. Elle exclut la prise en considération d'autres intérêts d'importance nationale de valeur égale ou supérieure.

La protection des marais d'importance nationale prohibe tout aménagement d'installation de quelque sorte que ce soit ainsi que toute modification de terrain<sup>91</sup>. Les seules exceptions tolérées sont les installations dévolues à la protection des objets conformément aux buts de protection et leur exploitation à des fins agricoles (art. 5 OBM et art. 5 OHM).

La protection des sites marécageux d'importance nationale s'étend au paysage, aux éléments et structures caractéristiques de l'objet (notamment les biotopes, éléments culturels, éléments géomorpho-logiques, constructions traditionnelles), aux espèces végétales et animales protégées, menacées ou rares présentes, ainsi qu'au maintien d'une exploitation durable et typique (art. 4 al. 1 et art. 5 al. 2 de l'ordonnance sur la protection des sites marécageux d'une beauté particulière et d'importance nationale – OSM<sup>92</sup>). Leur aménagement et leur exploitation sont toutefois admis aux conditions de l'article 23d LPN, dans la mesure où ils ne portent pas atteinte à leurs éléments caractéristiques<sup>93</sup>. La situation des bâtiments et installations existants légalement érigés est garantie dans les limites de l'article 25b LPN. Sont également admissibles les aménagements destinés à la protection de l'homme contre les catastrophes naturelles.

L'article 25b LPN requiert le rétablissement de l'état initial, dans le respect du principe de proportionnalité, pour les aménagements contraires aux buts de protection réalisés sans autorisation conforme à la LAT, postérieurement au 1er juin 1983. A défaut de remise en état, les cantons doivent veiller à ce que des mesures compensatoires soient exécutées (art. 5 al. 2 let. f *in fine* OSM). Des mesures compensatoires analogues sont exigées pour de telles atteintes portées aux marais d'importance nationale (art. 5 al. 2 let. f *in fine* OBM, art. 5 al. 1 let. d *in fine* OHM).

<sup>89</sup> Art. 1 OBM, art. 1 OHM. ATF 127 II 184, c. 5c = JdT 2002 728 = RDAF 2002 352; TF du 7 septembre 2005 1A.40/2005; DEP 7/2008 659, p. 731.

<sup>90</sup> ATF 117 Ib 243, c. 3b = JdT 1993 I 511; ATF 123 II 248, c. 3a/aa = JdT 1998 I 530; ATF 124 II 19, c. 5b; Anne-Christine Favre/Fabia Jungo (note 15), p. 332; Pascal Mahon (note 4), ad. art. 78 Cst., no 13; Thomas Fleiner-Gerster (note 7), ad. art. 24sexies, no 45, Heribert Rauch/Arnold Marti/Alain Griffel, (note 20), no 575.

<sup>91</sup> ATF 117 Ib 243, c. 3b = JdT 1993 I 511; ATF 123 II 248, c. 3a/aa = JdT 1998 I 530; ATF 124 II 19, c. 5b; ATF 124 II 19, c. 5b = JdT 1998 I 521 = RDAF 199 I 602; TF du 23 septembre 2003 1A.124/2003, c. 5.6; Thomas Fleiner-Gerster (note 7), ad. art. 24sexies, no 45.

<sup>92</sup> RS 451.35.

<sup>93</sup> ATF 124 II 19, c. 5c. La protection des sites marécageux d'importance nationale n'est ainsi pas absolue, seule la protection de leurs «éléments caractéristiques» l'est. Voir à ce propos Heribert Rauch/Arnold Marti/Alain Griffel, (note 20), no 602.

---

RDAF 2014 I p. 535, 554

L'article 18 al. 1ter LPN n'est ni applicable aux marais, ni aux sites marécageux d'une beauté particulière et d'importance nationale. Ces objets bénéficient d'une protection qui exclut toute nouvelle atteinte. Ils ne sauraient être sujets à pesée des intérêts ou à proportionnalité, ni à compensation de l'article 18 al. 1ter LPN car il n'y a rien à compenser au sens de cette disposition<sup>94</sup>.

#### 4.2.4. Les biotopes rares liés aux cours d'eau

Le débit résiduel défini à l'occasion d'une autorisation de pré-lèvement dans un cours d'eau à débit permanent ne suffit parfois pas à assurer la protection minimale de ses fonctions essentielles<sup>95</sup>. L'article 31 al. 2 let c LEaux prévoit alors qu'il doit être augmenté afin de conserver les biotopes et biocénoses *rares* dont l'existence est liée directement ou indirectement à la nature et à la taille du cours d'eau.

Ne sont pas visés par l'article 31 al. 2 let. c LEaux tous les biotopes et biocénoses. Seuls sont concernés ceux qui peuvent être qualifiés de «rares». Le message LEaux réserve l'application de la disposition aux «zones de protection inventoriées»<sup>96</sup>, l'inventaire pouvant être de niveau fédéral, cantonal ou communal<sup>97</sup>. Dans l'arrêt de la Borgne<sup>98</sup>, le Tribunal fédéral constate le respect de l'article 31 al. 2 let. c LEaux à propos d'une zone alluviale qui serait digne de protection et candidate à l'inscription dans l'inventaire fédéral. Ce faisant, il n'exclut pas que cette disposition puisse s'appliquer à des biotopes non inventoriés, mais uniquement dignes de protection. Dans l'arrêt Goneri<sup>99</sup>, il rappelle que sont visées en première ligne les zones protégées inventoriées. Il précise cependant que la disposition est également applicable lorsqu'aucun inventaire n'est présent. Il doit alors exister des signes concrets que les débits résiduels portent atteinte à des biotopes ou des biocénoses rares, lesquels doivent être évalués lors de l'étude des impacts.

La notion de *rareté* n'est définie ni dans la LEaux, ni dans le message qui l'accompagne. A notre sens, elle ne saurait se confondre avec celle de «digne de protection» tirée de l'article 18 LPN. La rareté

---

RDAF 2014 I p. 535, 555

fait appel non seulement au contenu biotique du biotope ou de la biocénose (espèce ou milieu), mais également à sa représentation quantitative ou géographique, ainsi qu'à son degré de menace. En pratique, le caractère digne de protection constitue un sérieux indice de rareté, insuffisant toutefois pour la constater sur ce seul critère. En définitive, les «biotopes et biocénoses rares» incluent, pour autant qu'ils soient liés de manière existentielle au cours d'eau, tous les biotopes et biocénoses inventoriés, ainsi que ceux non inventoriés, dotés d'une valeur particulière et supérieure leur conférant une certaine rareté compte tenu de leurs caractéristiques intrinsèques ou du contexte écologique.

Lorsque l'élévation des débits de dotation commandée par la conservation des objets rares se trouve disproportionnée, d'autres mesures peuvent être envisagées. En priorité sont prises les mesures d'élévation proportionnée du débit lorsqu'elles sont aptes à conserver une part au moins du biotope. En dernier ressort, des mesures de remplacement de même valeur doivent être ordonnées s'il est impossible de *conserver* les biotopes et biocénoses rares (ou une partie de ceux-ci). C'est le cas lorsqu'ils sont

---

<sup>94</sup> ATF 127 II 184, c. 5b/aa = JdT 2002 I 728 = RDAF 2002 352. L'art. 78 al. 5 Cst. se prononce lui-même sur la pesée des intérêts et le principe de proportionnalité en excluant toute nouvelle construction ou modification de terrain ATF 123 II 248, c. 4b = JdT 1998 I 530 = RDAF 1998 I 596; ATF 117 Ib 243, c. 3b = JdT 1993 I 513.

<sup>95</sup> Message LEaux, FF 1987 II 1081, p. 1155.

<sup>96</sup> Message LEaux, FF 1987 II 1081, p. 1155.

<sup>97</sup> OFEFP, Débits résiduels convenables – Comment les déterminer?, L'environnement pratique, Berne 2000, p. 42.

<sup>98</sup> Arrêt Borgne, TF du 19.4.2012 1C\_67/2011, c. 7 = DEP 1/2013 p. 72.

<sup>99</sup> Arrêt Goneri, TF du 2.4.2014 1C\_283/2012, c. 6.3.



atteints dans leur substance ou dans les critères de leur rareté, du fait du prélèvement d'eau<sup>100</sup>. Encore faut-il qu'existent des raisons «impératives» («zwingend») qui empêchent la conservation de l'objet.

#### 4.2.5. La forêt

Du point de vue biologique, la forêt constitue un biotope. D'abord soumise à la seule préservation quantitative de sa surface dans l'ancienne loi, la forêt bénéficie actuellement d'une protection en tant que milieu naturel (art. 1 al. 1 let. b LFo)<sup>101</sup>.

L'article 5 al. 1 LFo prévoit une interdiction générale de *défricher*, s'affirmant de la sorte comme une mise en oeuvre du principe de non diminution de l'aire forestière de l'article 3 LFo. Elle n'est pas absolue puisque sont prévues des exceptions et la possibilité d'octroyer des autorisations dérogatoires, à l'issue d'une pesée des intérêts qualifiée répondant aux conditions cumulatives et impératives de l'article 5 al. 2 à 5 LFo. L'une d'entre elles exige de l'ouvrage qu'il respecte les exigences de la protection de la nature et du paysage (al. 4). Ce faisant, elle positionne les articles 18 ss LPN en tant que *lex specialis* pour les

---

RDAF 2014 I p. 535, 556

biotopes en forêt<sup>102</sup> *dignes de protection* en vertu de la LPN. Cette protection supplémentaire n'a de portée que lorsque la protection offerte aux biotopes sis en forêt est plus stricte que celle offerte par le droit forestier<sup>103</sup>. Dès lors qu'un défrichement est accordé, il doit être compensé conformément à l'article 7 LFo<sup>104</sup>.

L'article 16 LFo prohibe les *exploitations préjudiciables* à la forêt. En présence de raisons importantes (impérieuses selon le message) et si les fonctions forestières ne s'en trouvent pas trop affectées<sup>105</sup>, elles peuvent faire l'objet d'autorisations assorties de conditions et charges réglées par le droit cantonal. Parmi elles existe la possibilité pour les cantons d'exiger des mesures de compensations analogues à celles du défrichement<sup>106</sup>.

### 4.3. Les atteintes licites aux espèces de la flore et de la faune

La protection des espèces consiste à sauver de l'extinction certaines espèces animales ou végétales particulièrement menacées ou rares<sup>107</sup>. Elle est assurée directement par l'article 18 al. 2 à 4 LPN, par les articles 19, 20 et 23 LPN, ainsi que par l'article 20 OPN. Elle l'est également indirectement par le maintien d'un biotope suffisant selon l'article 18 al. 1 LPN. La législation en matière de chasse et de pêche<sup>108</sup> complète la protection de certaines espèces en instaurant un régime spécial réservé par l'article 18 al. 4 LPN.

---

<sup>100</sup> Message LEaux, FF 1987 II 1081, p. 1155. Seule la conservation est exigée, non la conservation *intacte*. Ainsi, de simples atteintes qui ne remettent pas en cause la conservation du biotope n'ont pas à être compensées sous l'empire de la LEaux. Elles peuvent l'être par le biais de la LPN (biotope digne de protection) ou de la LFo.

<sup>101</sup> Message LFo, FF 1988 III 157, p. 167.

<sup>102</sup> Sont concernés les biotopes forestiers et les biotopes non forestiers dans l'aire forestière.

<sup>103</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 65, avec les références citées.

<sup>104</sup> Le régime de compensation forestière a été récemment modifié par la nouvelle du 16 mars 2012. RO 2013 1981; Message LFo, FF 2011 4085, p. 4104 ss.

<sup>105</sup> Message LFo, FF 1988 III 157, p. 183.

<sup>106</sup> Le canton du Valais prévoit les mesures compensatoires comparables à celles du défrichement à l'art. 27 al. 1bis de la loi cantonale valaisanne sur les forêts et les dangers naturels du 14 septembre 2011 (RS VS 921.1).

<sup>107</sup> Thomas Fleiner-Gerster (note 7), ad. art. 24sexies, no 31.

<sup>108</sup> En particulier la loi fédérale sur la chasse et la protection des mammifères et oiseaux sauvages du 20 juin 1986 (LChP – RS 922.0) et la loi fédérale sur la pêche du 21 juin 1991 (LFSP – RS 923.0).



Conformément à l'article 19 LPN, les espèces végétales et animales non protégées peuvent être prélevées, endommagées, détruites, vendues, achetées librement. Sont seules réservées la récolte de plantes sauvages et la capture d'animaux en liberté à des fins lucratives. Dans ces situations, une autorisation est nécessaire, hormis pour les produits ordinaires de l'agriculture et de la sylviculture, ainsi que pour la cueillette des champignons, baies et plantes d'herboristerie effectuée dans une mesure conforme à l'usage local.

---

RDAF 2014 I p. 535, 557

Les plantes et animaux protégés aux annexes 2 et 3 de l'OPN font l'objet d'une interdiction générale de prélèvement, de destruction, de vente ou d'achat (art. 20 al. 1 et 2 OPN en tant que mise en oeuvre de l'art. 20 al. 1 LPN). Des autorisations exceptionnelles peuvent néanmoins être délivrées dans 4 situations: la récolte de plantes d'herboristerie à des fins lucratives effectuée dans une mesure conforme à l'usage local (art. 19 *in fine* LPN); le maintien de la diversité biologique (art. 20 al. 3 let. a OPN); les buts scientifiques, pédagogiques ou thérapeutiques (art. 22 al. 1 LPN); les atteintes d'ordre technique imposées à l'endroit prévu et représentant un intérêt prépondérant (art. 20 al. 3 let. b OPN). Dans ce dernier cas, des mesures compensatoires doivent être prises pour assurer la meilleure protection possible ou, à défaut, le remplacement adéquat des espèces atteintes.

## 5. Les mesures compensatoires

A l'exception de celles portées aux paysages de moindre importance, aux biotopes qui ne sont pas dignes de protection et aux espèces non protégées, les atteintes licites à la nature exigent la mise en oeuvre de *mesures compensatoires*. Partant du contenu et des objectifs des dispositions légales le concernant, ce concept<sup>109</sup> désigne de manière générique les mesures de rééquilibrage aptes à rétablir qualitativement et/ou quantitativement les fonctions écologiques perdues en présence d'une atteinte à une valeur naturelle, afin que le bilan écologique final se trouve inchangé ou amélioré dans un délai raisonnable et de manière pérenne.

Les mesures compensatoires sont une conséquence du caractère non absolu de la protection défensive de la nature mise en balance avec la volonté du législateur de faire obstacle à la dépréciation continue de ses valeurs les plus marquantes. Elles insinuent ainsi dans la protection défensive de la nature et du paysage des obligations de faire, pour en combler autant que possible les lacunes ontologiques<sup>110</sup>. Elles constituent une condition impérative<sup>111</sup> de la licéité des atteintes à la nature, lorsqu'elles sont requises.

---

RDAF 2014 I p. 535, 558

### 5.1. Les aspects matériels des mesures compensatoires

#### 5.1.1. Les types de mesures compensatoires

Le droit positif ne mentionne pas les mesures spécifiques qui doivent être réalisées, mais précise de manière exhaustive les *types* de mesure à engager et l'ordre dans lequel elles doivent être envisagées<sup>112</sup>. Il appartient à l'autorité de les transcrire en mesures concrètes adaptées au cas d'espèce. Le choix est alors dicté en premier lieu par des

---

<sup>109</sup> Il ne se confond pas avec la *compensation écologique* de l'art. 18b al. 2 LPN qui vise les effets négatifs de l'exploitation intensive du sol et l'appauvrissement biologique des campagnes. TF du 19 novembre 1999 1A.82/1999, c. 3b = DEP 4/2000 369; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 182.

<sup>110</sup> La protection de la nature n'est pas uniquement guidée par des prescriptions d'interdiction, mais aussi par des obligations de faire. Message LPE, FF 1979 III 741, p. 823.

<sup>111</sup> TF du 25 septembre 2003 1A.137/2002, c. 4.1.1. Lorsqu'une atteinte survient, une mesure compensatoire doit être ordonnée («ist zu verpflichten»). Voir également DEP 7/2008 659, p. 715.

<sup>112</sup> Cf. chapitre 5.1.3.



critères écologiques et pratiques, l'intérêt financier du perturbateur ne jouant pas grand rôle<sup>113</sup>.

1° Les mesures pour assurer la *meilleure protection possible* sont ordonnées lors d'une atteinte d'ordre technique à un biotope digne de protection y compris la végétation des rives (art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN), aux paysages d'importance nationale (art. 6 al. 1 LPN, à travers l'expression «ménagé le plus possible») ou à une espèce protégée (art. 20 al. 3 let. b). Elles conduisent, dans toute la mesure du possible, à réduire efficacement et durablement les atteintes dues au projet. Concrétisant le principe de prévention, elles visent la limitation maximale et effective des atteintes, jusqu'aux limites de la proportionnalité et du techniquement possible. Sont concernées les atteintes causées lors de la construction de l'ouvrage, ainsi qu'à l'occasion de son exploitation<sup>114</sup>. La *meilleure protection possible* implique l'étude de variantes afin d'identifier celle qui engendre le moindre dommage. Elle désigne les mesures d'optimisation et d'accompagnement du projet ou celles qui permettent de réduire les atteintes indirectes.

2° La *reconstitution* concerne les atteintes d'ordre technique aux biotopes dignes de protection y compris la végétation riveraine (art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN) ou aux paysages d'importance nationale (art. 6 al. 1 LPN). Elle désigne la recréation (réparation) du même type de biotope ou paysage sur une surface équivalente, à la même place. Du point de vue temporel, elle doit être réalisée immédiatement à la fin de l'atteinte<sup>115</sup>. N'est plus alors visée la prévention des atteintes, mais le rétablissement de l'état antérieur faisant suite à une atteinte limitée dans le temps. Pour ce faire, des mesures transitoires peuvent être exigées, tels le décapage

---

**RDAF 2014 I p. 535, 559**

de la terre végétale, la transplantation provisoire d'espèces rares ou la création de biotopes temporaires<sup>116</sup>. Le résultat final doit avoir le même aspect, la même dynamique écologique et exercer la même fonction que la valeur endommagée<sup>117</sup>.

Une difficulté survient lors d'atteintes de longue durée, mais limitées temporellement. Il est théoriquement possible d'envisager la reconstitution à l'issue de l'atteinte. Toutefois, compte tenu de l'écoulement du temps, celle-ci ne permet pas de réaliser l'équilibre écologique et de satisfaire au but des mesures compensatoires. La reconstitution n'entre en ligne de compte que si elle peut être entreprise dans un délai satisfaisant<sup>118</sup>, eu égard à toutes les circonstances (durée et intensité de l'atteinte, importance écologique de l'objet endommagé, intérêt de sa reconstitution par rapport à d'autres mesures, etc.).

3° Le *remplacement* est évoqué à propos des atteintes d'ordre technique aux biotopes dignes de protection y compris la végétation riveraine (art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN), aux paysages d'importance nationale (art. 6 al. 1 LPN)<sup>119</sup>, à une espèce protégée (art. 20 al. 3 let. b), aux marais et sites marécageux d'importance nationale (art. 5 al. 2 let. f OBM, art. 5 al. 2 let. f OSM, art. 5 al. 1 let. d OHM), ainsi qu'aux biotopes rares liés aux cours d'eau (art. 31 al. 2 let. c LEaux). Il vise la création durable d'un biotope ou d'un paysage du même type ou d'un autre type ayant une fonction écologique, à une autre

---

<sup>113</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 179 citant l'ATF 114 Ib 268, c. 4 = JdT 1990 I 513.

<sup>114</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 38-39, avec les exemples cités; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 179-180; Karl Ludwig Fahrländer (note 27), ad. art. 18 LPN, no 35.

<sup>115</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 39; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 180; Karl Ludwig Fahrländer (note 27), ad. art. 18 LPN, no 36.

<sup>116</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 180; Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 46.

<sup>117</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 180; Karl Ludwig Fahrländer (note 27), ad. art. 18 LPN, no 36.

<sup>118</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 46.

<sup>119</sup> Des mesures de reconstitution ou de remplacement relevant de l'art. 18 al. 1<sup>er</sup> LPN peuvent être prises dans des objets IFP car les biotopes en sont caractéristiques et font en principe partie de leurs buts de protection. Il en est de même des mesures de remplacement des atteintes aux espèces protégées en IFP. Voir à ce propos Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 90.



place<sup>120</sup>. Sous son aspect temporel, le remplacement doit être entrepris simultanément au début de la réalisation du projet portant préjudice<sup>121</sup>. Dans le cadre de la protection des espèces, il vise, aux mêmes conditions, la création ou l'accroissement d'une population de l'espèce atteinte. Il ne s'agit alors ni de concrétiser le principe de prévention, ni de rétablir l'état antérieur, mais de contrebalancer les effets négatifs des atteintes par des effets positifs provoqués ailleurs.

---

RDAF 2014 I p. 535, 560

Selon la lettre de la loi, le remplacement doit être *adéquat*. Ce terme revêt deux acceptions. Fonctionnellement, la mesure doit être équivalente qualitativement et quantitativement<sup>122</sup> au préjudice causé. A cet égard, seule est prise en considération la valeur écologique ajoutée, autrement dit la valeur écologique supplémentaire apportée au milieu naturel d'origine par la mesure de remplacement<sup>123</sup>. Elle doit en outre disposer des mêmes fonctions écologiques que l'objet atteint<sup>124</sup>. Juri-diquement, la mesure doit être sensée et proportionnée<sup>125</sup>.

L'article 31 al. 2 let. c LEaux exige que le *remplacement* soit de *même valeur*. L'accent est mis dans ce cas sur l'adéquation fonctionnelle et écologique, quantitative et qualitative, de la mesure. Le principe de proportionnalité n'est pas pour autant écarté, le remplacement devant intervenir dans la «mesure du possible». Toutefois, lors de l'application du principe, un poids plus important doit être alloué au rétablissement des fonctions écologiques des biotopes et des bio-cénoses rares atteints. Au demeurant, la «mesure du possible» évoque la faisabilité matérielle de la mesure.

4° La *compensation adéquate* est prévue pour les atteintes aux marais et sites marécageux d'importance nationale postérieures au 1er juin 1983, lorsque le rétablissement est impossible ou disproportionné (art. 5 al. 2 let. f OMB, 5 al. 2 let. f OSM, 5 al. 1 let. d OHM). Elle représente une alternative au remplacement adéquat. Il s'agit alors de toute autre mesure proportionnée apte à compenser qualitativement et quantitativement la perte de valeur écologique constatée, dans le but d'obtenir un bilan écologique final au moins neutre<sup>126</sup>.

5° La *compensation du défrichement* de l'article 7 LFo constitue un régime spécial de mesures compensatoires adapté à la forêt. Celui-ci prévoit plusieurs mécanismes. En premier lieu s'impose la compensation *en nature* dans la même région (art. 7 al. 1 LFo, art. 8 al. 1 OFo). Il s'agit de créer une forêt équivalente qualitativement (qualité écolo-

---

RDAF 2014 I p. 535, 561

gique) et quantitativement (de même étendue), exclusivement avec des essences adaptées à la station, dans une situation comparable à celle du site défriché et à la même altitude<sup>127</sup>. Pour répondre à la pratique et une certaine flexibilisation des compensations, il est possible en second lieu de prendre des mesures équivalentes en

---

<sup>120</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 19 et 39; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 181; Karl Ludwig Fahrländer (note 27), ad. art. 18 LPN, nos 37-38.

<sup>121</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 46.

<sup>122</sup> Le remplacement doit être exécuté à l'échelle 1:1. Néanmoins, l'aspect qualitatif prime l'aspect quantitatif. ATF 115 Ib 224, c. 5c = JdT 1991 I 494; Karine Sidi-Ali (note 16), p.181.

<sup>123</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 106; Karine Sidi-Ali (note 16), p.181. La valeur écologique initiale du site d'accueil de la mesure de remplacement ne saurait être comptabilisée dans le bilan final.

<sup>124</sup> TF du 15 mars 2002 1A.104/2001, c. 5.2.

<sup>125</sup> TF du 15 mars 2002 1A.104/2001, c. 5.2; Karl Ludwig Fahrländer (note 27), ad. art. 18 LPN, no 37. Il est possible qu'une mesure soit adéquate au sens de l'art. 18 al. 1ter LPN, sans être pour autant équivalente qualitativement et quantitativement.

<sup>126</sup> Par exemple, des mesures visant à créer ou améliorer d'autres types de biotopes ou d'autres éléments caractéristiques du site marécageux que ceux qui ont été atteints. Dans ce sens, la dépréciation d'un élément caractéristique de l'ensemble paysager peut être compensé globalement par l'amélioration d'un autre.

<sup>127</sup> FF 2011 4085, p. 4105; OFEV, Aide à l'exécution – Défrichements et compensation du défrichement. Conditions permettant d'affecter une surface de forêt à des fins non forestières et réglementation de la compensation. L'environnement pratique, Berne 2014, p. 14 et 16. Voir également la Circulaire No 1 du 15 mars 2007 de l'OFEV «Défrichement, contenu d'une demande de défrichement» édictée sous l'empire de l'ancienne LFo, ch. 2.5.4.

faveur de la *protection de la nature et du paysage*, en priorité dans la même région<sup>128</sup> (art. 7 al. 2 LFo, art. 8a et 9 OFo)<sup>129</sup>. Leur effet doit s'exercer durant plusieurs décennies et ne peut être purement paysager<sup>130</sup>. Les mesures doivent être équivalentes à la surface défrichée du point de vue écologique et financier. Cette dernière condition est respectée lorsque leur coût est au moins le même que celui de la compensation en nature dans la même région, pour une surface identique<sup>131</sup>. Dans certaines circonstances, il peut être renoncé à la compensation du défrichement aux conditions posées par les articles 7 al. 3,4 LFo et 9a OFo.

Il peut arriver que le défrichement affecte des biotopes dignes de protection au sens des articles 18 al. 1bis LPN et 14 al. 3 OPN. Les notions de reconstitution et de remplacement de la LPN sont plus larges que celle de compensation du défrichement<sup>132</sup>. Dans la mesure où la compensation du défrichement est insuffisante pour compenser l'atteinte aux biotopes, il convient alors de prendre également des mesures compensatoires en vertu de l'article 18 al. 1ter LPN. Les mesures prises sous l'empire de cette disposition doivent être clairement distinguées des mesures découlant de l'article 7 LFo<sup>133</sup>. Ce raisonnement s'applique également aux défrichements portant atteinte aux

---

RDAF 2014 I p. 535, 562

biotopes et biocénoses forestiers rares en lien avec les cours d'eau (art. 31 al. 2 let. c LEaux), ainsi qu'aux défrichements sis dans des paysages d'importance nationale (art. 6 al. 1 LPN).

### 5.1.2. Les modes d'exécution des mesures compensatoires

Les mesures compensatoires imposées par la législation sur la nature et le paysage doivent être *concrètes*, autrement dit exécutées en nature, le plus souvent par des moyens techniques. Sous l'angle de l'art. 18 al. 1ter LPN, reconstituer et remplacer signifient respectivement qu'il s'agit de remettre l'objet atteint au même endroit le plus vite possible ou en créer un artificiellement ailleurs<sup>134</sup>.

Les mesures *financières* sont exclues car elles ne permettent pas directement d'atteindre les objectifs écologiques visés. Tout au plus pourraient-elles être admises lorsque la somme définie équivaut au coût nécessaire à la reconstitution ou au remplacement adéquat de la valeur naturelle en question<sup>135</sup>. Encore faut-il que les coûts puissent être chiffrés précisément au stade de l'autorisation du projet, sur la base de mesures connues et définies. Les mesures doivent être réalisables en l'état et définies précisément, leur adéquation avec les atteintes effectivement évaluées par l'autorité. Le responsable de leur réalisation doit en outre être clairement désigné. La situation est envisageable dans

---

128 FF 2011 4085, p. 4105; OFEV (note 127), p. 17, où il est indiqué que des exceptions peuvent être admises dans des régions accusant un fort déficit écologique.

129 FF 2011 4085, p. 4105; OFEV (note 127), p. 14-15.

130 Ne peuvent être considérées comme des mesures en faveur de la protection de la nature «et» du paysage au sens de l'art. 7 al. LFo celles qui n'ont qu'un effet paysager. Une plus-value doit être également apportée aux biotopes ou aux espèces. A contrario, une mesure en faveur de biotopes comprend *de facto* un effet paysager, car ils constituent en principe l'un des éléments caractéristiques du paysage.

131 OFEV (note 127), p. 16. Voir également la Circulaire No 1 du 15 mars 2007 de l'OFEV «Défrichement, contenu d'une demande de défrichement» édictée sous l'empire de l'ancienne LFo, ch. 2.5.4.

132 ATF 113 Ib 340, c. 4c = JdT 1989 I 493; ATF 115 Ib 224, c. 5c/ce; OFEV (note 127), p. 16; Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 58; Karine Sidi-Ali (16), p. 178. Bien qu'ancienne, la jurisprudence citée n'a pas perdu de sa pertinence. La compensation en nature vise uniquement le couvert forestier, pas forcément tous les aspects écologiques du biotope forestier atteint.

133 OFEV (note 127), p. 16.

134 Message LPE, FF 1979 III 741, p. 823.

135 Karl Ludwig Fahrländer (note 27), ad. art. 18 LPN, no 38.

le cas du «pool de mesures»<sup>136</sup>, dans lequel il existe des projets de protection de la nature prêts à être mis en oeuvre et qui n'ont pu l'être par manque de moyens financiers. Elle est partiellement envisageable dans le cas du «pool de terrains». Le perturbateur peut convertir une partie de la mesure compensatoire en mesure financière pour l'acquisition du terrain, son aménagement restant une mesure concrète à réaliser<sup>137</sup>. Elle est par contre exclue dans le cas du «fonds de mesures de remplacement»<sup>138</sup> où le perturbateur se limite à verser une certaine somme d'argent dans un fonds au lieu de réaliser lui-même des mesures concrètes. Contrairement au «pool de mesures», l'utilisation concrète de l'argent est inconnue au moment du versement et la tâche de réa-lisation incombe à un tiers ou à l'autorité. Non seulement, il n'est pas possible de prévoir précisément les coûts équivalents et d'évaluer l'adéquation de la mesure, mais les aspects formels évoqués au chapitre 5.3 ne peuvent être satisfaits.

---

RDAF 2014 I p. 535, 563

Les mesures financières ne sont expressément admises qu'en matière de défrichement. L'ancien article 8 aLFo en faisait état sous la forme d'une taxe de compensation. Cette disposition a été abrogée lors de la révision de la loi le 1er juillet 2013. La possibilité n'a pas pour autant été supprimée, mais rattachée à l'article 7 LFo. L'autorité a désormais la possibilité d'astreindre le requérant du défrichement à fournir une contribution financière à un grand projet de compensation *défini*<sup>139</sup>. Pour autant, le principe d'équivalence écologique et financière doit être respecté.

### 5.1.3. La «cascade» des mesures compensatoires

La loi prévoit un lien de subsidiarité entre les mesures compensatoires. Elle commande leur mise en oeuvre en cascade, en fonction de leur priorité. Dans le cas de l'article 18 al. 1ter LPN, dès lors qu'une atteinte d'ordre technique est impossible à éviter, il convient d'assurer la meilleure protection possible en premier lieu. Si cela ne suffit pas, la reconstitution doit être envisagée. Lorsque celle-ci n'est pas possible ou disproportionnée s'impose le remplacement adéquat. Au besoin, mais sans rompre leur ordre de priorité, les mesures peuvent être combinées de manière complémentaire<sup>140</sup>.

L'article 6 al. 1 LPN prévoit une hiérarchie similaire dans le cas d'atteintes aux paysages d'importance nationale. Ceux-ci doivent en premier lieu être conservés intacts ou ménagés le plus possible. Cela signifie que les atteintes doivent être autant que possible réduites, dans les limites de la proportionnalité. A titre subsidiaire, en cas de préjudices résiduels, ils doivent être reconstitués, à défaut, remplacés<sup>141</sup>. C'est également le cas des mesures compensatoires en faveur de la protection des espèces (art. 20 al. 3 let. b OPN)<sup>142</sup>. Un ordre de priorité similaire concerne les biotopes rares de l'article 31 al. 2 let. c LEaux. Le remplacement de même valeur ne peut intervenir que lorsque les autres mesures envisageables sont inopérantes, impossibles à prendre ou disproportionnées.

---

RDAF 2014 I p. 535, 564

---

<sup>136</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 65.

<sup>137</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 63.

<sup>138</sup> Dans le même sens, Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 68.

<sup>139</sup> FF 2011 4085, p. 4107. Le caractère *défini* de la mesure à laquelle la contribution financière est affectée suppose qu'elle soit suffisamment connue et clairement exprimée dans la décision de défricher. Il est à ce titre douteux que l'affectation à un «fonds de mesures de remplacement» forestier soit conforme à cette condition.

<sup>140</sup> TF du 25 septembre 2003 1A.137/2002, c. 4.1.2; TF du 15 mars 2002 1A.104/2001, c. 5.2; TAF du 27 mai 2013 A-1112/2012, c. 8.4; Karl Ludwig Fahrlander (note 27), ad. art. 18 LPN, no 34; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 178; Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 38.

<sup>141</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 89.

<sup>142</sup> La reconstitution n'est toutefois pas mentionnée car elle ne peut s'appliquer à une espèce animale ou végétale détruite.

La situation visée par les articles 5 al. 2 let. f OBM et OSM, ainsi que 5 al. 1 let. d OHM diffère des autres mesures compensatoires. Face au renoncement à toute reconstitution, il ne reste que le remplacement adéquat ou toute autre mesure apte à rétablir l'équilibre écologique. Si la priorité des mesures n'apparaît pas distinctement dans le texte légal, la formulation («ou») suggère que le remplacement intervienne avant les autres mesures. Cela se justifie par le but principal des mesures compensatoires qui est d'abord de retrouver le type de valeur naturelle détruite.

La loi forestière contraint également au respect d'une hiérarchie des mesures compensatoires. En premier lieu s'impose la compensation en nature dans la même région<sup>143</sup>. Les mesures équivalentes en faveur de la protection de la nature et du paysage n'interviennent que si la compensation en nature est dépourvue de sens ou en présence d'un intérêt prépondérant exhaustivement énuméré à l'article 7 al. 2 let. b LFo. La compensation financière ne peut être exigée qu'en dernier lieu, conformément à la pratique relative à l'article 8 aLFo<sup>144</sup>.

## ***5.2. Les mesures compensatoires: concrétisation du principe de causalité***

### ***5.2.1. L'obligation de réaliser et d'entretenir***

Le message accompagnant l'adoption de l'article 18 al. 1ter LPN précise qu'il incombe à celui qui est à l'origine d'une des mesures compensatoires d'en supporter les frais<sup>145</sup>. Il fait de cette disposition une concrétisation du principe de *causalité* consacré à l'article 2 LPE. Ce principe est applicable de la même manière aux autres mesures compensatoires tirées de la LPN, ainsi qu'à celles ordonnées en vertu de la LFo et de la LEaux.

L'obligation de compenser va au-delà de la seule prise en charge des coûts. Il incombe également à l'auteur de l'atteinte d'assurer la réalisation des mesures ordonnées par l'autorité. L'article 18 al. 1ter LPN indique qu'il doit veiller «à prendre» des mesures particulières. Cela comprend l'établissement du projet de détail, requérir et obtenir les autorisations nécessaires le cas échéant et assurer la mise en oeuvre concrète de la mesure. L'article 31 al. 2 let. c LEaux contient une exi-

---

**RDAF 2014 I p. 535, 565**

gence d'action concrète semblable. Il en va de même à l'article 6 al. 1 LPN par lequel celui qui exerce une activité dommageable dans un objet d'importance nationale doit le ménager le plus possible, au besoin en prenant des mesures compensatoires. La législation forestière exige également que les mesures soient prises directement par l'auteur du dommage, le seul financement restant l'exception.

L'auteur de l'atteinte est en outre tenu d'assumer la responsabilité de la mesure compensatoire aussi longtemps que dure l'atteinte<sup>146</sup>, autrement dit jusqu'au moment où la plus-value écologique de la mesure compensatoire est au moins équivalente à la perte de valeur due à l'atteinte admise. Les mesures compensatoires s'inscrivent dès lors dans l'espace et dans le temps. Il incombe ainsi au perturbateur d'assumer non seulement la réalisation, mais l'entretien de la mesure compensatoire. Pour une mesure de reconstitution ou de compensation du défrichage en nature au même endroit, cette charge s'éteint en principe lorsque l'objet naturel retrouve sa fonction écologique perdue et que l'entretien pratiqué avant l'atteinte peut reprendre. Pour une mesure de remplacement et de compensation du défrichage en nature à un autre emplacement ou en faveur de la protection de la nature et du paysage, l'obligation d'entretien doit durer jusqu'à ce que la fonction écologique qui lui est assignée par l'autorité soit

---

<sup>143</sup> OFEV (note 127), p. 14.

<sup>144</sup> Message LFo, FF 1988 III 157, p. 178.

<sup>145</sup> Message LPE, FF 1979 III 741, p. 823; Peter M. Keller, ad Kapitel 10, Umwelt- und Energerecht, in: Bernisches Verwaltungsrecht, Markus Müller/Reto Feller éd., Bern 2013, no 9; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 179; Karl Ludwig Fahrlander (note 27), ad. art. 18 LPN, no 31.

<sup>146</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 77.

remplie et que l'atteinte soit contrebalancée dans le cadre du bilan écologique global. Il ne doit en outre plus subsister de risque de changement d'affectation ou d'entretien incorrect de la mesure de remplacement<sup>147</sup>.

Contrairement à l'article 8 al. 2 *in fine* OFo consacré à la compensation en nature de l'article 7 al. 1 LFo<sup>148</sup>, la LPN, pas plus que la LEaux et que l'article 7 al. 2 LFo, ne prévoient expressément l'obligation d'entretien des mesures compensatoires. Elle s'impose pourtant comme leur conséquence ontologique. Celles-ci visent en effet à rétablir l'équilibre écologique rompu par l'atteinte, à l'aide d'actions positives du perturbateur. Compte tenu du caractère évolutif de la nature, cet équilibre peut prendre du temps avant de survenir et exiger un entretien pour être atteint. Tant qu'il n'est pas rétabli en tenant compte du principe de proportionnalité, la mesure compensatoire ne saurait être considérée comme accomplie pleinement.

---

RDAF 2014 I p. 535, 566

### 5.2.2. Une obligation de moyens

L'auteur de l'atteinte est tenu de ne pas mettre en échec l'application de la base légale fondant la mesure compensatoire qui lui est imposée. A cet égard, la mise en oeuvre du principe de causalité exige qu'il prenne toutes les dispositions pour respecter les charges et les conditions<sup>149</sup> fixées dans l'autorisation ordinaire du projet nécessitant des mesures compensatoires.

Il n'échoit en principe pas à l'auteur de l'atteinte un strict impératif de respecter la composition spécifique du milieu naturel endommagé. Ce serait disproportionné compte tenu des incertitudes quant à l'évolution des milieux naturels revitalisés ou créés, des paysages et des espèces. Il lui incombe en revanche de garantir l'adéquation écologique des mesures en favorisant le potentiel naturel des biotopes et en assurant l'équilibre écologique entre le dommage et le bénéfice tiré des mesures compensatoires<sup>150</sup>. Il lui échoit alors une obligation de diligence et une obligation de moyens pour atteindre l'objectif écologique de la mesure compensatoire désigné par l'autorité. Cette obligation de moyens inclut une obligation de résultat *écologique quantitatif* par laquelle les mesures doivent être réalisées conformément aux prescriptions techniques fixées par l'autorité (taille du biotope de remplacement, surface de reboisement, etc.). Une obligation de résultat *écologique qualitatif* se réduit au principe d'adéquation des mesures compensatoires, le parfait rétablissement des fonctions perdues et des espèces atteintes n'étant en général pas requis, hormis lorsque l'autorité l'exige dans sa décision.

---

<sup>147</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 78-79.

<sup>148</sup> L'art. 8 al. 2 OFo prévoit que soient prises «... toutes les mesures nécessaires au maintien durable de la surface de compensation».

<sup>149</sup> Non seulement, les mesures compensatoires sont obligatoires lorsque la législation les prévoit, mais les charges et conditions formulées dans la décision de l'autorité, comme cette dernière, sont contraignantes et impératives pour son destinataire. Voir à ce propos Thierry Tanquerel, Manuel de droit administratif, Zürich 2011, no 808.

<sup>150</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 43. Ces auteurs lient l'équilibre écologique à 3 conditions cumulatives: le bilan écologique inchangé ou amélioré, la garantie de l'entretien, la reconstitution dans un délai satisfaisant ou le remplacement simultané de l'atteinte (p. 46).

<sup>151</sup> Dans le message LPE, FF 1979 III 741, p. 823, relative à l'art. 18 al. 1ter LPN, il est indiqué que doivent étre prises toutes les mesures «applicables».

### 5.2.3. L'exigence de faisabilité des mesures

La *faisabilité*<sup>151</sup> des mesures compensatoires exprime la condition initiale et minimale de l'obligation de moyens. Celle-ci repose sur deux acceptions. En premier lieu, la mesure doit être *techniquement* réalisable. Il ne doit pas y avoir d'obstacles matériels à l'exécution de la mesure<sup>152</sup>. En second lieu, cette dernière doit être *juridiquement* réali-

---

RDAF 2014 I p. 535, 567

sable. Cette exigence possède une résonance en droit public, sous l'angle du devoir de coordination<sup>153</sup> et de la garantie à long terme des mesures compensatoires par le biais d'instruments du droit public<sup>154</sup>. Elle trouve également un écho au regard du droit privé, en particulier à propos de la maîtrise foncière. Sans elle, ni la réalisation, ni l'entretien, ni la pérennité de la plupart des mesures ne sont garanties.

Les mesures compensatoires exécutées en nature proposent toutes une incidence territoriale. A ce titre, leur réalisation peut être envisagée sur trois types de fonds: un fonds affecté au domaine public, un fonds appartenant au perturbateur lui-même ou un fond appartenant à un tiers privé. La réalisation d'une mesure compensatoire exige de pouvoir accéder à l'immeuble concerné, de pouvoir en obtenir un certain usage durant une période souvent illimitée, ceci en restreignant d'autant les droits du propriétaire. Dans le premier type de fonds, la délivrance d'une autorisation d'usage de la collectivité publique détentrice de l'immeuble concerné est nécessaire. Dans le second type, il n'y a guère de problème de maîtrise foncière pour l'auteur de l'atteinte. Dans le troisième type, un accord du propriétaire privé est nécessaire, sous la forme d'une acquisition de gré à gré de la propriété foncière, de servitudes, de charges foncières<sup>155</sup>.

Sous réserve d'une *expropriation* fondée sur l'article 18c al. 4 LPN ou sur une base légale cantonale l'admettant pour les mesures compensatoires<sup>156</sup>, l'autorité ne peut exiger d'un tiers privé, y compris une collectivité publique, qu'il accepte la réalisation d'une mesure compensatoire sur son fonds et de la sorte une restriction de son droit de propriété. La base légale exigée par l'article 36 Cst. fait défaut. Il incombe alors à l'auteur de dommage d'apporter les garanties de maîtrise foncière durable des immeubles de tiers (promesse de vente, acte de vente, acte de servitude ou de charge foncière, extrait du registre foncier, etc.) permettant de constater la faisabilité juridique de la mesure compensatoire sous l'angle du droit privé.

La législation fédérale en matière de mesures compensatoires est malheureusement muette quant aux moyens à mettre en oeuvre pour garantir la faisabilité juridique des mesures compensatoires. Il fragilise de la sorte leur mise en oeuvre, le risque existant que de nombreuses mesures se montrent *a posteriori* irréalisables car le propriétaire du

---

RDAF 2014 I p. 535, 568

fonds refuse sont accord ou pose des conditions inacceptables à son octroi. Il fragilise également la position du perturbateur à la recherche de mesures compensatoires. Si la volonté du législateur est de laisser une grande marge d'appréciation selon le cas d'espèce, l'efficacité des mesures compensatoires gagnerait à voir la législation applicable être précisée quant à leur faisabilité et leur durabilité. Il est notamment regrettable que ni la LPN ni la LFo ne prévoient de dispositions analogues à l'article 18c al. 1 LPN, consacré à la protection des biotopes, en faveur des mesures compensatoires.

---

<sup>152</sup> Par exemple, dans le cas d'un marais à recréer, ce peut être l'absence naturelle d'eau, la présence d'un sol très drainant, la fréquence de laves torrentielles, etc.

<sup>153</sup> Cf. chapitre 5.3.

<sup>154</sup> Voir à ce propos les instruments présentés par Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 71-73.

<sup>155</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 73-75.

<sup>156</sup> Le canton du Valais présume expressément l'intérêt public des mesures de remplacement et de reconstitution à l'art. 3 al. 2 let. h de la loi cantonale valaisanne sur les expropriations du 8 mai 2008 (RS VS 710.1).

### 5.3. Les aspects formels: le devoir de coordination

L'exigence de faisabilité juridique impose qu'il n'y ait pas d'obstacle de droit public à la réalisation des mesures compensatoires, en particulier d'autres exigences légales qui s'y opposeraient. Le *devoir de coordination* de l'article 25a LAT vise, en faveur d'une pesée globale des intérêts, à permettre à l'autorité coordinatrice de prendre en considération l'ensemble des éléments déterminants du projet. Les mesures compensatoires font partie du projet auxquelles elles se rattachent et sont ainsi soumises à l'obligation de coordonner<sup>157</sup>. Il revient à l'autorité chargée d'examiner la légalité des atteintes de déterminer les mesures compensatoires, dans le cadre de la procédure ordinaire (décisive) d'autorisation du projet. L'obligation échoit aux mesures prononcées à la faveur de l'article 18 al. 1ter LPN<sup>158</sup>, mais aussi à celles qui le sont en vertu des articles 6 al. 1 LPN, de l'OBM, l'OSM et l'OHM, ainsi que l'article 31 al. 2 let. c LEaux.

Les mesures de compensation du défrichement sont évaluées dans une procédure spéciale ancrée à l'article 5 al. 2 LFo. Elles font partie intégrante de l'autorisation de défrichement en vertu de l'article 7 al. 1 let. b OFo, laquelle doit être coordonnée avec la procédure ordinaire (décisive) d'autorisation du projet<sup>159</sup>. C'est également le cas des mesures prises à la faveur des décisions spéciales commandées par la LPN: autorisation de porter atteinte à la végétation riveraine ou aux espèces protégées<sup>160</sup>.

---

RDAF 2014 I p. 535, 569

Si le *devoir de coordination* s'impose aux mesures compensatoires, encore faut-il en définir la portée en considérant deux niveaux procéduraux: lors de la procédure ordinaire d'autorisation du projet et à l'occasion des éventuelles procédures spécifiques nécessaires à l'exécution des mesures elles-mêmes.

#### 5.3.1. La coordination dans la procédure d'autorisation du projet

Dans le cas de mesures compensatoires n'exigeant pas de décision spéciale ordonnée par la LFo ou la LPN, le Tribunal fédéral a précisé le contenu de la coordination à assurer. Dans l'arrêt de la Borgne, il a rappelé que «les charges ou conditions prises sur la base de la LPN doivent être décrites avec précision dans une décision administrative et leur objet doit être clairement défini»<sup>161</sup>. Elles ne sauraient être présentées schématiquement ou de manière floue, mais doivent l'être de manière suffisamment concrète dans l'autorisation ordinaire du projet pour qu'il soit possible de juger de l'adéquation quantitative et qualitative des mesures compensatoires. Celles-ci doivent y être concrétisées dans leur emplacement et leur étendue<sup>162</sup>. La protection de la nature et du paysage est une préoccupation si importante que son examen ne peut être renvoyé à une étape ultérieure. Il ne suffit pas alors d'arrêter les seules obligations matérielles qui incombent ultérieurement au destinataire de la décision. Il ne suffit pas non plus de renvoyer les mesures compensatoires à un stade d'examen ultérieur d'étude des détails techniques de leur mise en oeuvre. Elles doivent être assez précises pour être exécutées en l'état, l'évaluation des impacts les concernant devant être également réalisée au stade de l'autorisation du projet principal<sup>163</sup>.

---

<sup>157</sup> Arrêt Güterbahnhof, TF du 12 octobre 2012 1C.156/2012, c. 6.2.2 = DEP 4/2013 357; ATF 122 II 165, c. 14 = JdT 1997 I 512. Voir également Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 82.

<sup>158</sup> TF du 24 juin 2005 1A.13/2005, c. 5.1; TF du 26 avril 2002 1A.173/2001, c. 4.3; ATF 121 II 161, c. 2b/bb; DEP 7/2008 659, p. 715; Karine Sidi-Ali (note 16), p. 98.

<sup>159</sup> Arnold Marti, ad. art. 25a, in: Commentaire de la Loi fédérale sur l'aménagement du territoire, Heinz Aemisegger/Pierre Moor/Alexander Ruch/Pierre Tschannen éd., Zürich 2010, no 18.

<sup>160</sup> TF du 5 juillet 2011 1C\_448/2011, c. 2.2; ATF 115 Ib 224, c. 5c/ca JdT 1991 I 494.

<sup>161</sup> Arrêt Borgne, TF du 19.4.2012 1C\_67/2011, c. 9.1.1 = DEP 1/2013 p. 72, avec la jurisprudence citée.

<sup>162</sup> Arrêt Borgne, TF du 19.4.2012 1C\_67/2011, c. 9.2 et 9.3 = DEP 1/2013 p. 72.

<sup>163</sup> Arrêt Borgne, TF du 19.4.2012 1C\_67/2011, c. 9.4 = DEP 1/2013 p. 72. Dans une procédure

Dans un arrêt plus ancien à Veysonnaz, le Tribunal fédéral consi-dérait déjà, sur la base de l'article 3 LPN, que l'autorisation ordinaire du projet ne pouvait se limiter à un renvoi flou au rapport d'impact. Les mesures compensatoires doivent y être décrites précisément, en énumérant celles qui constituent des modalités du projet et celles qui exigent des dispositions spéciales pour leur mise en oeuvre<sup>164</sup>. Elles doivent être définies dans le plan de l'ouvrage, de manière

---

RDAF 2014 I p. 535, 570

à ce que les intéressés puissent s'y opposer en connaissance de cause<sup>165</sup>.

Si la jurisprudence évoquée concerne l'article 18 al. 1ter LPN, il n'y a pas de raison de s'en écarter lors de l'application des autres dispositions compensatrices, leur objectif et leur mécanisme étant globalement les mêmes que la norme de protection des biotopes. Le devoir de coordination exige que l'autorité puisse rendre sa décision relative au projet en ayant pu évaluer concrètement la portée et l'efficacité des mesures, eu égard aux atteintes portées et aux exigences légales<sup>166</sup>. Cela implique que les mesures fassent partie intégrante de la décision ordinaire du projet.

Le Tribunal fédéral n'exclut pas qu'une mesure compensatoire puisse faire l'objet d'une planification de détail ultérieure. Il l'a évoqué dans un arrêt antérieur à l'entrée en vigueur de l'article 25a LAT le 1er janvier 1997, consacré à la construction d'une route nationale. Il y limite le décalage des procédures au cas où la nécessité des mesures compensatoires n'apparaît qu'ultérieurement ou que leur développement exige («muss») une planification ultérieure<sup>167</sup>. Dans l'arrêt récent de Güterbahnhof consacré à l'article 18 al. 1ter LPN, il réserve cette possibilité aux projets de constructions complexes pour lesquels il est inévitable que la décision de principe sur l'admissibilité du projet advienne avant d'autres décisions, car tous les aspects ne peuvent être traités dans une seule décision<sup>168</sup>. Cette séparation n'est admise que si la coordination matérielle et, dans la mesure du possible, la coordination formelle des décisions ne sont pas mises en échec. L'autorisation du projet doit pour cela désigner les mesures à prendre et garantir que leur mise en oeuvre fasse l'objet d'un suivi. En outre, des restrictions d'utilisation et des mesures d'entretien à long terme doivent être garanties de manière durable au stade de l'autorisation du projet principal, en parti-culier par des contrats de droit privé ou public ou des instruments de l'aménagement du territoire<sup>169</sup>. A défaut, les moyens de l'expropriation doivent être engagés.

---

RDAF 2014 I p. 535, 571

Dans le cas de mesures compensatoires liées aux autorisations spéciales de défrichement, mais également de supprimer la végétation riveraine ou de porter atteinte aux espèces protégées, le *devoir de coordination* formelle et matérielle s'impose comme la règle<sup>170</sup>. Le Tribunal fédéral a admis, dans une jurisprudence consacrée à la construction d'une ligne de chemins de fer, qu'une décision de défrichement de principe soit rendue, le plan de détails avec les mesures compensatoires étant renvoyé à une

---

d'autorisation de prélèvement d'eau en deux phases, l'examen des mesures compensatoires ne peut être renvoyée en seconde étape (c. 9.1.1). Voir à ce propos ATF 119 Ib 254, c. 10h.

<sup>164</sup> Arrêt Veysonnaz, TF du 22 décembre 1998 1A.1/1998, c. 8c/bb = DEP 8/1999 719 = RDAF 1999 371.

<sup>165</sup> Arrêt Veysonnaz, TF du 22 décembre 1998 1A.1/1998, c. 8d/aa = DEP 8/1999 719 = RDAF 1999 371. Les mesures compensatoires doivent être traitées comme l'ouvrage. Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 77.

<sup>166</sup> TAF du 17 décembre 2007 A-2081/2006, c. 10.1.5.

<sup>167</sup> ATF 122 II 165, c. 14 = JdT 1997 I 512. Egalement lors de la construction d'une ligne de chemins de fer, ATF 121 II 378, c. 6 = JdT 1996 I 492.

<sup>168</sup> Arrêt Güterbahnhof, TF du 12 octobre 2012 1C.156/2012, c. 6.2.2 = DEP 4/2013 357; ATF 126 II 26, c. 5d. Voir également Arnold Marti (note 159), ad. art. 25a, no 17 *in fine*.

<sup>169</sup> Arrêt Güterbahnhof, TF du 12 octobre 2012 1C.156/2012, c. 6.2.2 = DEP 4/2013 357, avec le renvoi à Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 70.

<sup>170</sup> Le devoir de coordonner est double: les mesures compensatoires doivent être coordonnées à la procédure spéciale de défrichement, laquelle doit être coordonnée à son tour à la procédure d'autorisation du projet.

phase subséquente<sup>171</sup>. Dans ce cas, il a exigé toutefois un minimum de coordination, dans le sens où les procédures séparées doivent être engagées sans tarder<sup>172</sup>. Au demeurant, le décalage admis n'avait aucun effet sur l'équilibre naturel forestier compte tenu de l'effet paralysant de la procédure de défrichement sur le projet technique<sup>173</sup>. Plus récemment, le Tribunal fédéral a renvoyé les exceptions au *devoir de coordination* en matière de défrichement aux situations admises dans la doctrine<sup>174</sup>. Elles n'y paraissent toutefois guère applicables. Il est de prime abord douteux de considérer que les autorisations concernant le défrichement, y compris ses mesures compensatoires, puissent être considérées comme «de moindre portée». En outre, la coordination de l'autorisation de défricher avec l'autorisation du projet est nécessaire pour exclure toute contradiction alors que des droits de tiers peuvent être affectés par les mesures compensatoires (1<sup>re</sup> exception). Aucune raison matérielle n'implique en général qu'elles soient rendues après la réalisation du projet (2<sup>e</sup> exception). Enfin, le défrichement a, en principe, une influence directement contraignante sur la réalisation du projet (3<sup>e</sup> exception).

### **5.3.2. La coordination avec les autorisations séparées des mesures de remplacement**

Il peut arriver que la réalisation effective d'une mesure compensatoire exige une autorisation ordinaire, séparée de l'autorisation relative au projet. Une telle situation concerne au premier chef les *mesures de remplacement* et les mesures de compensation forestière en faveur de

---

RDAF 2014 I p. 535, 572

la nature et du paysage. La difficulté réside dans l'antagonisme entre la volonté du porteur de projet de décaler les procédures pour traiter plus spécifiquement les points annexes de son projet<sup>175</sup> et le risque que la mesure de remplacement prononcée ne se réalise pas ou différemment du fait d'une procédure subséquente au résultat incertain.

L'obligation de coordonner s'étend à l'ensemble des autorisations que le projet rend nécessaires<sup>176</sup>. Elle comprend ainsi les autorisations séparées relatives aux mesures compensatoires. Ces dernières étant obligatoires, elles sont donc rendues nécessaires par le projet. Une coordination complète suppose que les procédures d'autorisation des mesures soient menées et traitées simultanément à celle du projet, afin que l'autorité coordinatrice puisse prendre en considération tous les aspects de ce dernier. Une telle coordination s'impose lorsque les conditions posées par les arrêts de la Borgne et de Veyonnaz ne sont pas remplies pour les mesures compensatoires concernées. De cette façon, elle répare le défaut de coordination au stade de l'autorisation du projet. A ce titre, les trois situations mentionnées par la doctrine<sup>177</sup> permettant de renoncer à la coordination n'apparaissent que peu applicables. La coordination de la procédure des mesures compensatoires est nécessaire pour exclure une contradiction avec l'autorisation du projet et les droits de tiers sont souvent affectés par elles. En outre, aucune raison matérielle n'impose que les mesures soient rendues après la réalisation du projet. Enfin, celles-ci exercent une influence juridique contraignante, mais pas

---

<sup>171</sup> ATF 124 II 146, c. 4c = JdT 1999 I 581; Arrêt Veyonnaz, TF du 22 décembre 1998 1A.1/1998, c. 8c/bb = DEP 8/1999 719 = RDAF 1999 371.

<sup>172</sup> Arrêt Veyonnaz, TF du 22 décembre 1998 1A.1/1998, c. 8c/bb = DEP 8/1999 719 = RDAF 1999 371; DEP 8/1999 711, c. 3.3.1.

<sup>173</sup> ATF 124 II 146, c. 4c *in fine* = JdT 1999 I 581.

<sup>174</sup> Arrêt Aminona, TF du 14 janvier 2014 1C\_621/2012, 1C\_623/2012, c. 4.2 = DEP 3/2014 251, avec le renvoi à Arnold Marti (note 159), ad. art. 25a, nos 17 et 19.

<sup>175</sup> Dans ce sens, Enrico Riva, *Wasserkraftanlagen: Anforderungen an die Vollständigkeit und Präzision des Konzessionsentscheids*, DEP 1/2014 1, p. 11.

<sup>176</sup> Arrêt Aminona, TF du 14 janvier 2014 1C\_621/2012, 1C\_623/2012, c. 4.2 = DEP 3/2014 251; Arnold Marti (note 159), ad. art. 25a, no 15.

<sup>177</sup> Arnold Marti (note 159), ad. art. 25a, nos 17 et 19.



matérielle il est vrai, sur le projet. Il ne peut y avoir en effet d'autorisation d'atteinte à la nature et au paysage d'une certaine importance sans mesure compensatoire.

En l'absence de procédures simultanées et lorsque les conditions exprimées dans les arrêts de la Borgne et de Veysonnaz sont remplies, la coordination n'est suffisante que lorsque celles évoquées dans l'arrêt de Güterbahnhof en matière de renvoi à une planification de détails subséquente sont également respectées. A tout le moins, les tiers intéressés par les mesures compensatoires doivent en être informés dans le cadre de la procédure d'autorisation du projet, afin qu'ils puissent faire valoir leurs droits et que l'autorité coordinatrice puisse valablement effectuer une pesée globale des intérêts. Il y a lieu au demeurant d'engager sans attendre la procédure d'autorisation de la mesure compensa-

---

RDAF 2014 I p. 535, 573

toire, afin de compromettre le moins possible l'équilibre écologique qu'elle vise.

Parmi les autorisations séparées sont à mentionner celles nécessaires à la construction de la mesure compensatoire (aménagement d'un nouveau biotope par exemple). Sont en outre visées les éventuelles modifications des plans d'affectation liées à la réalisation des mesures compensatoires. Celles-ci sont adoptées par l'autorité communale exécutive ou législative. Cette dernière, en particulier lorsqu'il s'agit de l'organe législatif, n'est pas tenue par la prohibition des décisions contradictoires inscrite à l'article 25a al. 3 LAT. En particulier, elle peut mettre purement fin, par un refus, à la procédure de révision du plan sans que l'auteur de l'atteinte ou que l'autorité de décision du projet portant atteinte ne puissent y trouver à redire. Une pleine coordination n'est alors possible qu'en procédure de recours suivant l'article 33 al. 4 LAT.

Deux situations sont alors à distinguer selon la raison qui préside à la modification du plan d'affectation. En premier lieu, elle peut répondre à la volonté d'apporter une garantie à long terme de la mesure, par une affectation en zone à protéger au sens de l'article 17 LAT. En ce cas, le refus de la modification ne fait pas obstacle à l'exécution de la mesure compensatoire. Sa protection légale en est amoindrie, mais peut être le cas échéant renforcée par le biais d'un autre instrument du droit public ou de droit privé.

En second lieu, la modification du plan d'affectation peut être dictée par l'exigence de conformité à la zone selon l'article 22 LAT, lorsque la mesure compensatoire est soumise à une autorisation de construire. Dans cette situation, le refus ou la modification du plan par l'autorité communale peuvent empêcher la réalisation de la mesure compensatoire. Pour éviter cet écueil, il importe alors que la procédure de planification territoriale soit coordonnée dans la mesure du possible avec celle de l'autorisation ordinaire du projet. Sous l'angle de la faisabilité de la mesure, l'autorité de décision peut de cette manière prendre en considération la décision communale afin de statuer sur la sienne.

#### ***5.4. Le rôle des collectivités publiques entre décision et devoir de surveillance***

La législation en matière de protection de la nature et du paysage est peu diserte sur les tâches qui incombent aux collectivités publiques en matière de mesures compensatoires, lorsqu'elles ne sont pas auteures des atteintes. Il laisse une large place à l'appréciation de l'autorité quant à l'évaluation des impacts et la détermination des mesures compensa-

---

RDAF 2014 I p. 535, 574

toires à prendre. Pour combler les lacunes de la loi, il faut s'en remettre avant tout à la documentation et aux directives de l'OFEV<sup>178</sup>, au caractère impératif des mesures compensatoires comprises dans la décision de l'autorité, ainsi qu'à la finalité des mesures compensatoires orientée vers l'équilibre écologique à rétablir.

#### 5.4.1. En tant qu'autorité de décision

Si les collectivités publiques ne supportent pas la charge de la réalisation des mesures compensatoires lorsqu'elles ne sont pas l'auteur de l'atteinte, elles assument néanmoins le poids de faire exécuter la législation en matière de protection de la nature et du paysage (art. 78 al. 1 et 2 Cst.). Dans le cadre de la procédure d'autorisation ordinaire du projet portant atteinte, certaines d'entre elles revêtent le rôle d'*autorité de décision*. A ce titre, elles sont tenues d'imposer les charges et les conditions relatives aux mesures compensatoires prévues par la législation. Elles doivent en outre veiller à l'adéquation et la faisabilité technique des mesures compensatoires qu'elles ordonnent. Elles sont également tenues de veiller à leur faisabilité juridique, en particulier leur garantie légale<sup>179</sup> et à la coordination des procédures. A défaut, elles peuvent refuser l'autorisation du projet ou exiger que la demande soit complétée avant de statuer définitivement.

Il peut arriver qu'une activité autorisée provoque des atteintes qui n'étaient pas prévues ou qui s'avèrent plus importantes qu'estimé. Il est également possible que des atteintes incertaines se produisent malgré les mesures préventives engagées. Dès lors que les mesures compensatoires ne permettent pas de couvrir les dommages qui n'étaient pas attendus dans l'autorisation ordinaire de l'activité en question, l'autorité peut révoquer sa décision sur la base de circonstances qui ont changé. Elle doit pour cela mettre en balance l'application du droit objectif de la compensation avec celui de la sécurité du droit<sup>180</sup>. Il lui est loisible d'exiger des mesures compensatoires supplémentaires, réduire les

---

RDAF 2014 I p. 535, 575

droits associés à l'autorisation (par exemple, la surface d'extraction pour l'exploitation d'une carrière), voire, dans des cas extrêmes, les annuler.

Si, dans l'exercice de sa tâche de surveillance, l'autorité constate une mauvaise exécution ou une inexécution des mesures compensatoires ordonnées, elle est tenue de prendre des mesures d'exécution des obligations contenues dans sa décision. Elle dispose en particulier des moyens de contrainte indirecte<sup>181</sup> lorsque des bases légales les prévoient, voire en l'absence de base légale lorsqu'elle dispose d'un pouvoir d'appréciation. Ce peut être le refus de l'autorisation d'exploiter ou d'habiter, la réduction ou le retrait d'une subvention, le refus d'une autorisation de construire subséquente ayant un lien raisonnable avec la mesure compensatoire. L'administration peut également procéder à l'exécution par équivalent de la mesure inexécutée telle qu'elle est fixée dans la décision de base et rappelée dans une sommation. Une base légale n'est pas nécessaire, car le résultat visé est prévu dans la législation imposant l'exécution de mesures compensatoires<sup>182</sup>.

---

<sup>178</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13); OFEV (note 127). La loi n'apporte que peu de précisions quant à la manière d'atteindre l'objectif d'équilibre écologique. Les détails pratiques ne font l'objet que d'un guide de l'OFEV qui présente à son annexe 4 plusieurs méthodes d'évaluation multicritère des biotopes et des mesures compensatoires. Celles-ci ne sont pour autant pas juridiquement contraignantes, mais s'imposent comme de simples aides à la décision. Voir à ce propos Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 106 ss.

<sup>179</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 70.

<sup>180</sup> Pierre Moor/Etienne Poltier, *Droit administratif*, Vol. II: Les actes administratifs et leur contrôle, p. 386; Thierry Tanquerel (note 149), nos 944 et 949, Jacques Dubey/Jean--Baptiste Zufferey, *Droit administratif général*, Bâle 2014, nos 1031-1034.

<sup>181</sup> Pierre Moor/Etienne Poltier (note 180), p. 131; Thierry Tanquerel (note 149), nos 1191 ss, Jacques Dubey/Jean--Baptiste Zufferey, note 180) nos 2240-2241.

<sup>182</sup> Pierre Moor/Etienne Poltier (note 180), p. 123-125; Thierry Tanquerel (note 149), nos 1186-1187, Jacques Dubey/Jean--Baptiste Zufferey, note 180) nos 2225-2226, 2272.



Lorsque le droit applicable le prévoit, l'administration dispose également des sanctions du droit pénal administratif (art. 42 à 44 LFo, art. 71 LEaux, art. 24 et 24a LPN, art. 17 LChP). Elle peut au demeurant invoquer la norme de responsabilité de l'article 24e LPN pour exiger la remise en état, lorsque la mauvaise exécution d'une mesure compensatoire cause un préjudice à un objet protégé qui ne peut être autorisé *a posteriori*<sup>183</sup>.

#### **5.4.2. En tant qu'autorité de contrôle et de surveillance**

Comme le précise l'OFEV<sup>184</sup> et bien que la législation applicable ne le spécifie pas expressément, l'autorité de décision est tenue de s'assurer que les mesures ordonnées soient entreprises dans les règles de l'art et qu'elles atteignent les buts écologiques visés. Cette tâche de surveillance découle directement des objectifs des mesures compensatoires, tournés vers le résultat négatif des atteintes à équilibrer. Dans ce contexte, il est recommandé que soit exigé l'accompagnement de la réalisation des mesures compensatoires par des spécialistes, si l'autorité ne peut elle-même l'effectuer. Celle-ci doit également assumer le contrôle

---

**RDAF 2014 I p. 535, 576**

final de l'exécution conforme des mesures ordonnées, dans le cadre de la réception de la mesure elle-même ou celle de l'ouvrage. Au besoin, l'autorité peut ordonner des travaux complémentaires dans le respect du principe de proportionnalité, afin d'atteindre les objectifs écologiques fixés dans la décision. Selon les circonstances, un suivi des effets des mesures entreprises peut s'avérer nécessaire, lorsque la vérification de l'accomplissement du but écologique fixé ne peut être efficace que dans le temps. Les mesures compensatoires font partie intégrante du projet et doivent à ce titre faire l'objet d'un contrôle semblable à celui auquel est soumis ledit projet. Ce contrôle s'étend non seulement à l'exécution de la mesure, mais également à son entretien.

#### **5.5. Un aperçu de droit comparé: le modèle français de compensation**

Le modèle français applicable à la préservation des milieux naturels repose sur l'article 1 de la Loi no 2009-967 du 3 août 2009 qui découle de la Loi dite Grenelle 1, du 23 juillet 2009, ainsi que sur la réforme de l'étude d'impact, amenant une meilleure effectivité notamment par la mise en place d'une procédure de suivi/contrôle dans la mise en oeuvre (on évoque ici la Loi dite Grenelle 2, adoptée le 12 juillet 2010). Selon l'article 1 précité, les procédures de décisions publiques doivent permettre de «privilégier les solutions respectueuses de l'environnement, en apportant la preuve qu'une décision alternative plus favorable à l'environnement est impossible à coût raisonnable». En application de ce texte, le Ministère de l'Ecologie, du Développement durable, des Transports et du Logement a établi une «Doctrine relative à la séquence éviter, réduire et compenser les impacts sur le milieu naturel» du 25 juin 2012 (ci-après Doctrine ERC<sup>185</sup>).

De manière analogue à ce que prévoit le droit suisse, la Doctrine ERC (p. 1) instaure trois étapes successives dans le processus de décision de projets: en premier lieu éviter les atteintes; en second lieu les réduire; à défaut, compenser les impacts qui ne peuvent être réduits. Les différences majeures entre les modèles suisse et français apparaissent à l'occasion de la mise en oeuvre des mesures compensatoires. Dans le second modèle, ces dernières n'interviennent que lorsque les impacts n'ont pas été suffisamment réduits et peuvent être de ce fait qualifiés de *significatifs*<sup>186</sup>. Toutes les atteintes résiduelles ne sont ainsi pas à compenser, dès lors qu'elles sont considérées comme négligeables.

---

<sup>183</sup> Cf. chapitre 6.

<sup>184</sup> Bruno Kägi/Andreas Stalder/Markus Thommen (note 13), p. 82-83.

<sup>185</sup> Etat au 16.1.2014.

<sup>186</sup> Doctrine ERC, p. 5. *A contrario*, les impacts acceptables désignent ceux qui sont suffisamment faibles pour ne pas devoir être compensés (p. 1, n. 1).

---

RDAF 2014 I p. 535, 577

La Doctrine ERC apporte la rigueur qui fait défaut au modèle suisse, en inscrivant des obligations en faveur de l'efficacité des mesures compensatoires (exécution, accomplissement des objectifs, suivi, ...). En premier lieu, elle exige expressément que les mesures soient *équivalentes* qualitativement, un gain devant être si possible obtenu; qu'elles soient *faisables* techniquement et juridiquement, qu'elles soient *efficaces* (p. 6). En second lieu, la Doctrine ERC (p. 7) impose la pérennisation des mesures compensatoires. Celle-ci inclut tant l'entretien et la gestion dans le temps que «la maîtrise d'usage ou foncière des sites» (contractualisation ou acquisition foncière).

La condition de l'efficacité associe des objectifs de résultat et des modalités de suivi aux mesures, tout en y intégrant la proportionnalité, l'incertitude quant à l'efficacité de la mesure et le décalage temporel entre elle et l'atteinte (p. 6). Les objectifs de résultat doivent être attachés aux autorisations des projets, ainsi que les moyens de mise en oeuvre des mesures. L'autorité doit alors assurer le contrôle de l'exécution des mesures et de leur efficacité. Le non-respect des objectifs de résultats fixés, même si les mesures prescrites ont été correctement exécutées, peut donner lieu à des adaptations. Ce faisant, la Doctrine ERC (p. 8) affirme l'*obligation de résultat écologique qualitatif* qui incombe au maître de l'ouvrage, pas seulement une obligation de moyens.

L'approche inscrite dans le temps et l'espace des mesures compensatoires, ainsi que leur obligation de résultat s'exprime également, en droit français, dans le cadre de la réparation du préjudice écologique. L'article L 162-9 du Code l'environnement<sup>187</sup> prévoit la *réparation primaire*, laquelle doit permettre le retour à l'état initial et ainsi l'équivalence. Lorsqu'elle ne suffit pas, la *réparation complémentaire* peut intervenir pour assurer l'équilibre écologique. La *réparation compensatoire* intervient pour compenser les pertes intermédiaires avant que les deux autres types de réparation ne produisent leurs effets. De telles exigences n'apparaissent pas en droit Suisse, en particulier à l'article 24e LPN dont il est question au chapitre suivant.

## 6. Les atteintes illicites à la nature et au paysage dans l'article 24e LPN

### 6.1.1. Les mesures compensatoires de l'article 24e LPN

L'article 24e LPN fait également mention de *mesures compensatoires*. Il prévoit que l'auteur d'une atteinte *illicite*<sup>188</sup> à un objet protégé

---

RDAF 2014 I p. 535, 578

en vertu de la LPN, respectivement de son droit fédéral ou cantonal d'application, puisse être tenu de réparer le dommage par leur biais. Sont alors visées toutes formes d'atteintes, d'ordre technique ou non, à un objet formellement sous protection par le biais d'un inventaire ou des listes annexées à l'OPN ou soumis à une règle générale de protection telles la végétation riveraine ou les espèces<sup>189</sup>. L'illicéité est constatée lorsque l'atteinte directe ou indirecte affecte, sans droit, l'existence matérielle d'un biotope ou d'une espèce protégée ou leur capacité de renouvellement, respectivement la réalisation des objectifs de protection d'un paysage ou les éléments caractéristiques d'un site marécageux protégé.

---

<sup>187</sup> Cette disposition a été créée par la Loi no 2008-757 du 1er août 2008 relative à la réparation environnementale et à diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de l'environnement (art. 1).

<sup>188</sup> Message initiative de Rothenthurm, FF 1985 II 1449, p. 1472.

<sup>189</sup> Karl Ludwig Fahrländer, ad. art. 24e, in: Commentaire LPN, Peter M. Keller/Jean-Baptiste Zufferey/Karl Ludwig Fahrländer éd., Zürich 1997, nos 8-11. Sont concernés par la protection de l'art. 24e LPN les paysages et les biotopes protégés, mais également les espèces protégées (notamment celles mentionnées dans les annexes 2 à 3 OPN).

L'article 24e LPN constitue une norme de responsabilité de droit public, indépendante de toute faute du perturbateur propriétaire ou tiers (responsabilité causale)<sup>190</sup>. Il s'inscrit dans une relation de droit public entre le perturbateur et la collectivité publique compétente désignée par le droit cantonal. Celle-ci ordonne, par voie de décision<sup>191</sup>, la remise en état et précise les mesures à prendre avec les éventuelles conditions qui lui sont liées (entretien, suivi, etc.). A ce titre, le droit à la mesure compensatoire (à la réparation) ne peut être exercé que par elle. Des personnes privées ne peuvent s'en prévaloir; ne leur échoit qu'une éventuelle action en responsabilité ressortant du seul droit privé.

Les mesures compensatoires évoquées à l'article 24e sont analogues à celles de l'article 18 al. 1ter LPN. Elles suivent le même régime de subsidiarité<sup>192</sup>, doivent respecter le principe de proportionnalité<sup>193</sup>, mais n'ont en revanche qu'une portée potestative<sup>194</sup>. Peut ainsi être exigée en premier lieu la reconstitution (art. 24e let. a LPN). Si elle s'avère impossible, le remplacement adéquat est prévu à l'article 24e let. c LPN. Dans l'arrêt les Bayards<sup>195</sup>, le Tribunal fédéral admet également, lorsque la reconstitution et le remplacement ne sont pas possibles, des mesures

---

**RDAF 2014 I p. 535, 579**

qualitativement différentes des dégâts causés, sous la forme d'un remplacement *improprement dit*. Il importe alors qu'elles soient pertinentes dans le cas d'espèce et qu'elles permettent à tout le moins de compenser la moins-value écologique et paysagère engendrée par l'atteinte illicite.

Une compensation financière n'est admissible qu'exceptionnellement, si la reconstitution ou le remplacement ne peuvent entrer en ligne de compte<sup>196</sup>. Elle ne saurait être inférieure au coût présumé de la réparation en nature si elle avait été possible.

### ***6.1.2. La concrétisation du principe de causalité***

Conformément au principe de causalité, l'auteur du dommage doit assumer les coûts des mesures compensatoires ordonnées (art. 24e let. b LPN). Il doit également assumer leur réalisation en nature<sup>197</sup>. L'article 24e LPN mentionne que l'auteur du dommage ne doit pas seulement prendre à sa charge les frais, mais surtout qu'il est tenu «d'annuler» («rückgängig zu machen») les effets ou «de fournir» («leisten») une compensation appropriée. Les termes employés évoquent l'obligation de faire à charge du perturbateur. Sont réservés les cas où des connaissances particulières excluent ou rendent difficilement envisageable leur mise en oeuvre par l'auteur du dommage<sup>198</sup>.

---

<sup>190</sup> Karl Ludwig Fahrländer (note 189), ad. art. 24e, nos 12 et 14; PJA 2004 1262 avec le commentaire de Denis Piotet, p. 1265. L'art. 24e LPN constitue une *lex generalis* qui va au-delà de ce que prévoit l'art. 23 LChP.

<sup>191</sup> En principe, les prétentions de droit public doivent être déterminées dans une décision administrative sujette à recours. TF du 11 février 2013 2C\_404/2012, c. 4.2, avec la jurisprudence citée.

<sup>192</sup> Karl Ludwig Fahrländer (note 189), ad. art. 24e, no 19.

<sup>193</sup> ATF 123 II 248, c. 4b = JdT 1998 I 530 = RDAF 1998 I 596.

<sup>194</sup> Karine Sidi-Ali (note 16), p. 108.

<sup>195</sup> Arrêt les Bayards TF du 17 avril 2014 1C\_688/2013, c. 6.2. Dans l'affaire en cause, la reconstitution et le remplacement étaient rendus impossibles du fait de la modification irréversible de la structure du sol.

<sup>196</sup> Karl Ludwig Fahrländer (note 189), ad. art. 24e, nos 17-20; Felix Schoebi, Der Umgang des Gesetzgebers mit Umweltschäden, DEP 4/2009 463, p. 480. Ce pourrait être en particulier le cas lorsqu'il s'agit de réparer le dommage causé à une espèce animale pour laquelle toutes les mesures adaptées (la réintroduction par exemple) en nature seraient dépourvues de sens ou disproportionnées.

<sup>197</sup> Le droit cantonal neuchâtelois exprime clairement l'obligation de réaliser à l'art. 40 al. 2, 1re phrase, de sa loi sur la protection de la nature du 22 juin 1994 (LcPN – RS 461.10): «La charge des travaux incombe à l'auteur du dommage».

<sup>198</sup> Karl Ludwig Fahrländer (note 189), ad. art. 24e, nos 20-21.

Dans cette situation, la collectivité entreprend alors elle-même la mesure, aux frais du perturbateur. Il ne suffit pas que ce dernier ne possède pas personnellement les connaissances particulières suffisantes pour que la réalisation de la mesure compensatoire incombe à la charge de la collectivité publique. Sa mise en oeuvre doit présenter une complexité ou une spécificité particulière qui fait que la collectivité apparaisse comme la seule apte à l'entreprendre. Cela ne saurait être le cas pour la création d'un biotope à titre de mesure de remplacement. Si le perturbateur se soustrait à son obligation de réparer, l'autorité peut agir par substitution, en lui imputant les coûts de la mesure en vertu de l'article 24e let. b LPN<sup>199</sup>.

---

RDAF 2014 I p. 535, 580

### 6.1.3. Le champ d'application de l'article 24e LPN

Le champ d'application de l'article 24e LPN couvre les activités qui n'ont pas été soumises à autorisation, soit deux situations distinctes.

En premier lieu sont visées les atteintes issues d'une activité soumise à une autorisation, mais accomplie sans en disposer. Sont concernées les autorisations ordinaires de projets ou les décisions spéciales en vertu de la LPN (atteintes à la végétation riveraine ou aux espèces). Dès lors qu'une régularisation est exclue, n'est pas accordée ou ne l'est que partiellement<sup>200</sup>, la mesure compensatoire de l'article 24e LPN peut être exigée. L'illicéité dans ce cas est tant formelle (absence d'autorisation) que matérielle (dommage provoqué). Tombent à ce titre sous le coup de cette disposition les atteintes liées aux constructions dans les marais et sites marécageux d'importance nationale dont la remise en état exigée à l'article 25b LPN est disproportionnée<sup>201</sup>. Sont également concernées les atteintes issues de l'exécution incorrecte de mesures compensatoires non conformes à la décision de l'autorité, lorsqu'elles ne peuvent être régularisées.

En second lieu sont, à notre sens, également visées les atteintes issues d'activités qui ne sont soumises à aucune autorisation. Entrent en considération dans un tel contexte des atteintes non techniques ou d'ordre technique, portées aux biotopes protégés, aux paysages inventoriés ou aux marais et sites marécageux d'importance nationale. Il peut par exemple s'agir de dommages causés, dans le cadre d'une exploitation agricole usuelle, par des mesures inadéquates. L'illicéité découlerait alors du seul fait du dommage provoqué, à l'image de la protection des droits absolus, dans le contexte de l'article 41 CO. Cette situation vise les cas où un contrôle *a priori* des atteintes n'est pas possible ou n'est pas requis (pas d'autorisation ordinaire nécessaire). Reste alors le contrôle *a posteriori* où est constatée leur illicéité. L'autorité peut, à notre sens, ordonner en ce cas des mesures compensatoires, dans le respect du principe de proportionnalité.

Peut au demeurant survenir une situation dans laquelle des activités causent des atteintes qui ne peuvent être prévues et que le principe de précaution ne permet pas d'interdire, au stade d'une autorisation. Il

---

RDAF 2014 I p. 535, 581

s'agit notamment des incidences inconnues ou mal connues, de faible gravité ou de très faible probabilité causés aux marais et sites marécageux d'importance nationale. A notre sens, elles sont susceptibles de tomber dans le champ d'application de l'article

---

<sup>199</sup> Voir à ce titre l'art. 40 al. 2, 2e phrase, LcPN NE.

<sup>200</sup> En ce cas, des mesures compensatoires de l'art. 24e LPN (pour la part non régularisable de l'atteinte) peuvent être ordonnées simultanément à celles de l'art. 18 al. 1ter LPN (pour la part régularisable).

<sup>201</sup> ATF 123 II 248, c. 4b = JdT 1998 I 530 = RDAF 1998 I 596. Il s'agit des situations où la démolition de la construction litigieuse ne serait pas proportionnée car pas apte à atteindre le but de la remise en état, en particulier dans le cas où elle causerait une plus grande atteinte que le maintien de l'état conforme au droit. L'atteinte causée par la construction doit être réparée par la mesure de remplacement de l'art. 24e let. c LPN.



24e LPN, en particulier du fait de l'exclusion de toute atteinte à ces milieux naturels inscrite à l'article 23d alinéa 1 LPN.

## 7. Conclusion

En droit positif, le concept de nature se décline en trois notions juridiques indéterminées: le paysage, le biotope et les espèces animales ou végétales. Parce qu'elles peuvent faire l'objet de préjudices directs ou indirects du fait d'activités anthropiques ou d'origine naturelle, elles bénéficient d'un régime de protection à la faveur de la LPN, mais également de la LFo et plus marginalement de la LEaux. La protection accordée à la nature et au paysage s'exprime de manière négative par des prescriptions d'interdiction ou de manière positive par des obligations de faire. Cette dernière approche s'est avant tout développée en matière de biotopes. Elle mériterait d'être renforcée à propos des paysages. Hormis pour les marais et sites marécageux d'importance nationale, la protection n'est pas absolue. Seuls les objets d'une certaine importance en jouissent. Une pesée des intérêts en présence est alors nécessaire pour évaluer si une atteinte d'origine humaine est admissible ou non.

Si des atteintes à la nature protégée ou digne de protection sont admissibles, l'équilibre écologique doit néanmoins être globalement préservé. L'autorité doit dès lors ordonner la réalisation de mesures compensatoires adaptées à l'atteinte et à l'objet endommagé. La priorité est donnée à celles qui permettent de réduire l'atteinte, puis à celles qui permettent de reconstituer la valeur, enfin celles qui la remplacent. La mise en oeuvre des mesures compensatoires suit le principe de causalité. L'auteur de l'atteinte doit en assurer non seulement les coûts, mais la réalisation concrète et l'entretien. L'autorité assume pour sa part un devoir de surveillance.

Les mesures compensatoires font partie intégrante de l'autorisation ordinaire relative au projet à l'origine des atteintes. Elles sont ainsi soumises au devoir de coordination. Lorsque les mesures compensatoires n'exigent aucune décision spéciale en vertu de la LFo ou de la LPN, elles doivent être décrites précisément dans l'autorisation du projet, de manière à pouvoir être exécutée en l'état. Dans le cas de mesures compensatoires liées à une décision spéciale de la LPN ou de la LFo, le

---

RDAF 2014 I p. 535, 582

devoir de coordination est de mise, sous réserve de cas particuliers admis par le Tribunal fédéral.

Les mesures compensatoires s'inscrivent dans la prévention des atteintes à la nature et au paysage dans le cadre de la procédure d'autorisation ordinaire d'un projet. Hormis dans le cas des marais (art. 5 al. 2 let. f OBM, art. 5 al. 1 let. d OHM) et sites marécageux d'importance nationale et d'une beauté particulière (art. 25b LPN), elles ne formulent pas de mesures d'*assainissement* au sens de l'article 16 al. 1 LPE<sup>202</sup>, permettant à l'autorité d'ordonner la mise en conformité avec la LPN des objets en fonction de dommages passés. Tout au plus peut-il être question de manière impropre d'un *assainissement de fait* lors qu'une mesure compensatoire répare les atteintes causées par une intervention passée autorisée. Cela concerne en particulier les activités par étapes où une exploitation subséquente justifie des mesures compensatoires pour les préjudices issus d'une étape précédente (exploitation d'une carrière, d'une décharge). Au demeurant, les articles 18a al. 2, 18b al. 1 LPN, ainsi que le nouvel article 7 du projet d'OIFP suggèrent également l'existence impropre d'un assainissement de fait. Ces dispositions prévoient la remise en état des biotopes d'importance nationale, régionale ou locale, dans le cadre de leur protection active et de l'obligation faite aux cantons de prendre des mesures appropriées. Toutefois, à la différence de

---

<sup>202</sup> L'assainissement de l'art. 16 LPE vise les installations antérieures à l'entrée en vigueur des normes environnementales et qui n'y satisfont pas («*nachträgliche Fehlerhaftigkeit*»). TF du 9 février 2012 IC\_177/2011, c. 4.2 = DEP 7/2010 698. La notion d'assainissement se fonde sur l'existence d'un état de référence, d'un seuil vers lequel ramener la nature, à l'instar de ce que prévoit la LPE en matière d'air, de bruit, voire de site à polluer. Un tel seuil n'existe que pour les marais et sites marécageux d'importance nationale: le 1er juin 1983.



l'assainissement de l'article 16 LPE, la charge d'entretien et de remise en état des objets protégés par la LPN n'incombe pas à l'auteur du préjudice, mais à la collectivité publique.

La norme de responsabilité causale de droit public de l'article 24e LPN a également recours aux mesures compensatoires. Lorsqu'une atteinte est causée illicitement à un objet protégé par la LPN ou son droit d'application fédéral ou cantonal, son auteur doit en assumer la réparation, à défaut le remplacement, ainsi que les coûts qui leurs sont liés. Sont visées les atteintes causées en l'absence d'autorisation, soit lorsqu'elle n'est pas requise, soit lorsqu'elle est requise, mais pas délivrée.