

# La compensation écologique des dommages causés à la biodiversité: un mal nécessaire?

**Charles-Hubert BORN**<sup>1</sup>

*Professeur à l'UCL*

*Avocat au barreau de Nivelles*

**Valérie DUPONT**

*Chercheur FSR à l'UCL*

**et Charles PONCELET**

*Avocat au barreau de Bruxelles*

## Introduction

De l'avis des scientifiques, la biodiversité en Europe occidentale connaît, globalement, un déclin alarmant<sup>2</sup>. Cette érosion, qui affecte tant la biodiversité «remarquable» que la biodiversité «ordinaire»<sup>3</sup>, s'accompagne d'une diminution, certes encore difficile à évaluer, des innombrables services environnementaux que rend la biodiversité à la société. Ce déclin est le résultat de la pression croissante exercée par l'intensification sans précédent des usages du sol – agriculture, urbanisation, tourisme, sylviculture, etc. – depuis la Seconde Guerre mondiale.

Contrairement à ce que requiert le principe du pollueur-payeur, ces dégradations ne sont nullement prises en compte dans la fixation du prix des biens et des services produits à partir de ressources naturelles. Qualifiées pudiquement, en économie, d'«externalités négatives», les dégradations causées aux écosystèmes privent la collectivité de services gratuits, au profit des opérateurs privés ou publics qui n'ont nullement à supporter le coût de leur restauration ou de leur remplacement<sup>4</sup>. L'une des approches imaginées pour corriger cette «défaillance du marché», au sens de la littérature économique, consiste dans l'imposition, par les pouvoirs publics, d'une obligation de compenser les dommages inévitables causés à la biodiversité et aux services environnementaux par la préservation, l'amélioration ou la restauration d'écosystèmes présentant une structure et des fonctions équivalents à celles de l'habitat dégradé (*offset*). Visant à éviter une

«perte nette» de biodiversité («*no net loss*»), cette compensation écologique peut prendre différentes formes, depuis des mesures de restauration d'habitats à vaste échelle imposées au cas par cas jusqu'au simple paiement d'une somme à un fonds chargé de financer la réalisation d'actions de conservation au sens large, en passant par l'établissement de «marchés d'unités de biodiversité». Si, du point de vue de la gestion des ressources communes, la compensation présente d'incontestables avantages, elle présente également d'importantes limites, liées, notamment, au caractère difficilement substituable des écosystèmes et de leurs fonctions et aux difficultés pratiques que soulève sa mise en œuvre.

L'objet de la présente contribution n'est évidemment pas de discuter des fondements économiques et scientifiques de la compensation écologique<sup>5</sup>. Il s'agit de présenter, d'analyser et de critiquer les principaux mécanismes juridiques qui régissent la compensation des atteintes causées à la biodiversité. Plutôt que de décrire chaque régime séparément, on passera d'abord en revue la notion de compensation écologique et ses principes (I), ses fondements juridiques (II) et l'étendue des dommages sujets à compensation en droit positif (III). On analysera ensuite les règles relatives à la fixation des mesures compensatoires (IV), à leur mise en œuvre (V) et à leur financement (VI) dans les différents régimes étudiés. Nous axerons notre propos sur le droit wallon et, dans une moindre mesure, sur le droit bruxellois.

1. Collaborateur au Séminaire de droit de l'urbanisme et de l'environnement (SERES) et affilié au Centre de recherche sur la biodiversité (BDIV) de l'UCL. Ch.-H. Born remercie vivement F. Haumont, pour ses judicieux conseils, ainsi que A. Naveau (SPW-DNF), M. Dufrene (SPW-DEMNA) et Ph. Goffart (SPW-DEMNA) pour les échanges et leurs commentaires sur le texte.
2. Voir le dernier rapport de l'Agence européenne de l'environnement (EUROPEAN ENVIRONMENTAL AGENCY, *Assessing biodiversity in Europe – the 2010 Report*, EEA Report, 5/2010, 58 pp.).
3. Selon la distinction faite in B. CHEVASSUS-AU-LOUIS (dir.), *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes. Contribution à la décision publique*, Paris, La Documentation française, 2009, pp. 122 et s., en ligne sur [http://www.economie.eaufrance.fr/IMG/pdf/rapport\\_bio\\_v2.pdf](http://www.economie.eaufrance.fr/IMG/pdf/rapport_bio_v2.pdf) (janvier 2012).
4. Voir OCDE, *Economic incentive measures for the conservation and sustainable use of biological diversity: conceptual framework and guidelines for case studies*, (OCDE/GD(94)79), Paris, 1994, spéc. p. 7, en ligne sur [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD\(94\)79&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=OCDE/GD(94)79&docLanguage=En) (mars 2012).
5. Sur les aspects techniques de la compensation, voir la contribution de Ph. GOFFART dans cet ouvrage.

## I. Notion et principes

### I.1. Notion

#### I.1.1. Définition

La compensation<sup>6</sup> est qualifiée d'écologique lorsque son objectif premier est d'éviter une «perte nette» de biodiversité (*no net loss*) en restaurant ou en recréant des écosystèmes dont la composition, la structure et les fonctions sont les plus proches possibles de ceux qui ont été endommagés. Son principe est énoncé clairement dans la Stratégie nationale de la Belgique pour la biodiversité (2006-2016) dans les termes suivants<sup>7</sup>: «Si, en dépit d'une évaluation négative des implications pour la biodiversité et en l'absence de solutions alternatives, un plan ou projet devait, malgré tout, être réalisé pour des raisons impérieuses ou allant outre l'intérêt public, les autorités publiques devraient prendre toutes les mesures compensatoires nécessaires pour veiller à ce qu'aucune perte nette de biodiversité ne survienne lors de la mise en œuvre ou de l'exécution du plan ou projet» (p. 27).

De manière provisoire et en s'inspirant des recommandations de la Commission<sup>8</sup> ainsi que de la définition des «biodiversity offsets» du BBOP<sup>9,10</sup>, on définira, pour la suite de cette contribution, la compensation écologique comme l'ensemble des mesures de protection, d'amélioration et de restauration d'éléments de la biodiversité prises en vue de contrebalancer les effets négatifs résiduels d'une décision sur la biodiversité, lorsqu'il n'existe pas de solution alternative raisonnable et après application des mesures d'atténuation, de manière à éviter toute perte nette de biodiversité et de services environnementaux.

### I.1.2. Concepts proches

Cette définition permet de distinguer, dans le cadre de la présente étude, les mesures compensatoires (*compensatory measures*) de deux autres concepts proches, à savoir:

- 1) les mesures d'évitement (*avoidance measures*): ces mesures visent à prévenir tout ou partie de l'impact négatif pressenti par la recherche de solutions alternatives au projet, dans son principe (alternative «zéro»), dans sa conception et/ou dans sa mise en œuvre. Les mesures compensatoires sont, par définition, envisagées lorsque le dommage ne peut être évité;
- 2) les *mesures d'atténuation (minimization measures)*<sup>11</sup>, qui visent à atténuer l'ampleur des impacts négatifs d'un projet lors de sa conception et de sa mise en œuvre. Elles sont donc directement liées au projet, alors que les mesures compensatoires sont *a priori* indépendantes de celui-ci et ne font que produire un effet positif distinct pour contrebalancer l'effet négatif du projet. L'enjeu de cette différence – parfois très malaisée à faire<sup>12</sup> – est important dans le cadre de Natura 2000, dès lors que si un projet peut être considéré, grâce à des mesures d'atténuation, comme ne risquant pas de porter atteinte à l'intégrité du site, il peut être autorisé sans passer par la procédure dérogatoire et la notification à la Commission. Le Conseil d'État sanctionne, dans le cadre de Natura 2000, une telle confusion<sup>13</sup>, pourtant fréquente en pratique<sup>14</sup>. La nouvelle ordonnance bruxelloise du 1<sup>er</sup> mars 2012 relative à la conservation de la nature<sup>15</sup> prévoit à cet égard explicitement que «Les mesures compensatoires au sens du § 2, 3<sup>o</sup>, ne peuvent pas être considérées comme des mesures d'atténuation per-

6. Sur ce concept, voir le rapport introductif de Fr. HAUMONT dans cet ouvrage.

7. Manifestement inspirés de l'article 6, § 4, de la directive «Habitats», dans sa version anglaise.

8. Dans le cadre de Natura 2000, la Commission a défini les mesures compensatoires prévues par l'article 6, § 4, de la directive «Habitats» comme suit: «Les mesures compensatoires constituent des mesures spécifiques d'un projet ou d'un plan qui viennent s'ajouter aux mesures normales prises pour mettre en œuvre les directives «Nature». Elles visent à contrebalancer les effets négatifs d'un projet et à assurer une compensation correspondant exactement aux effets négatifs sur l'espèce ou l'habitat en cause. Elles constituent le 'dernier recours' et ne sont utilisées que lorsque les autres mesures de sauvegarde prévues par la directive restent sans effet et qu'il a été décidé d'envisager malgré tout la réalisation d'un projet ou d'un plan ayant des effets négatifs sur un site Natura 2000» (Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», janvier 2007, p. 11).

9. Le «Business and Biodiversity Offsets Program» (BBOP) est un vaste partenariat international d'entreprises privées, d'institutions financières, de gouvernements et d'organisations non gouvernementales visant à explorer les mécanismes de compensation écologique pour dégager des bonnes pratiques en la matière (<http://bbop.forest-trends.org/index.php>).

10. Selon le BBOP, «Biodiversity offsets are measurable conservation outcomes resulting from actions designed to compensate for significant residual adverse biodiversity impacts arising from project development after appropriate prevention and mitigation measures have been taken. The goal of biodiversity offsets is to achieve no net loss and preferably a net gain of biodiversity on the ground with respect to species composition, habitat structure, ecosystem function and people's use and cultural values associated with biodiversity» (BBOP, *Business, Biodiversity, Offsets and BBOP, An Overview*, 2009, p. 4, en ligne sur <http://bbop.forest-trends.org/guidelines/overview.pdf> (visité le 20 février 2012)).

11. Nous n'utilisons pas le terme «mitigation» car celui-ci est utilisé aux USA et par le BBOP pour désigner l'ensemble des mesures visant à neutraliser l'impact négatif d'un projet, y compris les mesures de compensation elles-mêmes.

12. Dans certains cas (compensation *in situ*), la différence entre les mesures d'atténuation et de compensation est cependant parfois ténue. En ce sens, Fr. HAUMONT, «La compensation en droit de l'urbanisme et de l'environnement – Introduction», dans cet ouvrage. Voir aussi les distinctions fines faites par la Commission à propos des mesures susceptibles d'être prises pour assurer la permanence de la fonctionnalité écologique des sites de reproduction et des aires de repos de manière à faire en sorte qu'aucune «détérioration» au sens de l'article 12, § 1<sup>er</sup>, d, de la directive «Habitats» n'est causée à de tels sites (Commission européenne, Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive «Habitats» 92/43/CEE, 2007, para. 74 et s.).

13. Sur la différence entre mesures d'atténuation et mesures compensatoires et son impact au contentieux, voir C.E., 29 novembre 2011, vzw Natuurpunt Limburg, n° 216.548, obs. H. SCHOUKENS, «Milderer en compenseren: géén synoniem», *T.O.O.*, mai 2012, n° 1, pp. 32 et s.

14. Ainsi, en Région wallonne, aucun permis n'a été délivré à ce jour conformément à la procédure dérogatoire visée à l'article 6, § 4, de la directive «Habitats», alors que des mesures compensatoires ont manifestement été prises (voir la contribution de Ph. GOFFART dans cet ouvrage). A la décharge de l'administration, rappelons qu'aucun arrêté d'exécution ni aucune circulaire n'a été pris(e) à ce jour pour indiquer aux agents comment se déroule la procédure dérogatoire, en particulier en ce qui concerne la compensation.

15. *M.B.*, 16 mars 2012.

mettant de garantir l'intégrité du site» (art. 64, § 1<sup>er</sup>, dernier al.);

- 3) les mesures de réparation d'un dommage environnemental (*remediating environmental damage*), qui sont les mesures visant à réparer, de préférence par une remise en état du site touché ou, à défaut, par équivalent, un dommage environnemental lorsque la responsabilité de son auteur est engagée<sup>16</sup>. De nature réactive, les mesures de réparation ne s'envisagent, par définition, que lorsqu'un dommage est survenu, suite à des actes *a priori non* autorisés par l'autorité compétente<sup>17</sup>. La décision imposant la réparation n'intervient, en principe, qu'après la survenance du dommage<sup>18</sup>. Proactives, les mesures compensatoires, entendues au sens strict, anticipent la survenance d'un dommage futur, généralement dans le cadre d'un processus de planification ou d'autorisation d'un projet. Elles sont fixées au plus tard au moment de l'approbation dudit plan ou projet, dont elles sont la condition *sine qua non*. En outre, elles ne visent qu'une réparation par équivalent et non en priorité la remise en état du site. Il n'en reste pas moins que, dans une conception large de la notion, la compensation écologique peut être vue comme une forme spécifique de réparation en nature et par équivalent d'un dommage environnemental<sup>19</sup>. C'est ainsi que le mécanisme de réparation «complémentaire» prévu par la directive 2004/35/CE peut être vu dans certaines circonstances comme un mécanisme de compensation au sens de la présente contribution (*infra*, II.2.1.3). Il est certain que dans leur détermination et dans leur mise en œuvre, les mesures de compensation et de réparation présentent de nombreuses similitudes, qui pourraient justifier une approche conjointe et une étude comparée.

## I.2. Principes guidant la compensation

Plusieurs principes sous-tendent la compensation en matière de biodiversité<sup>20</sup>.

### I.2.1 Le principe «no net loss»

Comme le souligne la Stratégie nationale pour la biodiversité, l'objectif premier de la compensation écologique est d'éviter une perte nette de biodiversité («no net loss»), c'est-à-dire de contrebalancer les pertes locales de biodiversité par des gains distincts et jugés au moins équivalents sur le plan écologique<sup>21</sup>. Cet objectif est à mettre en lien avec l'objectif prioritaire à l'horizon 2020 de la nouvelle Stratégie européenne en matière de biodiversité, à savoir «enrayer la perte de biodiversité et la dégradation des services écosystémiques dans l'UE»<sup>22</sup>. Trois sous-principes découlent de ce principe, à savoir:

- 1) le principe d'équivalence écologique: pour éviter toute «perte nette» de biodiversité, les objectifs de la compensation devraient viser l'équivalence écologique – en termes de composition, de structure et de fonctions – entre la perte subie et les gains obtenus, soit l'équivalence «ressource-ressource» ou «service-service»<sup>23</sup>. Le niveau d'équivalence écologique requis peut cependant varier en fonction du degré de «substituabilité» que l'on reconnaît aux éléments de la biodiversité. Les enjeux sont considérables. Plus le degré de substituabilité est considéré comme élevé, plus la souplesse est grande pour les pouvoirs publics chargés d'approuver les plans ou projets. A l'inverse, un degré nul de substituabilité devrait conduire à sanctuariser les éléments considérés comme uniques – en raison du caractère irréversible et irréparable de leur perte<sup>24</sup> – et à forcer l'autorité à prendre en compte des solutions alternatives plus coûteuses (*infra*). L'équivalence ne peut en tout état de cause être établie que sur des bases strictement objectives et sur la base d'une unité de mesure commune des gains et des pertes, à peine de vider le principe de «no net loss» de sa substance. Les travaux scientifiques sur la question («habitat equivalency analysis», HEA ou «Resource equivalency analysis», REA), développés notamment aux USA dans le cadre de la réparation des dommages liés aux marées noires, tentent d'apporter, tant que faire se

16. La définition de «mesures de réparation» dans la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale est plus générale et inclut la compensation écologique: «toute action, ou combinaison d'actions, y compris des mesures d'atténuation ou des mesures transitoires visant à restaurer, réhabiliter ou remplacer les ressources naturelles endommagées ou les services détériorés ou à fournir une alternative équivalente à ces ressources ou services, tel que prévu à l'annexe II» (art. 2, 11<sup>o</sup>).

17. Il faut cependant nuancer cette affirmation dans le cadre de la directive 2004/35/CE (*infra*).

18. Voy. cependant les considérations de X. THUNIS dans cet ouvrage sur la fonction préventive de la responsabilité civile.

19. Dans sa contribution au présent ouvrage, X. THUNIS soutient, avec d'autres auteurs, que toute réparation d'un dommage, même en nature (remise en état), dans le cadre de la responsabilité civile doit s'entendre comme une compensation, c'est-à-dire une réparation par équivalent (§ 4). Même si l'on peut discuter, du point de vue écologique, l'affirmation selon laquelle une remise en état est une réparation par équivalent (à défaut de permettre de revenir exactement à la situation antérieure), cette position n'est pas incompatible avec la distinction que nous faisons ici, qui entend distinguer réparation *a posteriori* d'un dommage non autorisé et compensation écologique au sens strict, c'est-à-dire une réparation anticipée d'un dommage autorisé.

20. Voir aussi BBOP, *Principles on Biodiversity Offsets Supported by the BBOP Advisory Committee*, 2009, en ligne sur <http://bbop.forest-trends.org/index.php>.

21. Selon les conclusions du Conseil «Environnement» de l'UE du 19 décembre 2012, «A preliminary definition of this concept is that conservation/biodiversity losses in one geographically or otherwise defined area are balanced by a gain elsewhere provided that this principle does not entail any impairment of existing biodiversity as protected by EU nature legislation (document 11978/11)» (Conclusions du 19 décembre 2011, doc. 18862/11, § 20, note 12). Voir aussi le Principe 1 du BBOP, énoncé comme suit: «A biodiversity offset should be designed and implemented to achieve in situ, measurable conservation outcomes that can reasonably be expected to result in no net loss and preferably a net gain of biodiversity.» Voir aussi en ce sens la Stratégie européenne 2020 (Commission européenne, *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel – stratégie de l'UE à l'horizon 2020*, COM(2011)244 final, Action 7b).

22. Commission européenne, *La biodiversité, notre assurance-vie et notre capital naturel – stratégie de l'UE à l'horizon 2020*, COM(2011)244 final, p. 2. Voir aussi l'Objectif 3 de la Stratégie nationale de la Belgique qui vise à «maintenir ou réhabiliter la biodiversité en Belgique à un état de conservation favorable» (p. 32).

23. Au sens de l'annexe II de la directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale (1.2.2).

24. Voir en ce sens le Principe 4 du BBOP: «Limits to what can be offset: There are situations where residual impacts cannot be fully compensated for by a biodiversity offset because of the irreplacability or vulnerability of the biodiversity affected.»

- peut, une réponse objective à ce défi<sup>25</sup>;
- 2) le *principe d'additionnalité*: le principe «*no net loss*» devrait par ailleurs conduire à reconnaître un principe d'additionnalité dans la fixation des mesures compensatoires, consistant à exclure, au titre de compensation, des mesures qui n'apportent pas une amélioration nette de la situation de la biodiversité après l'occurrence du dommage<sup>26</sup>. Ainsi, ne sauraient être qualifiées de compensation des mesures de protection des espèces ou des habitats obligatoires par ailleurs. Si l'obligation de compensation ne porte que sur certains éléments protégés et non sur toute la biodiversité (comme c'est le cas dans Natura 2000), le principe d'additionnalité ne s'oppose toutefois pas à ce que la compensation consiste à protéger des ressources existantes qui ne l'étaient pas avant le dommage. Ainsi, la mise sous statut de site Natura 2000 de sites abritant des habitats non protégés jusque là, du même type que ceux qui ont fait l'objet de dommages au sein d'un site Natura 2000 pourrait être admise au titre de compensation (*infra*);
  - 3) le *principe de continuité des fonctions écologiques*: enfin, le principe de «*no net loss*» suggère que les mesures de compensation soient opérationnelles et localisées de manière à assurer la continuité des fonctions écologiques endommagées sur le site d'implantation du projet. Si cela s'avère impossible, il importe de réparer les pertes intermédiaires, induites par le temps nécessaire pour rétablir les fonctions et structures détruites sur un autre site<sup>27</sup>. Ceci peut requérir une surcompensation sur le plan quantitatif, dans l'attente du rétablissement de la qualité des milieux restaurés, comme le prévoit la directive 2004/35/CE (*infra*)<sup>28</sup>.

## 1.2.2. Le principe du pollueur-payeur

En vertu du principe du pollueur-payeur – ou plus exactement, en l'espèce, du principe «destructeur-payeur»<sup>29</sup> –, l'auteur du dommage sujet à compensation devrait être tenu de supporter le coût de la mise en œuvre des mesures compensatoires<sup>30</sup>. Le principe n'exclut pas que ces mesures soient mises en œuvre,

sur le terrain, par un tiers, pour autant que le financement desdites mesures soit à charge de l'auteur du dommage – lequel peut être un pouvoir public, auquel cas c'est, *in fine*, la collectivité qui assumera le coût en question<sup>31</sup>.

## 1.2.3. Le principe de hiérarchie des mesures de réduction d'impact

Conformément au principe de prévention, la compensation, dont les résultats, sur le plan écologique, sont difficiles à garantir voire impossibles à atteindre<sup>32</sup>, ne devrait intervenir qu'en dernier recours, après avoir démontré l'absence de solutions alternatives raisonnables et avoir appliqué les mesures d'atténuation appropriées. Il existe donc, à l'instar de ce qui est prévu en matière de gestion des déchets, une hiérarchie en vertu de laquelle l'autorité doit choisir, en priorité, les mesures d'évitement (*avoidance*), puis les mesures d'atténuation (*minimization*) et enfin, à défaut, les mesures compensatoires (*offsets*) nécessaires<sup>33</sup>.

## 1.2.4. Le principe d'équité

Compte tenu de l'impact à la fois socio-économique et environnemental de la compensation, l'autorité compétente devrait respecter un principe d'équité dans la fixation des droits et responsabilités et dans la répartition des avantages et inconvénients qui découlent de la compensation<sup>34</sup>. Cette exigence découle de différents principes généraux du droit – dont le principe d'égalité des citoyens devant les charges publiques et le principe de proportionnalité – et du droit au respect des biens. Ainsi par exemple, un tel principe devrait inciter les pouvoirs publics à intégrer, dans le coût de la compensation, le coût de l'indemnisation des propriétaires et occupants privés dont les parcelles ont été soumises à des servitudes légales de compensation.

25. Voir R.W. DUNFORD, Th. C. GINN et W.H. DESVOUSGES, «The Use of Habitat Equivalency Analysis in Natural Resource Damage Assessments», *TER Technical Working Paper n° T-0303*, August, 2003, p. 3; S. HAMPTON et R. ZAFONTE, «Calculating Compensatory Restoration in Natural Resource Damage Assessments: Recent Experience in California», *Proceedings of 2002 California World Oceans Conference*, Santa Barbara, CA, p. 7, aimablement communiqué par Ph. GOFFART (DEMNA, SPW).

26. En ce sens, voir le Principe 2 du BBOP, énoncé comme suit: «*Additional conservation outcomes: A biodiversity offset should achieve conservation outcomes above and beyond results that would have occurred if the offset had not taken place. Offset design and implementation should avoid displacing activities harmful to biodiversity to other locations.*»

27. La directive 2004/35/CE exige à cet égard, lorsque la réparation primaire (remise en état) n'est pas immédiate, une réparation «compensatoire» destinée à réparer les pertes «intermédiaires».

28. En ce sens, voir également Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, pp. 13-14.

29. G. GENIAUX, «Le *Mitigation Banking*: un mécanisme décentralisé au service des politiques de *no net loss*», in *Les difficultés de mise en œuvre de la directive Habitats*, INRA, Actes et communications, n° 19, 2002, p. 67.

30. En ce sens, voir Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 21.

31. Pour une réflexion sur le rôle que joue ce principe dans la responsabilité civile en cas de dommage environnemental, voy. la contribution de X. THUNIS dans cet ouvrage.

32. Selon une étude allemande, sur 57 zones de compensation, 67 % des mesures de restauration n'ont pas atteint leurs objectifs (TISCHEW *et al.*, 2010, cité par Ph. GOFFART, «La compensation écologique en Wallonie: de la théorie à la pratique», dans cet ouvrage).

33. En ce sens, voir CDB, Décision VIII/28, Annexe.

34. Selon le Principe 7 du BBOP, «*A biodiversity offset should be designed and implemented in an equitable manner, which means the sharing among stakeholders of the rights and responsibilities, risks and rewards associated with a project and offset in a fair and balanced way, respecting legal and customary arrangements. Special consideration should be given to respecting both internationally and nationally recognised rights of indigenous peoples and local communities.*»

## II. les fondements juridiques

Comme l'indique Fr. Haumont dans son rapport introductif, les fondements juridiques de la compensation écologique sont nombreux et dispersés, tant en droit international (II.1.) qu'en droit européen et interne (II.2).

### II.1. En droit international

La compensation écologique est un mécanisme encore relativement peu exploré en droit international de la conservation de la nature. Seules deux Conventions de portée mondiale, à savoir la Convention de Ramsar et la Convention sur les espèces migratrices, et certaines conventions de portée régionale<sup>35</sup> imposent explicitement des mesures de compensation. La Convention sur la diversité biologique (CDB) adoptée à Rio en juin 1992 ne comporte en revanche pas de disposition spécifique sur cette question. Pourtant, le mécanisme attire de plus en plus l'attention des secrétariats et des Conférences des parties de ces grandes conventions, qui y voient un moyen d'impliquer davantage les entreprises dans la protection de l'environnement<sup>36</sup> et une façon innovante de financer la protection de la biodiversité<sup>37</sup>. Les résolutions et recommandations promouvant le recours à la compensation n'ont certes pas de force contraignante, mais peuvent influencer l'interprétation de dispositions obligatoires des conventions<sup>38</sup>.

#### II.1.1. La Convention sur la diversité biologique

Bien que le texte même de la convention n'envisage pas expressément des mesures de compensation, la Conférence des Parties a progressivement intégré des considérations relatives à la compensation dans ses décisions sur la mise en œuvre de la convention.

La décision V/18 encourage ainsi les Parties contractantes à prévoir «la possibilité de mesures de compensation dans les évaluations d'impact sur l'environnement» prévues par l'article 14, § 1(a) de la Convention<sup>39</sup>. Les *Lignes directrices volontaires pour l'intégration des questions relatives à la diversité biologique dans les études de l'impact sur l'environnement*, édic-

tées à Curitiba, en 2006<sup>40</sup>, précisent ce qu'il faut entendre par compensation<sup>41</sup> et à quel moment elle devrait être envisagée dans l'étude d'impact. Cependant, ces lignes directrices, d'application volontaire, restent très floues et n'apportent que peu de guidance technique.

Il est important de noter le stade relativement peu développé de la réflexion sur la compensation au sein de la Convention sur la diversité biologique. A l'heure actuelle, seules des actions visant à «rassembler des études de cas», «étudier la possibilité de mettre en place», ou «développer des outils et méthodologies» sont envisagées<sup>42</sup>, notamment en collaboration avec le Business et Biodiversity Offsets Programme (BBOP). La stratégie de mobilisation des ressources à l'appui de la réalisation des trois objectifs de la convention, adoptée lors de la neuvième COP, envisage de nouveaux mécanismes de financement faisant appel à une logique de marché<sup>43</sup>. Dans ce cadre, un des objectifs de la stratégie est d'étudier la possibilité de mettre en place des mécanismes de compensation de la diversité biologique<sup>44</sup>.

#### II.1.2. La Convention de Ramsar

La Convention de Ramsar<sup>45</sup> impose aux Parties Contractantes, certes au conditionnel, de compenser tout retrait ou toute modification d'une Zone humide d'importance internationale inscrite sur la Liste. Selon l'article 4.2 de la Convention, «Lorsqu'une Partie contractante, pour des raisons pressantes d'intérêt national, retire une zone humide inscrite sur la Liste ou en réduit l'étendue, elle devrait compenser autant que possible toute perte de ressources en zones humides et, en particulier, elle devrait créer de nouvelles réserves naturelles pour les oiseaux d'eau et pour la protection, dans la même région ou ailleurs, d'une partie convenable de leur habitat antérieur»<sup>46</sup>.

Cette obligation de compensation s'impose non seulement en cas de retrait ou de modification, pour cause de raisons pressantes d'intérêt national<sup>47</sup>, mais aussi lorsqu'un site ne remplit plus les critères d'identifica-

35. Par ex.: le Protocole d'application de la Convention alpine de 1991 dans le domaine de la protection de la nature et de l'entretien des paysages (Chambéry, 20 décembre 1994), art. 9, 10 et 15; le 'Protocol on Conservation and Sustainable Use of Biological and Landscape Diversity to the Framework Convention on the Protection and Sustainable Development of the Carpathians' (Kiev, 22 mai 2003), art. 22; la Convention pour la protection du Rhin (Berne, 19 avril 1999), art. 4.

36. Voir not. Ramsar, Résolution X.12; CDB, décision VIII/17; CDB, décision IX/26; CDB, décision X/21.

37. Voir CDB, Décision IX/11.

38. J. ALVAREZ, *International Organizations as Law-makers*, Oxford, OUP, 2005, p. 324; M. BOWMAN, P. DAVIES et C. REDGWELL, *Lyster's International Wildlife Law, second edition*, Cambridge, CUP, 2010, p. 36.

39. CDB, Décision V/18, § 2(b).

40. CDB, Décision VIII/28, Annexe.

41. *Ibid.*, § 23: «La compensation vise les impacts résiduels après la prévention et la limitation et ne devrait avoir lieu qu'en dernier recours.»

42. CDB, décisions IX/26, § 5. Voir aussi CDB, décision VIII/17; CDB, décision X/21.

43. CDB, Décision IX/11, annexe 1.

44. *Ibid.*, But 4.2.

45. Conv. relative aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitats d'oiseaux d'eau (Ramsar, 2 février 1971).

46. En pratique, cette disposition n'a jamais donné lieu à des retraits de sites de la liste des zones humides d'importance internationale. Par contre, certaines réductions ont été invoquées sur cette base et, le cas échéant, compensées. A titre d'exemple, la Belgique a réduit de 27,8 hectares le site de Galgenschoor sur le fleuve de l'Escaut et a compensé cette réduction par la désignation de 2000 hectares d'un site de prairies humides le long de l'Yser.

47. Ramsar, Résolution VIII.20.

tion des zones humides d'importance internationale<sup>48</sup>, ou lorsqu'au moment de son inscription, le site ne remplissait aucun des critères d'inscription<sup>49</sup>. Toutefois, cette obligation n'est pas absolue. L'utilisation du conditionnel et des termes «*autant que possible*» diminue considérablement sa portée contraignante<sup>50</sup>. Les résolutions de la Conférence des Parties vont dans le même sens. Celles-ci «*encouragent*», «*invitent*», «*exhortent*», mais en aucun cas n'«*obligent*» les États.

La compensation consiste à «*créer de nouvelles réserves naturelles pour les oiseaux d'eau et pour la protection, dans la même région ou ailleurs, d'une partie convenable de leur habitat antérieur*». Curieusement, la diminution et le retrait d'une zone de la Liste ne doivent pas être compensés par le rajout d'une nouvelle zone humide à la Liste mais par la création de nouvelles réserves naturelles. Or, une zone humide inscrite sur la Liste ne doit pas nécessairement être une réserve naturelle dans les droits internes et inversement<sup>51</sup>.

Pour aider les Parties Contractantes à mettre en œuvre cette obligation de compensation, la Conférence des Parties a édicté des orientations générales, non contraignantes, dans lesquelles elle énonce certains facteurs susceptibles d'encadrer la prise de décision, sans pour autant définir la notion<sup>52</sup>. Parmi ceux-ci figurent «*le maintien de la valeur globale, à l'échelle nationale et mondiale, de la superficie en zones humides inscrite par la partie contractante sur la liste de Ramsar; l'existence d'une solution de compensation; la pertinence des mesures de compensation du point de vue des caractéristiques écologiques, de l'habitat ou de la valeur du (des) site(s) Ramsar affecté(s); les incertitudes scientifiques, entre autres; le calendrier des mesures de compensation par rapport à l'action proposée; et les effets négatifs que la mesure de compensation pourrait elle-même entraîner*»<sup>53</sup>.

Le concept d'utilisation rationnelle des zones humides<sup>54</sup> inclut également, selon la Conférence des Parties, une obligation de compensation. Les Parties Contractantes sont tenues de compenser tout impact résiduel qui n'a pu être évité ou minimisé, d'un projet

sur les zones humides<sup>55</sup>. Une compensation devrait être envisagée pour toute «*perte de fonctions, propriétés et valeurs des zones humides, tant en qualité qu'en superficie, due à des activités anthropique*»<sup>56</sup>, en favorisant de préférence «*des zones humides de type semblable et situées dans le même bassin hydrologique*»<sup>57</sup>. Ces mesures doivent être envisagées dans les études d'impact sur l'environnement<sup>58</sup>. Le Comité permanent de la Convention de Ramsar a récemment soumis un projet de résolution en vue de la 11<sup>ème</sup> conférence des parties qui établit un cadre intégré et des lignes directrices pour éviter, atténuer et compenser les pertes des zones humides (projet de résolution XI.9). Le projet de résolution tente de définir la notion de compenser et apporte pour la première fois des directives précises sur l'obligation de compensation. Si elle est adoptée, cette résolution s'appliquerait tant à l'égard des sites Ramsar que dans le cadre de l'utilisation rationnelle des zones humides.

### II.1.3. La Convention sur les espèces migratrices

La Convention de Bonn sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage<sup>59</sup> a pour but d'assurer la conservation des espèces migratrices terrestres, aquatiques et aériennes le long de leur itinéraire habituel de migration au niveau mondial<sup>60</sup>. Parmi les mesures prises pour la protection des espèces migratrices en danger répertoriées à l'annexe I, les Parties Contractantes doivent s'efforcer «*de prévenir, d'éliminer, de compenser ou de minimiser, lorsque cela est approprié, les effets négatifs des activités ou des obstacles qui constituent une gêne sérieuse à la migration de ladite espèce ou qui rendent cette migration impossible*»<sup>61</sup>. Cette obligation est fortement affaiblie par la formulation utilisée. Les termes «*s'efforcent*» et «*lorsque cela est approprié*» renvoient à une règle souple de droit<sup>62</sup>. En outre, le contenu de l'obligation de compensation est encore mal défini et n'a pas encore fait l'objet de guidance technique précise.

Selon l'article V, § 5(h), tout accord, lorsque c'est approprié et possible, devrait notamment prévoir, «*dans toute la mesure du possible, l'élimination des activi-*

48. Ramsar, Résolution VII.23. Manuel Ramsar 19, 4<sup>e</sup> éd, 2010.

49. Ramsar, Résolution IX.6.

50. R. C. GARDNER, «Rehabilitating nature: a comparative review of legal mechanisms that encourage wetland restoration efforts», *Catholic University Law Review*, vol. 52, n° 3 (2003), p. 580.

51. M. BOWMAN, P. DAVIES et C. REDGWELL, *op. cit.*, p. 412; Voir aussi M. J. BOWMAN, «The Ramsar Convention Comes of Age», *42 Netherlands ILR* 1, 1995, pp. 24-28.

52. Voir P. STEICHEN, «Le principe de compensation: un nouveau principe du droit de l'environnement?», in *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, C. Cans (dir.), Paris, Dalloz, 2009, spéc. p. 150.

53. Ramsar, Résolution VIII.20, annexe, § 4. Voir aussi C. Di LEVA et W. TYMOVSKI, «La Convention de Ramsar sur les zones humides: le rôle des raisons pressantes d'intérêt national et de la compensation dans la protection des zones humides», IUCN, 2000, §§ 76-81 ([http://www.ramsar.org/cda/fr/ramsar-documents-standing-draft-guidance-on-the/main/ramsar/1-31-41%5E20760\\_4000\\_1](http://www.ramsar.org/cda/fr/ramsar-documents-standing-draft-guidance-on-the/main/ramsar/1-31-41%5E20760_4000_1)).

54. Art 3.1. L'utilisation rationnelle des zones humides est définie comme «*le maintien de leurs caractéristiques écologiques obtenu par la mise en œuvre d'approches par écosystème dans le contexte du développement durable*» (Résolution IX.1, Annexe A).

55. Ramsar, Résolution VII.24, § 5.

56. *Ibid.*, § 10.

57. *Ibid.*, § 12.

58. Ramsar, Résolution X.17.

59. Conv. sur la conservation des espèces migratrices appartenant à la faune sauvage (Bonn, 23 juin 1979) (ci-après CMS).

60. En ligne sur: [http://www.cms.int/about/french/intro\\_fr.htm](http://www.cms.int/about/french/intro_fr.htm).

61. Art. III, § 4, (b).

62. M. BOWMAN, P. DAVIES et C. REDGWELL, *op. cit.*, p. 549; R. C. GARDNER, *op. cit.*, p. 583.

tés et des obstacles gênant ou empêchant la migration ou la prise de mesures compensant l'effet de ces activités et de ces obstacles». Sur base de cette disposition, seuls deux accords envisagent des mesures compensatoires pour la perte d'habitats<sup>63</sup>.

## II.2. En droit européen et interne

Si le droit international n'est pas muet sur la question, c'est surtout sous l'impulsion du législateur européen que la compensation écologique a fait son apparition en droit interne. Si l'on excepte l'article 23, alinéa 3, 4°, de la Constitution consacrant un droit à l'environnement sain, qui pourrait être vu comme le fondement constitutionnel de la compensation<sup>64</sup>, il n'existe ni de principe général de compensation<sup>65</sup>, ni de cadre juridique unique régissant celle-ci en droit interne. Différentes dispositions dispersées offrent cependant un fondement légal pour l'imposition de telles mesures. Nous examinerons conjointement le droit européen et le droit interne, ce dernier étant fortement influencé par le premier. On distinguera ici les mécanismes de compensation obligatoire des mécanismes de compensation facultative<sup>66</sup>. Ph. Goffart montre même, dans sa contribution au présent ouvrage, que la majorité des projets de compensation menés à ce jour en Région wallonne l'ont été dans le cadre de dérogations aux mesures de protection des espèces.

### II.2.1. Les mécanismes de compensation obligatoire

#### II.2.1.1. La compensation dans le cadre des dérogations au régime de protection des sites Natura 2000 par des plans ou des projets

La directive «Habitats» consacre un régime préventif général applicable aux «zones de protection spéciale» (ZPS) et aux «zones spéciales de conservation» (ZSC) qui composent, on le sait, le réseau Natura 2000. En vertu de l'article 6, § 3, de cette directive, aucun plan ou projet ne peut être autorisé s'il apparaît, au terme

d'une évaluation appropriée de ses incidences, qu'il est susceptible, individuellement ou conjointement avec d'autres plans ou projets, de porter atteinte de manière significative à l'intégrité de ces zones protégées<sup>67</sup>.

Néanmoins, l'article 6, § 4, de la même directive prévoit que cette interdiction de principe peut être levée pour des raisons impératives d'intérêt public majeur et «en l'absence de solutions alternatives», pour autant que l'autorité compétente prenne «toute mesure compensatoire nécessaire pour assurer que la cohérence globale de Natura 2000 est protégée»<sup>68</sup>. Cette disposition, qui s'applique tant aux plans qu'aux projets, a été transposée presque littéralement en droit wallon<sup>69</sup>, mais n'a fait l'objet d'aucun arrêté d'exécution à ce jour. Le droit bruxellois, récemment réformé, est nettement plus précis à cet égard, comme on le verra<sup>70</sup> (*infra*).

#### II.2.1.2. La protection des espèces d'intérêt communautaire

En sus de protéger les habitats naturels et espèces pour lesquels des sites Natura 2000 doivent être désignés, la directive «Habitats» impose aux États membres d'instaurer un régime de protection stricte s'appliquant à certaines espèces d'intérêt communautaire autres que des oiseaux<sup>71</sup>. Ce régime comporte une série d'interdictions, dont celle de perturber intentionnellement les espèces animales et de détériorer ou détruire leurs sites de reproduction et aires de repos. L'article 16 de la directive met en place un système de dérogation permettant aux États membres de déroger aux interdictions prévues, pour certains motifs et «[à] condition qu'il n'existe pas une autre solution satisfaisante et que la dérogation ne nuise pas au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle». Le droit wallon fait fidèlement écho à cette disposition<sup>72</sup>.

63. Accord sur la conservation des oiseaux d'eau migrateurs d'Afrique-Eurasie, art. III, § 2 (e); Accord sur la conservation des gorilles et de leurs habitats, art. III, § 2 (g).

64. En ce sens, Fr. HAUMONT, «Coût et emprise foncière des compensations environnementales», *Etudes Foncières*, n° 125, janvier-février 2007, p. 18. Nous y ajoutons l'article 7bis, dans la mesure où la compensation contribue à l'équilibre entre la dimension économique et la dimension environnementale du développement durable (*infra*, conclusion).

65. Comp. en France, avec le principe de la compensation des atteintes à la «trame verte et bleue» inscrit à l'article 23 de la Loi Grenelle I en 2009. Sur ce principe en droit français, voir P. STEICHEN, «Le principe de compensation: un nouveau principe du droit de l'environnement?», in *La responsabilité environnementale. Prévention, imputation, réparation*, C. Cans (dir.), Paris, Dalloz, 2009, pp. 143-162.

66. Nous n'examinerons pas ici le mécanisme prévu dans le cadre de la conditionnalité en agriculture (premier pilier de la PAC) pour préserver les pâturages permanents, qui impose aux États membres de maintenir, moyennant une certaine souplesse, les surfaces de pâturages permanents sur leur territoire existant en 2003. Ceci peut, au niveau des exploitations, se traduire par l'obligation pour l'agriculteur de compenser la perte d'une surface de pâturage par l'affectation d'une superficie équivalente de terres de culture à un pâturage permanent. Voir art. 3.2, régl. (CE) n° 73/2009 du Conseil du 19 janvier 2009 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct en faveur des agriculteurs (...) et art. 3 et 4, régl. d'exécution (CE) n° 1122/2009.

67. Voir art. 6, § 3, dir. «Habitats».

68. Sur ce régime, voir H.E. WOLDENDORP, «Natuurcompensatie volgens de Habitatrichtlijn (1); het juridische kader», *JfF*, 2007, pp. 227-237; H.E. WOLDENDORP, «Natuurcompensatie volgens de Habitatrichtlijn (2); Praktische ervaringen», *JfF*, 2008, pp. 87-98; Fr. HAUMONT, «L'application des mesures compensatoires prévues par Natura 2000», *ERA Forum*, 2009, 10, pp. 611-624; D. MCGILLIVRAY, «Compensating Biodiversity Loss: The EU Commission's Approach to Compensation under Article 6 of the Habitats Directive», *JEL*, Mai 2012, à paraître.

69. Voir art. 29, § 2, al. 4 et 5, L. du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature. Cette disposition ne vise cependant que les plans à valeur réglementaire (voir art. 1<sup>er</sup> bis, 2<sup>o</sup>, de la loi).

70. Voir art. 64, § 2, ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012 relative à la conservation de la nature (*M.B.*, 16 mars 2012).

71. Voir art. 12 et 13 de la directive. Ces espèces sont énumérées dans l'annexe IV de la directive.

72. Voir art. 5, §§ 1<sup>er</sup> et 3, et 5bis, L. sur la conservation de la nature qui en assurent la transposition. Par ailleurs, la procédure de dérogation est détaillée dans un arrêté du gouvernement wallon d'exécution du 20 novembre 2003 (*M.B.*, 3 février 2004).

Quoique le libellé de ces dispositions n'y fasse aucune référence, la Commission européenne admet que des mesures de compensation puissent être intégrées dans le raisonnement menant à l'octroi d'une dérogation, si celles-ci permettent d'assurer que l'état de conservation de l'espèce concernée, à l'échelle régionale et locale, reste favorable<sup>73</sup>. Selon la Commission, la compensation dans ce contexte n'est pas en soi obligatoire<sup>74</sup>, mais elle insiste sur le fait qu'aucune dérogation ne peut être accordée si elle met en danger l'état de conservation de l'espèce concernée<sup>75</sup>. Ceci revient à exiger une compensation si la dérogation doit néanmoins être délivrée, dès lors que «*le résultat net d'une dérogation devrait être neutre ou positif pour une espèce*». C'est pourquoi nous la classerons parmi les mécanismes de compensation obligatoire. Bien qu'aucune disposition dans la loi sur la conservation de la nature n'organise la compensation dans ce cadre, elle n'interdit pas l'imposition de mesures compensatoires à titre de conditions à l'occasion de l'octroi des dérogations – dans les limites de la jurisprudence du Conseil d'État sur l'imposition de conditions (*infra*). La pratique administrative en Région wallonne recourt à cette possibilité, comme l'illustre la dérogation attaquée dans l'affaire de la *Heid des Gattes à Aywaille*, qui prévoit de telles mesures<sup>76</sup>. Ph. Goffart montre même, dans sa contribution au présent ouvrage, que la majorité des projets de compensation menés à ce jour en Région wallonne l'ont été dans le cadre de dérogations aux mesures de protection des espèces.

Quant à l'avifaune, la directive «Oiseaux» prévoit que, parmi les mesures générales que doivent prendre les États membres en faveur des habitats d'oiseaux, figure, à titre exemplatif, le «*rétablissement des biotopes détruits*»<sup>77</sup>. Le caractère obligatoire de l'article 3 a déjà été reconnu par la Cour de justice<sup>78</sup>. Par ailleurs, la directive instaure un régime général de protection – impliquant également diverses interdictions, notamment celle de perturber significativement les espèces – qui s'applique à «*toutes les espèces d'oiseaux vivant naturellement à l'état sauvage*»<sup>79</sup> sur le territoire de

l'Union. Les autorités nationales sont autorisées à déroger à ce régime pour certains motifs, si elles démontrent qu'il «*n'existe pas d'autre solution satisfaisante*»<sup>80</sup>. La condition de ne pas mettre en danger la population concernée lorsqu'une dérogation est octroyée – et qui justifierait l'imposition de mesures compensatoires – n'est pas explicitement prévue dans la directive, mais bien en droit wallon<sup>81</sup>. Enfin, Fr. Haumont évoque également l'article 13 de la directive comme fondement possible pour l'adoption de mesures compensatoires<sup>82</sup>.

### II.2.1.3. Le régime de la responsabilité environnementale

La directive 2004/35/CE sur la responsabilité environnementale<sup>83</sup>, transposée en droit wallon dans la Partie VII du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement, consacre différents modes de réparation de certaines types de dommage écologique «pur», à savoir tout dommage «grave» causé aux eaux, aux sols ou aux espèces ou habitats naturels protégés, ainsi qu'aux services liés à ces ressources. Sont couverts les dommages causés aux espèces et habitats d'intérêt communautaire, ainsi qu'aux habitats des espèces d'oiseaux, quand bien même seraient-ils situés en dehors du réseau Natura 2000, alors qu'ils n'y reçoivent aucune protection par la loi sur la conservation de la nature<sup>84</sup>. La protection résulte donc uniquement, dans ces hypothèses, de l'obligation de compensation/réparation elle-même.

Conformément à une hiérarchie s'inspirant de l'Oil Pollution Act américain, en cas de responsabilité, la réparation doit s'opérer en priorité par la remise en état initial de l'environnement par le biais d'une réparation dite «primaire». A défaut, des mesures tendant à une réparation «complémentaire» doivent être exécutées «*afin de compenser le fait que la réparation primaire n'aboutit pas à la restauration complète des ressources naturelles ou des services*»<sup>85</sup>. Il s'agit, autrement dit, d'une réparation par équivalent en nature, comme c'est le cas dans le cadre d'une compensation écologique au sens défini plus haut. La réparation

73. Commission européenne, Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive «Habitats» 92/43/CEE, 2007, para. 47 et s.

74. *Ibid.*, para. 56.

75. *Ibid.*, para. 51.

76. Voir, pour un exemple récent: C.E., 12 novembre 2009, ASBL Terre Wallonne, n° 197.722.

77. Art. 3.2, b, dir. «Oiseaux».

78. C.J.U.E., 2 août 1993, Commission c. Espagne ('Marismas de Santona'), C-355/90, *Rec.*, p. I-4221, pt. 15; C.J.U.E., 13 juin 2002, Commission c. Irlande ('Lagopède des saules'), C-117/00, *Rec.*, p. I-5335, pts. 15 à 21.

79. Art. 1<sup>er</sup> de la directive. Le régime de protection des oiseaux est consacré à l'article 5 de la directive.

80. Voir art. 9 de la directive.

81. Art. 5, § 1<sup>er</sup>, de la loi. Pour des exemples wallons de compensation pour des atteintes à l'avifaune, voir la contribution de Ph. GOFFART, «La compensation écologique en Wallonie: de la théorie à la pratique», dans cet ouvrage.

82. L'article 13 dispose que «*L'application des mesures prises en vertu de la présente directive ne peut conduire à une dégradation de la situation actuelle en ce qui concerne la conservation de toutes les espèces d'oiseaux visées à l'article 1<sup>er</sup>*». L'auteur en déduit «*que si des mesures devaient entraîner une dégradation de la situation actuelle, elles devraient être compensées de telle sorte qu'il n'y ait pas de régression dans la conservation des espèces protégées*» (Fr. HAUMONT, «La compensation en droit de l'urbanisme et de l'environnement – Introduction», dans cet ouvrage, point II.1).

83. Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*J.O.*, n° L 143, 30 avril 2004, p. 56). Sur ce régime et sa transposition en droit wallon, voir CEDRE (dir.), *La responsabilité environnementale. Transposition de la directive 2004/35 et implications en droit interne*, Bruxelles, Anthemis, 2008; Ch.-H. BORN et M. DELNOY, «Le décret wallon du 22 novembre 2007 sur la prévention et la réparation des dommages environnementaux» (part. I et II), *Amén.*, 2009/2, pp. 76-92 et 2009/3, pp. 158-182.

84. Voir Ch.-H. BORN et M. DELNOY, *op. cit.*, p. 80.

85. Annexe II, 1, b), dir. 2004/35.

«compensatoire» désigne quant à elle «*toute action entreprise afin de compenser les pertes intermédiaires de ressources naturelles ou de services qui surviennent entre la date de survenance d'un dommage et le moment où la réparation primaire a pleinement produit son effet*»<sup>86</sup>. On relèvera à cet égard la confusion auquel prête le texte qui qualifie de «complémentaire» une réparation qui est en réalité...compensatoire et de «compensatoire» une réparation finalement... complémentaire à la première.

Ces deux dernières catégories de mesures de réparation – complémentaires et compensatoires – se distinguent en principe d'une véritable compensation dans la mesure où elles consistent en une réparation postérieure à la réalisation d'un dommage<sup>87</sup>. Il faut cependant souligner que, sous l'empire de la directive 2004/35/CE, la différence entre obligation de réparation et de compensation peut être particulièrement ténue.

Force est en effet de constater que, si on lit bien la directive, la survenance d'un dommage environnemental requiert l'adoption de mesures de réparation dans le chef de l'exploitant, même si l'État membre a fait usage de la clause de «*permit defence*» prévue par son article 8.4, a). Cette clause permet d'exonérer l'exploitant titulaire d'un permis de réaliser le projet dommageable et pour autant qu'il n'ait pas commis de faute ou de négligence, de l'obligation de supporter le coût de la réparation<sup>88</sup>. Elle ne l'exempte cependant pas d'effectuer la réparation elle-même, laquelle doit être imposée par l'autorité à l'exploitant en toutes circonstances<sup>89</sup>. Dans cette hypothèse, les mesures de réparation qui doivent être prises par l'exploitant une fois le dommage survenu sont très proches de mesures de compensation. La seule différence est qu'en soi, les mesures de réparation sont décidées après la délivrance du permis et ne doivent pas être mises en œuvre avant l'exécution du permis. Elles ne figurent donc pas au titre de condition dans le permis. On pourrait donc soutenir que la directive 2004/35/CE impose un principe de compensation – au sens large – des dommages environnementaux causés par les projets couverts par la directive. Il se cumule avec le mécanisme compensatoire prévu par l'article 6, § 4, de la directive «Habitats», qui s'avère cependant plus strict en termes d'équivalence (*infra*, IV.2.1).

L'article 6.3, e), précité de la directive 2004/35/CE ne va cependant pas jusqu'à exiger de l'autorité qu'en cas de dommage autorisé par un permis, elle effectue elle-même la réparation si l'exploitant ne s'acquitte pas de son obligation: il s'agit uniquement d'une faculté. Au final donc, la «réparation/compensation» d'un dommage causé par un projet autorisé pourrait ne pas avoir lieu, si l'autorité ne prend aucune mesure et si aucune sanction n'est prévue contre l'exploitant qui ne s'acquitte pas de ses obligations. Le droit wallon, qui a fait usage de la clause de «*permit defence*»<sup>90</sup>, transpose littéralement la directive sur ces différents points<sup>91</sup>. Il ne prévoit pas de sanction pénale en cas de non-respect de ses dispositions par l'exploitant, contrairement au droit bruxellois<sup>92</sup>. Si principe de compensation il y a, il est donc atténué.

Dès lors que le mécanisme de la responsabilité environnementale est bien étudié en doctrine, nous ne l'étudierons pas systématiquement par la suite dans cette étude.

## 11.2.1.4. Les mécanismes de compensation obligatoire non exigés par le droit européen

En droit interne, d'autres mécanismes de compensation obligatoire, non exigés par le droit européen, sont susceptibles de bénéficier à la biodiversité, pour peu qu'ils soient appliqués dans ce but. On citera notamment, en Région wallonne, le mécanisme de compensation planologique et alternative imposé par le législateur en cas d'inscription, dans un plan d'affectation des sols, d'une nouvelle zone destinée à l'urbanisation<sup>93</sup>. A Bruxelles, la nouvelle ordonnance nature a étendu le mécanisme de compensation prévu dans le cadre de Natura 2000 aux atteintes autorisées, par dérogation, aux réserves naturelles et forestières, fussent-elles localisées en dehors d'un site Natura 2000<sup>94</sup>. En Région flamande, le décret du 21 octobre 1997 sur la conservation de la nature et le milieu naturel exige des compensations lorsqu'une zone du «*Vlaamse Ecologische Netwerk*» (VEN) est supprimée par un plan d'exécution spatiale ou fait l'objet de «*préjudices inévitables et irréparables*»<sup>95</sup>. Le droit flamand instaure également un mécanisme de compensation obligatoire lorsqu'un demandeur obtient un permis d'urbanisme ou de lotir dont la mise en œuvre implique un déboisement, sauf si ce déboisement poursuit lui-même un objectif de conservation de la

86. Annexe II, 1, c), dir. 2004/35.

87. En ce sens, M. LUCAS, «La compensation environnementale, un mécanisme inefficace à améliorer», *R.J.E.*, 2009, p. 60.

88. Laquelle prendrait nécessairement la forme d'une réparation complémentaire et, le cas échéant, compensatoire, la remise en état du site (réparation primaire) étant par définition impossible puisque le projet est autorisé à s'implanter et donc à causer définitivement le dommage.

89. Voir art. 6.1 et art. 6.3 de la directive. Le fait que les dommages environnementaux causés par une activité dûment autorisée n'apparaissent pas, dans la directive, parmi les dommages exclus de son champ d'application (art. 4) démontre bien que la clause de «*permit defence*» a une portée limitée à la seule charge financière de la réparation.

90. Art. D. 128, 1<sup>er</sup>, du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement notamment.

91. Voir art. D. 113, al. 1<sup>er</sup>, 2<sup>o</sup>, et D.117, al. 2, du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement notamment.

92. Art. 17, ord. du 13 novembre 2008 relative à la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux (*M.B.*, 14 novembre 2008).

93. Art. 46, § 1<sup>er</sup>, 3<sup>o</sup>, CWATUPE. Voir la contribution de F. EVRARD et A. MEUR dans cet ouvrage.

94. Art. 65, ord. relative à la conservation de la nature.

95. Art. 18, § 3, et 26, § 3, décr. du 21 octobre 1997.

nature<sup>96</sup>. Enfin, le décret flamand du 18 juillet 2003 relatif à la politique intégrée de l'eau prévoit également l'obligation, à certaines conditions, de compenser les dommages causés à l'hydrosystème («en cas de diminution de l'infiltration des eaux pluviales ou diminution de l'espace pour le système d'eau»), ainsi que les atteintes à l'état quantitatif des eaux souterraines (art. 8). Dans ces deux derniers cas, ce sont des atteintes à la biodiversité «ordinaire» que le législateur impose de réparer par équivalent.

## II.2.2. Les mécanismes de compensation facultative

Plusieurs textes autorisent explicitement ou implicitement l'autorité compétente à prendre, au cas par cas, des mesures de compensation sans qu'elle y soit obligée juridiquement, dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire<sup>97</sup>.

### II.2.2.1. Les règles sur l'évaluation des incidences des plans et projets

Les directives 2011/92/UE (ex-85/337/CEE)<sup>98</sup> et 2001/42/CE<sup>99</sup> sur l'évaluation des incidences respectivement des projets et des plans et programmes prévoient en effet que l'auteur de l'évaluation doit fournir «une description des mesures envisagées pour éviter, réduire et, si possible, compenser les effets négatifs importants du projet sur l'environnement»<sup>100</sup>. Ces exigences, transposées plus ou moins littéralement en droit wallon<sup>101</sup>, n'impliquent pas une obligation pour l'autorité d'imposer au demandeur du permis ou à l'auteur du plan les mesures compensatoires proposées par l'évaluation des incidences. On pourrait même se demander si ces dispositions confèrent à l'autorité compétente pour approuver un plan ou le projet soumis à évaluation des incidences une habilitation pour adopter des mesures visant à compenser les impacts négatifs mis en évidence lors de cette dernière. A notre estime, il convient de répondre par l'affirmative, l'autorité compétente étant tenue de «prendre en considération» les informations recueillies dans le cadre de l'évaluation des projets et

d'indiquer formellement dans sa décision les mesures prises, entre autres, pour «*si possible, annuler les incidences négatives les plus importantes*»<sup>102</sup>. La directive 2001/42/CE comporte des exigences similaires<sup>103</sup>. Toutes sont transposées en droit wallon<sup>104</sup>.

### II.2.2.2. Les habilitations légales permettant l'imposition de conditions ou de charges dans les permis

Indépendamment des dispositions en matière d'évaluation des incidences, on admet, de manière générale, que le pouvoir discrétionnaire dont dispose une autorité compétente pour délivrer un permis lui permet d'assortir celui-ci de conditions, pour peu que celles-ci soient proportionnées et en lien avec la police spéciale dont ce permis relève<sup>105</sup>. Dès lors que leur réalisation n'est pas, en soi, indispensable à la réalisation d'un projet qui cause un dommage environnemental, les conditions visant à compenser celui-ci devraient être considérées comme des charges externes<sup>106</sup> et, partant, être fondées sur une habilitation spécifique<sup>107</sup>. Le droit wallon comporte plusieurs habilitations susceptibles d'être utilisées en ce sens<sup>108</sup>, comme le montre J. van YPERSELE dans sa contribution à cet ouvrage.

L'article 123 permet d'assortir une autorisation d'urbanisme de «conditions», tandis que l'article 128, § 2, alinéa 2, du CWATUPE permet d'imposer au titulaire d'une autorisation d'urbanisme des charges d'urbanisme incluant «(...) toutes mesures favorables à l'environnement». L'article 136 du CWATUPE prévoit lui que «l'exécution des actes et travaux peut (...) être subordonnée à des conditions particulières de protection des personnes, des biens et de l'environnement» lorsque les actes, travaux et permis visés aux articles 84, 89 et 127 se rapportent à des biens situés dans une aire protégée en vertu de la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature. Enfin, l'article 6 du décret du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement permet à l'autorité compétente d'imposer des conditions particulières pouvant porter sur la biodiversité, y compris, selon nous, pour compenser un

96. Voir art. 90bis, décr. forestier flamand du 13 juin 1990 (M.B., 28 septembre 1990).

97. On n'évoquera pas ici la possibilité d'adopter des mesures compensatoires par l'adoption ou la révision de plans d'aménagement, y compris en dehors des cas visés à l'article 46, § 1<sup>er</sup>, du CWATUPE. Voir la contribution de F. EVRARD et A. MEUR dans cet ouvrage.

98. Dir. 2011/92/UE du Parlement et du Conseil concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement, J.O.U.E., n° L 26, 28 janvier 2011. On notera que la Convention d'Espoo (1991) sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière ne prévoit pas cette exigence (voir appendice II, e).

99. Dir. 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil du 27 juin 2001 relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement, J.O.C.E., n° L 197, 21 juillet 2001. On notera que cette exigence n'est pas requise dans le Protocole de Kyeve (2003) à la Convention d'Espoo relatif à l'évaluation stratégique environnementale (voir l'annexe IV, point 7).

100. Annexe IV, § 5, lu en combinaison avec l'art. 5, de la dir. 2011/92/UE et, rédigée de façon similaire, l'annexe I, g, de la dir. 2001/42/CE.

101. Voir concernant les plans et programmes, l'art. D.56, § 3, 7<sup>o</sup>, du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement; concernant les projets, l'art. D.67, § 3, 3<sup>o</sup>, du même Livre. Ce dernier article n'utilise cependant pas le terme «compenser» mais «remédier».

102. Art. 8 et 9.1, c), dir. 2011/92/UE (ex-85/337/CEE).

103. Art. 8 et 9, b) (déclaration environnementale), dir. 2001/42/CE.

104. Respectivement art. D.69 (évaluation des projets); art. D.59 (évaluation des plans et programmes) et art. D 29-22, § 2, al. 4, 2<sup>o</sup>, (publicité des décisions) du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement.

105. Voir M. KESTEMONT, M. KAROLINSKI et F. DE MUYNCK, «Les conditions assortissant les permis – État des lieux», *Amén.*, 2011/4, p. 250 et les références jurisprudentielles citées.

106. En ce sens, M. PÂQUES, *Droit public des biens, de l'urbanisme et de l'environnement*, Liège, ULg, notes de cours, 2003-2004, vol. II, p. 70.

107. C.E., 10 février 1970, Commune de Essen, n° 13.950, cité par Fr. HAUMONT, «Les charges d'urbanisme», *Amén.*, 1994, p. 175.

108. Outre les dispositions imposant l'adoption de mesures compensatoires, comme l'article 29, § 2, de la loi sur la conservation de la nature.

dommage causé à celle-ci. On reviendra sur les limites qu'impose le Conseil d'État à l'imposition de conditions dans les permis, y compris au titre de la compensation (*infra*, IV.3).

### III. L'étendue du dommage à compenser

L'étendue des dommages à compenser est fondamentale à déterminer en ce qu'elle reflète, en filigrane, le degré de protection dont bénéficie la biodiversité sur le territoire. C'est particulièrement vrai dans les hypothèses où la ressource sujette à compensation n'est pas protégée juridiquement par ailleurs – comme c'est le cas de la biodiversité «ordinaire» (et des services écosystémiques qui y sont liés<sup>109</sup>), mais aussi d'éléments de la biodiversité «remarquable», comme les Sites de grand intérêt biologique (SGIB) non protégés. Dans ces cas, le simple fait d'assortir la destruction de la ressource d'une obligation de compensation lui confère, *de facto*, une protection. C'est ainsi que, suite à la transposition de la directive 2004/35/CE, les services liés aux écosystèmes aquatiques, aux habitats et espèces protégés et aux sols reçoivent de facto une certaine protection, puisque toute «détérioration mesurable» grave d'un tel service dans une hypothèse couverte par la directive doit être réparée.

On a déjà présenté ci-avant les types de dommages écologiques soumis à compensation en droit positif, qu'ils concernent la biodiversité «remarquable» ou «ordinaire» (*supra*, II). Revenons cependant sur la façon dont l'étendue du dommage à compenser est établie juridiquement. Il revient en principe au législateur de déterminer l'étendue et le degré de gravité du dommage à compenser. A cet effet, il peut les définir lui-même, avec plus ou moins de détail, ou au contraire habiliter une autorité à le faire, par voie réglementaire ou au cas par cas, par une décision individuelle. Les mécanismes de compensation obligatoire correspondent à la première approche, les mécanismes facultatifs à la seconde. Si ces derniers présentent l'avantage de la souplesse, force est de constater que l'intervention du législateur pour définir lui-même l'ampleur des dommages à compenser offre de meilleures garanties en termes d'égalité et de sécurité juridique, l'opérateur pouvant raisonnablement prévoir ce que lui coûtera la mise en œuvre de son plan ou de son projet. Pour cette raison, l'encadrement des exigences de compensation paraît hautement souhaitable.

### IV. La fixation des mesures compensatoires

La compensation ne s'envisage que dans le cadre de décisions d'une autorité compétente approuvant un plan ou un projet à l'origine d'un dommage pour la biodiversité. Cette «autorisation de détruire» peut être largement discrétionnaire – dans le cas des mécanismes facultatifs – ou au contraire soumise à des motifs et conditions stricts – dans le cas des mécanismes obligatoires (IV.1). Lorsque le plan ou le projet peut être autorisé, la fixation concrète des mesures compensatoires s'effectue selon certains critères (IV.2) et endéans certaines limites (IV.3). La décision doit en outre s'inscrire dans les procédures prévues (IV.4).

#### IV.1. Les critères encadrant la décision d'approuver le plan ou le projet

##### IV.1.1. Les motifs susceptibles de justifier l'approbation du plan ou du projet à risque

La compensation est souvent critiquée comme étant synonyme de la reconnaissance d'un véritable «droit de détruire», en vertu duquel l'engagement à compenser justifierait n'importe quelle atteinte à la biodiversité. Le caractère souvent aléatoire de la compensation et la difficulté d'assurer la pérennité des mesures prises sont également dénoncés (*infra*). Il est donc essentiel d'encadrer la décision d'approuver le plan ou le permis susceptible de causer un dommage à la biodiversité. Le seul moyen d'éviter de systématiser le recours à la compensation consiste, pour le législateur, à n'autoriser les dommages à la biodiversité que pour certains motifs d'intérêt général supérieur, fixant ainsi l'échelle de valeurs à laquelle l'autorité compétente est tenue de se référer. C'est le cas dans les mécanismes de compensation obligatoire.

Ainsi, s'agissant de Natura 2000 et de la protection des espèces, seuls les motifs liés à la sécurité publique, à la santé, aux dommages importants causés aux biens, à la protection de l'environnement ou à toute autre «raison impérative d'intérêt public majeur», y compris, selon la directive «Habitats», d'ordre économique ou social, peuvent justifier les atteintes sujettes à compensation. Application du principe de prévention, cette exigence limite les cas dans lesquels la destruction de la biodiversité sera autorisée. Seuls les plans et projets justifiés par un intérêt général supérieur aux objectifs de conservation fixés par les directives «Oiseaux» et «Habitats» pourront être approuvés. Des projets dommageables purement privés, sans retombées pour l'économie régionale, ne pourraient

109. Voy. la contribution de M. FÈVRE dans cet ouvrage.

donc être autorisés<sup>110</sup>. La Cour de justice a rappelé, on l'a dit, qu'une mise en balance des intérêts en présence doit être effectuée par l'autorité compétente<sup>111</sup>. Indéniablement, cette exigence contribue à freiner la destruction des sites Natura 2000 et à éviter de faire de la compensation la règle plutôt que l'exception.

Pour d'autres éléments moins menacés de la biodiversité, le législateur se montre nettement plus souple. Ainsi à Bruxelles, les atteintes aux réserves naturelles peuvent être justifiées, outre par les motifs précités, «dans un but d'hygiène ou de police sanitaire»<sup>112</sup>. Dans les cas où l'atteinte concerne la biodiversité «ordinaire», le plan ou le projet ne doit même pas être justifié par des motifs d'intérêt général<sup>113</sup>. Il est évident que dans ces conditions, la compensation peut être perçue par l'auteur du plan ou le demandeur de permis comme une simple formalité à remplir pour pouvoir mettre en oeuvre ses projets.

## IV.1.2. La hiérarchie des mesures visant à neutraliser l'impact d'un plan ou d'un projet

Même si le plan ou le projet à risque peut être justifié par des motifs d'intérêt général, encore faut-il vérifier que le dommage qu'il est susceptible de causer est inévitable. On a présenté plus haut le principe de la hiérarchie de la «mitigation» selon lequel la compensation ne devrait être envisagée qu'en dernier recours, si l'autorité a pu démontrer l'absence de solutions alternatives raisonnables et si elle a imposé toutes les mesures d'atténuation appropriées (*supra*). Un tel principe reçoit-il des applications en droit positif? Incontestablement, la réponse est affirmative. Tant les directives sur l'évaluation générale des incidences<sup>114</sup>, que la directive «Habitats»<sup>115</sup> et la directive sur la responsabilité environnementale<sup>116</sup> consacrent une telle hiérarchie. Expression du principe de substitution, l'examen des éventuelles solutions alternatives<sup>117</sup>, ou «test de nécessité», devrait, dans une telle hiérarchie, recevoir une attention particulière. Il suppose de la part de l'autorité un examen objectif des différentes options permettant raisonnablement d'atteindre l'objectif poursuivi, conformément au principe de propor-

tionnalité. La Cour de justice a ainsi indiqué, dans le cadre de Natura 2000, que «L'examen d'éventuelles raisons impératives d'intérêt public majeur et celui de l'existence d'alternatives moins préjudiciables requièrent en effet une mise en balance par rapport aux atteintes portées au site par le plan ou le projet considéré»<sup>118</sup>. Si l'autorité – sur laquelle repose la charge de la preuve<sup>119</sup> – ne peut démontrer l'absence de telles solutions alternatives, elle doit refuser le plan ou le projet.

## IV.2. Les critères encadrant la fixation des mesures compensatoires

Si le dommage ne peut éviter et que la compensation s'impose, il revient à l'autorité de fixer la nature et l'ampleur des mesures compensatoires. Force est de constater que, sous réserve du cas particulier de la responsabilité environnementale, les exigences du droit positif restent encore très peu précises, alors que de cette décision dépend l'absence de perte nette pour la biodiversité. Trois types de critères doivent être distingués.

### IV.2.1. Les critères d'équivalence et d'additionnalité

Dans les régimes étudiés, le législateur ne fixe de critères d'équivalence écologique que dans les mécanismes de compensation obligatoire, l'autorité disposant d'une large marge d'appréciation dans les mécanismes facultatifs. Assez logiquement, ce degré est élevé dans les régimes visant à compenser les atteintes à la biodiversité «remarquable», dont les éléments sont peu substituables comme on l'a dit. Les critères n'en restent pas moins flous et sujets à interprétation.

#### IV.2.1.1. Dans le régime compensatoire Natura 2000

Concernant Natura 2000, la directive «Habitats» ainsi que la loi du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature sont peu dissertées quant aux critères à l'aune desquels les mesures compensatoires doivent être élaborées. Il y est prévu que ces mesures doivent «assu-

110. La Cour de justice a reconnu que l'exploitation privée de mines à ciel ouvert pouvait relever de considérations impératives d'intérêt public majeur (C.J.U.E, 10 juin 2010, Commission c. Italie (Alto Sil), C-491/08, pt. 109). En revanche, elle a jugé que ce n'est pas le cas de la «simple construction destinée à héberger un centre administratif» d'une entreprise privée (C.J.U.E., 16 février 2012, Marie-Noëlle Solvay e.a., C-182/10, pt. 78).

111. C.J.U.E, 10 juin 2010, Commission c. Italie (Alto Sil), C-491/08, pt. 109, *op. cit.*

112. Art. 83, § 3, ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012.

113. Voir le mécanisme de compensation forestière en droit flamand (*supra*, II.2.1.4.).

114. La directive 92/2011/UE exige ainsi la «description des mesures envisagées pour éviter, réduire et, si possible, compenser les effets négatifs importants du projet», ce qui indique que la priorité doit être donnée à l'évitement, puis ensuite à l'atténuation des impacts et enfin, à défaut, à la compensation.

115. Concernant Natura 2000, le mécanisme dérogatoire de l'article 6, § 4, d'interprétation restrictive, ne peut être activé que si l'autorité n'a pu s'assurer que le plan ou le projet – le cas échéant par des mesures d'atténuation appropriées, bien que l'article 6, § 3, ne le stipule pas explicitement – ne risque pas de porter atteinte à l'intégrité du site, qu'elle peut justifier ledit plan ou projet par des raisons impératives d'intérêt public majeur et qu'elle démontre l'absence de solutions alternatives. Concernant les dérogations au système de protection stricte des espèces de l'annexe IV, l'autorité ne peut accorder la dérogation qu'après avoir démontré «qu'il n'existe pas une autre solution satisfaisante» (art. 16) (voir aussi de façon similaire l'art. 9 de la dir. «Oiseaux»). La Conseil d'État a confirmé cette hiérarchie (C.E., 12 novembre 2009, asbl Terre wallonne, n° 197.722).

116. Voir la hiérarchie imposée dans la détermination des mesures de réparation dans l'annexe II, qui indique notamment que «Lorsqu'une réparation primaire n'aboutit pas à la remise en l'état initial de l'environnement, une réparation complémentaire est effectuée. En outre, afin de compenser les pertes intermédiaires subies, une réparation compensatoire est entreprise» (pt. 1).

117. Sur ce sujet, voir Ch.-H. BORN, «La prise en compte des solutions alternatives en droit de l'urbanisme. Vers l'émergence d'un principe de substitution en droit du cadre de vie?», in Coll., *Mélanges en l'honneur de R. Andersen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 23-65.

118. C.J.U.E, 10 juin 2010, Commission c. Italie (Alto Sil), C-491/08, pt. 109.

119. C.J.U.E., 26 octobre 2006, Commission c. Portugal ('CastroVerde'), C-239/04, pt. 39.

rer que la cohérence globale du réseau Natura 2000 est protégée»<sup>120</sup>. Si cette exigence, non définie dans la directive, exclut d'emblée toute réparation par équivalent monétaire<sup>121</sup>, elle reste fort peu précise pour l'autorité chargée de mettre en oeuvre la compensation. Elle n'en fixe pas moins une obligation de résultat dans le chef de l'autorité compétente. La notion devrait ainsi s'interpréter espèce par espèce, habitat par habitat et par région biogéographique<sup>122</sup>. La Commission européenne en déduit que «Pour assurer la cohérence globale de Natura 2000, les mesures compensatoires proposées pour un projet doivent donc: a) viser les habitats et espèces ayant subi des effets négatifs, dans des proportions comparables; b) assurer des fonctions comparables à celles qui avaient justifié la sélection du site original, notamment pour ce qui est de la répartition géographique appropriée (...)»<sup>123</sup>. Le législateur bruxellois a reproduit en termes très similaires ces critères dans la nouvelle ordonnance relative à la conservation de la nature (art. 64).

S'agissant de l'ampleur de la compensation à réaliser, celle-ci doit être estimée par référence à l'étendue des pertes subies par l'habitat ou l'espèce concerné(e), compte tenu des éventuelles pertes intermédiaires si la compensation n'est pas effective immédiatement (majorité des cas). Dans ce dernier cas, une surcompensation est souvent exigée pour réduire ces pertes, généralement selon un rapport d'un à trois ou d'un à quatre<sup>124</sup>. Ainsi par exemple, la compensation d'une atteinte à un habitat forestier, impossible à reconstituer rapidement, peut consister dans des plantations sur des superficies nettement plus étendues<sup>125</sup>.

Le principe d'additionnalité s'applique au sein du réseau Natura 2000. Il postule, selon la Commission, que «les mesures compensatoires doivent venir s'ajouter aux mesures normales prises en vertu des directives «Habitats» et «Oiseaux» ou des obligations découlant du droit communautaire», comme par exemple «la mise en œuvre d'un plan de gestion, ou la proposition ou désignation d'une nouvelle zone déjà répertoriée comme zone d'importance communautaire»<sup>126</sup>. La Commission admet ainsi que des habitats existants (en bon état de conservation) non repris actuellement

dans le réseau Natura 2000 soient intégrés dans celui-ci au titre de mesures compensatoires<sup>127</sup>. Elle admet également que la compensation puisse avoir lieu au sein d'un site Natura 2000 existant, ce qui nous paraît plus discutable, sauf si les mesures contribuent à améliorer ou restaurer une partie du site au-delà des mesures «normales» imposées par le régime de conservation du site. Notre Conseil d'État n'admet pas que la désignation et la protection d'un site d'importance communautaire puissent constituer une compensation<sup>128</sup>.

Dans les quelques avis (publiés) rendus dans le cadre de l'article 6, § 4, dernier alinéa, de la directive «Habitats», la Commission a eu l'occasion de se prononcer sur les propositions de mesures compensatoires par les États membres. Elle a par exemple admis, dans le cadre du projet d'extension du port de Rotterdam, que la création de 80 ha de dunes grises sur la côte hollandaise puisse compenser la perte de 20 ha du même habitat à hauteur du port<sup>129</sup>, ce qui équivaut à une surcompensation de 1:4. De même, elle a admis que la perte de 3,75 ha de prairies halophiles en raison de la construction d'une ligne de TGV peut être compensée, notamment, par l'achat de 3,5 ha et la gestion de 31 ha de prairies du même type dans la même vallée<sup>130</sup>. La Commission n'a cependant pas toujours appliqué ses propres préceptes avec rigueur, comme le démontre L. Krämer<sup>131</sup>. Ainsi, elle ne respecte pas le principe d'additionnalité s'agissant du port de Rotterdam, en ce qu'elle considère comme suffisante, pour compenser la destruction de 3000 ha de bancs de sable utilisés par les oiseaux marins, la création d'une aire protégée marine de plus de 30.000 ha... dans une ZPS, dont l'objectif est nécessairement de préserver ces oiseaux. Cette mesure qui n'a rien de compensatoire ne saurait réparer la perte attendue d'environ 8 à 16 % de population du Fuligule milouinan (canard plongeur) du fait de la disparition desdits bancs de sable...<sup>132</sup>.

Cette exigence d'assurer la «cohérence globale» du réseau Natura 2000 témoigne de l'importance d'appréhender l'intérêt écologique d'un site non de manière strictement individuelle, mais en tant qu'il contribue

120. Art. 6, § 4, dir. «Habitats»; art. 29, § 2, al. 4, L. sur la conservation de la nature.

121. En ce sens, concernant Natura 2000, Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», janvier 2007, p. 16.

122. Voir Ch.-H. BORN, «La cohérence écologique du réseau Natura 2000», in X, *Natura 2000 et le droit, Aspects juridiques de la sélection et de la conservation des sites Natura 2000 en Belgique et en France*, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 173 et s.

123. S'agissant des ZPS, la Commission indique qu'«on pourrait considérer que la cohérence globale du réseau est assurée si: – une compensation est assurée le long des mêmes voies migratoires; – le(s) site(s) de compensation sont atteignables avec certitude par les oiseaux fréquentant habituellement le site affecté par le projet» (Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 13).

124. Voir Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», janvier 2007, p. 13.

125. Pour un exemple, voir l'avis de la Commission du 24 avril 2003 sur le charbonnage de Prosper Haniel, à propos de la compensation de destruction de forêts alluviales.

126. Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, pp. 10-11.

127. Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 18.

128. C.E., 30 juillet 2002, Apers et crts, n° 109.563.

129. Avis du 24 avril 2003 sur l'extension du port de Rotterdam.

130. Avis du 17 septembre 2004 sur l'implantation du TGV-Est.

131. Voir les critiques de L. KRÄMER, «The European Commission's Opinions under Article 6 (4) of the Habitats Directive», *J.E.L.*, 2009, pp. 59-85.

132. Ch.-H. BORN, «Cohérence écologique du réseau Natura 2000», in X, *Natura 2000 et le droit, Aspects juridiques de la sélection et de la conservation des sites Natura 2000 en Belgique et en France*, *op. cit.*, p. 196.

et participe à un réseau plus vaste<sup>133</sup>. Les mesures compensatoires devront donc être conçues de manière à garantir que l'altération d'un site partie au réseau ne mette pas en péril, à l'échelle de la région biogéographique concernée, l'état de conservation favorable des habitats et espèces concernés<sup>134</sup>. Il s'ensuit que l'autorité compétente devra étudier les propositions de mesures compensatoires au regard des objectifs de conservation du site, sur la base d'une analyse de son importance pour l'espèce ou l'habitat impacté(e) à l'échelle du réseau<sup>135</sup>. En outre, l'obligation de compensation peut s'étendre aux atteintes portées à des corridors écologiques ou zones relais, voire à des populations d'espèces périphériques, si ces éléments sont indispensables à la conservation du site impacté. Ainsi incombera-t-il aux autorités de s'assurer que la connectivité dans et autour du site est maintenue, comme l'a reconnu la Cour de justice à plusieurs reprises<sup>136</sup>. On le voit, c'est la notion de fonction écologique qui est récurrente en filigrane de ces développements. C'est également dans ce sens que plaide la Commission européenne, aussi bien dans son guide d'interprétation de la législation en la matière<sup>137</sup> que dans les avis qu'elle émet<sup>138</sup>.

#### IV.2.1.2. Dans le régime de dérogation aux mesures de protection des espèces

Ainsi qu'on l'a dit, ni le droit européen de la protection des espèces, ni les dispositions qui le transposent ne détaillent la façon dont la compensation devrait être fixée et mise en œuvre. Une telle lacune pourrait être comblée par des documents de guidance technique, lesquels font cependant défaut à l'heure actuelle. La compensation, dans ce contexte, s'envisage principalement à l'occasion de la détérioration de sites de reproduction ou d'aires de repos. En tant que condition à l'octroi d'une dérogation, elle doit nécessairement viser une équivalence stricte, c'est-à-dire viser à recréer des habitats présentant une fonction écologique équivalente – comme site de reproduction ou aire de repos – pour la population de l'espèce concernée<sup>139</sup>. Il n'est pas concevable de justifier une dérogation pour une espèce par des mesures compensatoires visant d'autres espèces.

#### IV.2.2. Les critères spatio-temporels

Conformément au principe de continuité des fonctions, le législateur peut préciser le cadre spatio-temporel dans lequel doivent s'inscrire les mesures compensatoires. A nouveau l'exigence est plus stricte dans les régimes compensant les atteintes à la biodiversité «remarquable».

C'est le cas notamment des mesures compensatoires dans le cadre de Natura 2000. Ainsi, *ratione loci*, la Commission exige que la compensation ait prioritairement lieu *in situ* ou, à défaut, dans une zone à proximité<sup>140</sup>. Toutefois, consciente de la difficulté de respecter ce critère, elle a déterminé un ordre de priorité au terme duquel, si la compensation ne peut avoir lieu au sein du même site, elle devra néanmoins être réalisée à «l'intérieur d'une unité topographique ou d'une unité de paysage commune, à condition que la compensation puisse fournir la même contribution à la structure écologique»<sup>141</sup>. A défaut, les mesures se rapporteront à une unité topographique ou une unité de paysage différente étant entendu qu'elles doivent impérativement faire partie de la même région biogéographique ou de la même aire de répartition. La nouvelle ordonnance bruxelloise sur la conservation de la nature prévoit pour sa part que les mesures compensatoires dans le cadre de Natura 2000 «sont localisées le plus près possible du site concerné sur le territoire régional, et en tout cas dans la même région biogéographique ou, en ce qui concerne les oiseaux, dans la même zone de reproduction, voie migratoire ou zone d'hivernage» (art. 64).

D'autre part, *ratione temporis*, la Commission exige que le résultat des mesures compensatoires soit opérationnel avant la survenance d'effets irréversibles «sauf s'il peut être établi que cette simultanéité est inutile pour assurer la contribution de ce site au réseau Natura 2000»<sup>142</sup>. A cette fin, il revient à l'autorité de dresser un rigoureux calendrier d'exécution des mesures compensatoires, garantissant une période suffisante afin que les habitats se développent et que les populations d'espèces se rétablissent dans la zone en question<sup>143</sup>. Si le projet est néanmoins particulièrement urgent ou que les mesures compensatoires requièrent un très long terme pour être effectives, la pro-

133. Ceci est expressément confirmé par la définition donnée à Natura 2000 à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, de la directive.

134. En ce sens, Ch.-H. BORN, «Cohérence écologique du réseau Natura 2000», *op. cit.*, p. 194.

135. Voir aussi Fr. HAUMONT, «L'application des mesures compensatoires prévues par Natura 2000», *op. cit.*, p. 614.

136. L'importance liée à la connectivité des habitats a récemment été réaffirmée par la Cour de justice: C.J.U.E, 10 juin 2010, Commission c. Italie, C-491/08, spéc. pts. 152 et 191; 24 novembre 2011, Commission c. Espagne (Alto Sil), C-404/09.

137. Commission Européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 12.

138. Voir, avis de la Commission du 11 juin 2010 (construction de la nouvelle section 3 de l'autoroute A 20 dans le Schleswig-Holstein); avis de la Commission du 5 mai 2009 (agrandissement de l'aéroport de Lübeck-Blankensee). Pour une analyse critique des différents avis de la Commission, voir L. KRÄMER, «The European Commission's Opinions under Article 6 (4) of the Habitats Directive», *J.E.L.*, 2009, pp. 59-85.

139. Voir les recommandations de la Commission in Commission Européenne, Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive «Habitats» 92/43/CEE, 2007, para. 55 et s.

140. Commission Européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 19.

141. Commission Européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 19.

142. Commission Européenne, *Gérer les sites Natura 2000 – les dispositions de l'article 6 de la directive «Habitats» 92/43/CEE*, Luxembourg, Commission européenne, 2000, p. 46.

143. *Ibid.*, p. 20.

blématique de la surcompensation pourra être envisagée afin que les pertes intermédiaires soient contrebalancées (*supra*). A la lumière de certains avis émis par la Commission, il apparaît que les États membres ne se conforment pas strictement aux recommandations de l'institution. En effet, ceux-ci s'engagent seulement à «prendre» les mesures envisagées avant que la détérioration du site n'ait lieu, mais pas à les rendre opérationnelles<sup>144</sup>.

Dans le cadre des dérogations 'espèces', la condition à respecter par l'autorité est d'éviter de nuire «au maintien, dans un état de conservation favorable, des populations des espèces concernées dans leur aire de répartition naturelle» (art. 16 de la directive «Habitats»). La Commission recommande d'évaluer l'impact de la dérogation – et des éventuelles mesures compensatoires la justifiant – à l'échelle biogéographique au sein de chaque État membre et à l'échelle de la population concernée. Elle indique que «les dérogations sont plus facilement justifiables si: (...) c) en cas de détérioration ou de destruction de sites de reproduction et d'aires de repos, des mesures compensatoires suffisantes (...) sont prises afin de compenser l'impact au niveau biogéographique comme au niveau de la population»<sup>145</sup>. Il semble donc que des mesures compensatoires visant à renforcer une population distincte de la population impactée par la dérogation ne soient pas suffisantes. La Commission ajoute également que la compensation devrait «être efficace avant ou au plus tard au début de la détérioration ou la destruction d'un site de reproduction ou d'une aire de repos»<sup>146</sup>.

### IV.2.3. Le critère des meilleures connaissances et techniques disponibles

Dans tous les cas, il serait indispensable que la détermination des mesures compensatoires soit faite au regard des meilleures connaissances et techniques disponibles<sup>147</sup>. Seule une approche fondée sur des bases scientifiques solides – l'écologie de la restauration notamment – est susceptible de donner des résultats suffisants. L'absence d'exigence spécifique dans les textes ne nous paraît pas suffisante pour permettre à l'autorité de s'exonérer d'un tel examen, l'obligation de compensation étant une obligation de résultat.

## IV.3. Les limites à l'imposition de mesures compensatoires

L'on ne saurait suffisamment souligner les importantes limites de la compensation écologique. D'ordre technique et juridique, elles justifient de n'y recourir qu'au titre d'*ultimum remedium*.

### IV.3.1. Les limites techniques

Les limites à la compensation sont tout d'abord d'ordre technique. Elles sont d'autant plus importantes que le degré d'équivalence requis dans la réparation des dommages est élevé. L'ingénierie écologique n'est pas à même, loin s'en faut, de recréer n'importe quel type d'habitat ni de reconstituer une population d'une espèce en n'importe quel lieu du territoire<sup>148</sup>. L'incertitude scientifique est souvent de mise quant aux effets à long terme des actions compensatoires entreprises. A cet égard, l'on peut raisonnablement mettre en doute la certitude dont font montre certaines autorités nationales dans leur motivation, n'hésitant pas à affirmer par exemple, s'agissant de la reconstitution d'habitats, que les mesures entreprises «permettront de rétablir complètement la cohérence avec effet immédiat»<sup>149</sup>.

Il convient donc d'admettre que, lorsque l'efficacité de la compensation ne peut être raisonnablement garantie, le plan ou le projet doit être refusé, conformément à une approche de précaution. C'est le cas dans Natura 2000 lorsqu'un projet dérogatoire ne peut faire l'objet de mesures compensatoires assurant la «cohérence globale» du réseau. Un tel blocage n'en est pas moins difficile à concevoir dans le cas de projets justifiés par des motifs de la plus haute importance (on pense, par exemple, à des travaux visant au renforcement de digues pour lutter contre l'inondation<sup>150</sup>). La solution réside dans ce cas dans un élargissement du champ des solutions alternatives à étudier pour atteindre l'objectif poursuivi, quitte à envisager des options nettement plus coûteuses.

### IV.3.2. Les limites constitutionnelles

L'imposition de mesures compensatoires ne saurait évidemment s'affranchir des règles d'ordre constitutionnel. Il en va ainsi des dispositions réglant la répartition de compétences. Il en va également des droits

144. Cf. à titre d'exemple, avis de la Commission du 11 juin 2010 (construction de la nouvelle section 3 de l'autoroute A 20 dans le Schleswig-Holstein); avis de la Commission du 3 décembre 2010 (construction de l'extension de l'autoroute A 49).

145. Commission Européenne, Document d'orientation sur la protection stricte des espèces animales d'intérêt communautaire en vertu de la directive «Habitats» 92/43/CEE, 2007, para. 53.

146. *Ibid.*, para. 56, iv.

147. A cette fin, les autorités pourront s'inspirer de la définition de la notion de «meilleures techniques disponibles» telle que prévue à l'article 3, 10°, de la directive 2010/75/UE relative aux émissions industrielles (prévention et réduction intégrées de la pollution). Voir en outre pour un recours à pareil raisonnement dans le cadre de l'évaluation appropriée des incidences des plans et projets: concl. Av. gén. KOKOTT sous C.J.C.E., 14 avril 2005, Commission c. Pays-Bas, C-441/03, pt. 12.

148. Voir la contribution de Ph. GOFFART dans cet ouvrage.

149. Avis de la Commission du 11 juin 2010 (construction de la nouvelle section 3 de l'autoroute A 20 dans le Schleswig-Holstein). Dans le même sens: avis de la Commission du 3 décembre 2010 sollicité par l'Allemagne, *op. cit.*; avis de la Commission du 14 avril 2000 (extension du site de la société Daimler Chrysler à Hamburg-Finkenwerder). *Contra*: avis de la Commission du 6 juin 2005 (aménagement de l'aéroport commercial de Karlsruhe).

150. Cf. pour une telle situation: C.J.C.E., 28 février 1991, Commission c. Allemagne («Leybucht»), C-57/89.

fondamentaux – en particulier le droit au respect des biens<sup>151</sup> – et du principe d'égalité et de non-discrimination. Le législateur comme l'autorité compétente sont tenus de respecter ces droits tant à l'égard de l'auteur du plan ou du demandeur de permis – notamment dans la fixation des mesures compensatoires – qu'à l'égard des tiers – lorsque l'autorité impose des mesures compensatoires sur des parcelles n'appartenant pas à l'auteur du dommage à compenser, comme l'illustre l'affaire de l'extension du port d'Anvers ('Deurgandok')<sup>152</sup>. Incontestablement, de telles contraintes peuvent, dans certaines hypothèses, rendre la compensation nettement plus difficile, sinon impossible à mettre en oeuvre concrètement.

### IV.3.3. La proportionnalité des mesures compensatoires

Une limite importante à l'imposition de mesures compensatoires tient dans le respect du principe de proportionnalité, en vertu duquel les mesures compensatoires ne devront pas dépasser ce qui est strictement nécessaire pour atteindre les objectifs écologiques fixés<sup>153</sup>. Cette exigence est explicitement rappelée par le législateur lorsque ces mesures constituent des conditions d'octroi d'un permis<sup>154</sup>. L'article 2, § 3, de la directive «Habitats», qui exige la prise en compte des exigences socio-économiques dans l'adoption des mesures de conservation, confirme également cette exigence concernant Natura 2000 et la protection des espèces. Aussi, une analyse «coût-bénéfice» peut-elle se révéler nécessaire, surtout lorsque la compensation est susceptible de prendre différentes formes, à des coûts variés. Il conviendra donc de mettre en balance l'apport des mesures compensatoires pour la cohérence globale du réseau Natura 2000 avec le coût qu'elles représentent. Ceci implique que le projet ne devrait pas être autorisé lorsque les mesures occasionnent un coût disproportionné par rapport à celui du projet lui-même<sup>155</sup>. Une motivation spécifique, fondée scientifiquement, doit être prévue dans les permis pour établir le rapport de proportionnalité entre, d'une part, le dommage causé par le projet et, d'autre part, l'étendue des mesures compensatoires. Lorsqu'une

surcompensation est imposée, elle doit pouvoir être justifiée par la nécessité de compenser des pertes intermédiaires (*supra*).

### IV.3.4. Les limites liées au contexte réglementaire en vigueur

D'autres limites sont liées au contexte réglementaire en vigueur sur le site de compensation. Il s'agit notamment des *plans d'aménagement en vigueur*, en particulier le plan de secteur, dont le zonage n'est pas nécessairement toujours adapté pour accueillir des actes et travaux de restauration. Dans ce cas, si la compensation ne peut avoir lieu pour cette raison, l'autorité doit envisager soit l'octroi d'une dérogation, dans les limites prévues par le droit de l'urbanisme<sup>156</sup>, soit une révision du plan, comme ce fut le cas dans le cadre du projet d'extension du port d'Anvers<sup>157</sup>. Le coût d'une telle révision (à tout le moins de l'évaluation de ses incidences, si elle est requise) devrait cependant être pris en charge par l'auteur du dommage à compenser, si l'on applique le principe du pollueur-payeur, par exemple via des charges d'urbanisme.

L'autorité doit aussi avoir égard au patrimoine naturel protégé. Ainsi, des mesures compensatoires ne pourraient, sauf dérogation, être imposées sans s'assurer du respect du régime de protection applicable aux sites Natura 2000<sup>158</sup> ou des dispositions protégeant les espèces menacées. Il est évident que, dans la pratique, un tel contexte réglementaire peut rendre considérablement plus difficile l'adoption de mesures compensatoires correctement localisées et appropriées sur le plan écologique.

### IV.3.5. Les limites à l'imposition de conditions dans les permis

Par ailleurs, l'imposition de conditions imposant des mesures de compensation ne peut s'envisager, dans l'état actuel de la législation wallonne, que dans le respect de la jurisprudence du Conseil d'État sur les conditions imposées dans les permis<sup>159</sup>. Pour l'imposition de mesures compensatoires, ces exigences

151. Art. 16, Const.; art. 1<sup>er</sup> du Premier Protocole à la CEDH.

152. A l'occasion de laquelle des mesures compensatoires furent imposées à des agriculteurs cultivant les terres voisines du site litigieux. Voir J.-F. NEURAY, «L'affaire dite du 'Deurgandok' ou la 'balance des intérêts' à la Cour d'arbitrage», *Amén.*, 2003/3, pp. 162 et s.

153. Voir les développements dans la contribution de Fr. HAUMONT dans cet ouvrage.

154. Le CWATUPE rappelle explicitement que les conditions et charges doivent être proportionnées (art. 128, § 2).

155. M. LUCAS, «La compensation environnementale, un mécanisme inefficace à améliorer», *op. cit.*, p. 66.

156. En droit wallon, les dispositions prévoyant la possibilité de déroger ou de «s'écarter» du plan de secteur (art. 110 à 112 et 127, § 3, CWATUPE) ne sont en réalité que rarement utilisables par des particuliers, les travaux de restauration entrepris par des personnes privées n'étant pas repris dans l'article 271bis du CWATUPE ni en tant que tels dans la liste des hypothèses de l'article 127, § 1<sup>er</sup>, pouvant faire l'objet de dérogations.

157. Dans cette affaire dite du «Deurgandok», la mise en oeuvre des mesures de compensation a nécessité diverses modifications du plan de secteur pour convertir notamment des terres agricoles en zones «vertes» pour la récréation d'habitats: voir le décret flamand du 14 décembre 2001 pour quelques permis de construire pour lesquels valent des raisons obligatoires d'intérêt général. Voir aussi J.-F. NEURAY, «L'affaire dite du 'Deurgandok' ou la 'balance des intérêts' à la Cour d'arbitrage», *op. cit.*, spéc. p. 162, note 6.

158. Dans l'affaire du contournement routier d'Augustow (Pologne), la Cour avait ordonné la suspension de travaux autorisés par le gouvernement polonais pour des boisements compensatoires risquant de détériorer des milieux ouverts au sein d'un autre site Natura 2000 (C.J.C.E. (Ord. Prés.), 18 avril 2007, C-193/07).

159. Le Conseil d'État a résumé ces conditions comme suit à propos de l'article 123 du CWATUPE, sur la base duquel des conditions en matière de compensation et de suivi avaient été imposées: jugé que «si aux termes de l'article 123, alinéa 1<sup>er</sup>, du CWATUPE, un permis d'urbanisme peut être assorti de conditions, celles-ci doivent être précises et limitées quant à leur objet et ne porter que sur des éléments secondaires et accessoires; qu'en aucun cas, elles ne peuvent laisser place à une appréciation dans son exécution ni quant à l'opportunité de s'y conformer ni dans la manière dont elles doivent être exécutées; qu'elles ne peuvent ainsi pas imposer le dépôt de plans modificatifs ou complémentaires postérieurement à la délivrance du permis, ou se référer à un événement futur ou incertain ou dont la réalisation dépend d'un tiers ou d'une autre autorité; que ces diverses limites à l'admissibilité des conditions assortissant la délivrance d'un permis sont cumulatives de sorte que si une condition ne

constituent parfois un obstacle pour le DNF lorsqu'il définit ces mesures dans ses avis ou dans les dérogations qu'il délivre. Il arrive ainsi que cette administration exige la gestion ou la restauration de sites n'appartenant pas au demandeur du permis, la mise de parcelles sous engagement agro-environnemental, la réalisation d'actes et travaux de restauration soumis à permis ou encore requérant le dépôt de plans modificatifs postérieurement à la délivrance du permis, la mise en place d'un comité de suivi (*infra*), etc., soit autant de conditions *a priori* susceptibles d'être considérées comme inadmissibles par le Conseil d'État, comme l'illustre l'arrêt *Van Laer*<sup>160</sup>. On notera que l'exploitant, qui se voit imposer des charges compensatoires jugées excessives ou irrégulières, ne pourra pas, sauf rares exceptions, introduire un recours contre le permis uniquement en ce qui concerne la charge en question, dès lors que celle-ci fait corps avec la décision<sup>161</sup>.

#### IV.4. La procédure de fixation des mesures compensatoires

##### IV.4.1. La procédure à respecter pour imposer une compensation

*A priori*, la compensation ne s'envisage que dans le cadre plus large de l'approbation d'un plan ou d'un projet, elle-même soumise à des règles procédurales propres. La fixation des mesures compensatoires est donc souvent une décision prise en même temps et par la même autorité que celle qui approuve le plan ou le projet en question. C'est tout particulièrement le cas lorsque la compensation est imposée à titre de condition ou de charge dans un permis<sup>162</sup>. Cette fusion des procédures est éminemment souhaitable dans la mesure où la décision de compenser est, par ce biais, soumise à toutes les garanties procédurales prévues dans ce genre de procédure concernant l'évaluation des incidences, la participation du public et l'accès à la justice. Elle est cependant loin d'être systématique.

S'agissant de Natura 2000, l'article 6, § 4, de la directive «Habitats» ne semble pas exiger, en soi, une coordination formelle des décisions, puisqu'il prévoit sim-

plement que si un plan ou projet à risque doit être réalisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur, «*l'État membre prend toute mesure compensatoire nécessaire (...)*», sans plus de précision quant à la forme que doit prendre la décision. Tout au plus peut-on en déduire que la décision relative aux mesures compensatoires doit précéder ou être concomitante à la décision d'approuver le plan ou le projet. En droit wallon, l'article 29, § 2, de la loi assigne à «*l'autorité compétente*» pour statuer sur le plan ou le permis le soin de prendre ces mesures. Ceci lui permet d'intégrer les mesures compensatoires dans la décision finale, les soumettant du même coup aux garanties procédurales précitées.

A Bruxelles, le législateur a préféré dissocier la décision de déroger au régime de protection Natura 2000, pour la confier, dans tous les cas de figure, au gouvernement, selon une procédure spécifique qui a pour effet de suspendre la procédure de planification ou d'autorisation en cours (art. 64 de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> mars 2012)<sup>163</sup>. Le texte habilite explicitement le gouvernement à prendre «*toute mesure pour garantir l'effectivité des mesures compensatoires nécessaires, y compris: (...) – la suspension temporaire de la mise en œuvre du plan ou du permis tant que les mesures compensatoires ne sont pas effectives; (...)*». En revanche, le texte n'est pas clair quant à la question de savoir quand exactement la procédure de demande de dérogation a lieu, eu égard à la procédure en cours. Il n'est donc pas certain que les propositions de mesures compensatoires seront soumises à évaluation des incidences et à participation du public<sup>164</sup>.

Une telle coordination n'est pas non plus prévue par les directives Oiseaux et Habitats lorsque la compensation est exigée dans le cadre d'une dérogation aux dispositions de protection des espèces, pour autant qu'au moment de l'exécution du projet, les conditions d'octroi de la dérogation aient été respectées<sup>165</sup>. Il se peut donc que les mesures de compensation échappent aux exigences d'évaluation des incidences et de participation, les dérogations n'y étant pas soumises en droit interne. Rien n'empêche cependant l'État membre de fusionner les procédures à ces

*satisfait pas à l'une ou à l'autre d'entre elles, elle ne peut être admise*» (C.E., 20 septembre 2011, *Van Laer*, n° 215.210). Sur cette question, voir M. KESTEMONT-SOUMERYN, M. KAROLINSKI et F. DE MUYNCK, «Les conditions assortissant les permis – État des lieux», *Amén.*, 2011/4, pp. 249 et s.

160. C.E., 20 septembre 2011, *Van Laer*, n° 215.210, précité.

161. Voir la jurisprudence citée par M. KESTEMONT, M. KAROLINSKI et F. DE MUYNCK, «Les conditions assortissant les permis – État des lieux», *op. cit.*, pp. 262 et s. Les auteurs pointent une affaire dans laquelle le Conseil d'État semble avoir accepté de n'annuler un permis qu'en ce qui concerne une condition jugée irrégulière (C.E., 8 juin 2011, n° 96.241 et 26 novembre 2002, n° 112.888, *Van De Putte et Ergo*).

162. Voy. la contribution de J. van YPERSELE dans cet ouvrage.

163. Lorsqu'il n'est pas lui-même l'autorité compétente, le gouvernement bruxellois doit délivrer la dérogation préalablement à la décision d'approbation du plan ou du projet. Il semble que l'initiative doive être prise par le demandeur de permis ou l'auteur de projet de plan, qui sollicite à cet effet l'autorité compétente pour approuver le plan ou le projet en lui déposant un dossier, comportant, notamment, une motivation quant aux raisons qui justifient le projet et à l'absence de solutions alternatives, ainsi qu'une «*proposition de mesures compensatoires*». Les délais impartis pour approuver le plan ou le projet sont suspendus pendant l'instruction de la demande. Celle-ci est relayée au gouvernement et soumise par lui pour avis à diverses instances consultatives, dont l'administration de l'environnement (IBGE) et le Conseil supérieur bruxellois de la conservation de la nature. Les délais pour statuer sur le plan ou le projet sont renouvelés une fois reçue la décision du gouvernement d'octroyer la dérogation. Celui-ci apprécie les justifications du projet et vérifie l'absence de solutions alternatives, puis, si ces conditions sont remplies, «*1° arrête les mesures compensatoires nécessaires; 2° prescrit, le cas échéant, toute condition ou modalité d'exécution, d'utilisation, d'exploitation ou de fonctionnement qui permet de préserver ou de limiter l'atteinte à l'intégrité du site concerné (...)*». Lorsque le gouvernement est lui-même l'autorité compétente, il diligente lui-même la procédure et accorde la dérogation en même temps qu'il approuve le plan ou le projet. «*En cas d'autorisation, d'adoption ou d'approbation, le gouvernement informe la Commission européenne des mesures compensatoires adoptées*» (art. 64, §§ 2 à 5, ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012).

164. Il nous semble que le gouvernement pourrait l'imposer sur la base de son pouvoir général d'exécution.

165. C.J.U.E., 6 novembre 2003, *Commission c. Royaume Uni*, C-434/01.

mêmes conditions, comme c'est le cas en droit flamand<sup>166</sup>.

## IV.4.2. L'aide technique à la décision au travers de l'évaluation des incidences et des consultations

### IV.4.2.1. L'évaluation des incidences

Ainsi qu'on l'a dit, la législation générale sur l'évaluation des incidences requiert de l'auteur de l'évaluation qu'il décrive, le cas échéant, les mesures envisagées visant à éviter, réduire ou «si possible» compenser les «effets négatifs importants» sur l'environnement (*supra*), sans toutefois donner aucune précision. Il est utile qu'à l'occasion de la phase de délimitation du champ de l'évaluation (phase de «*scoping*»), l'autorité compétente ait la possibilité de donner des précisions sur le contenu de l'évaluation à effectuer. C'est systématiquement le cas en Région wallonne en matière d'évaluation des incidences des plans et programmes, sauf en ce qui concerne le SDER et le schéma de structure communal<sup>167</sup>. En matière d'évaluation des incidences des projets, pareilles précisions ne peuvent être données que si le demandeur en fait la demande<sup>168</sup> ou si des propositions en ce sens ont été faites à l'occasion de la réunion d'information préalable<sup>169</sup>. Toutefois, l'autorité compétente pour vérifier le caractère complet des demandes de permis peut exiger un complément d'information si elle juge que l'évaluation est incomplète sur le volet compensation. Un avis technique devrait cependant l'éclairer sur ce point<sup>170</sup>.

*A priori*, on pourrait penser que le mécanisme d'évaluation appropriée exigée dans le cadre de Natura 2000 devrait également comporter, en cas de nécessité d'une dérogation, une évaluation des éventuelles solutions alternatives ainsi que, à défaut, des mesures compensatoires à envisager. Curieusement, la Cour de justice a considéré qu'«*eu égard aux caractéristiques particulières de chacune des phases visées à l'article 6 de la directive 92/43, il y a lieu de constater que les différentes exigences énoncées au paragraphe 4 de celui-ci ne sauraient constituer des éléments que les autorités nationales compétentes sont tenues de prendre en compte lorsqu'elles effectuent l'évaluation appropriée prévue au paragraphe 3 dudit article*»<sup>171</sup>. Si la prise en considération de ces aspects n'est pas obliga-

toire, elle n'est cependant pas interdite non plus: l'autorité ne commettrait pas une irrégularité en exigeant de l'auteur de l'évaluation des informations sur ce point. Elles sont en tout état de cause requises si l'évaluation appropriée s'inscrit dans le cadre d'une évaluation générale des incidences (*supra*). A défaut d'obtenir, via le document d'évaluation des incidences, toutes les garanties que la compensation atteindra les objectifs requis, l'autorité devra logiquement refuser le plan ou le projet.

Si, sur le papier, l'évaluation des incidences est en principe à même de fournir l'aide technique à la décision nécessaire, encore faut-il garantir sa qualité et son objectivité. L'exigence d'un agrément spécifique pour réaliser les études d'incidences<sup>172</sup> et la soumission de l'évaluation à l'avis d'une autorité disposant de compétences techniques (*infra*, IV.4.2.2.) y contribuent sans toutefois résoudre le problème d'indépendance que pose la relation contractuelle entre l'auteur de l'évaluation et le maître d'ouvrage ou lorsqu'ils ne font qu'un.

### IV.4.2.2. Les consultations d'autorités compétentes en matière de biodiversité

La consultation d'autorités ou d'organes dotés de compétences scientifiques en matière de biodiversité s'avère également essentielle pour donner une assistance technique à l'autorité pour fixer les mesures compensatoires. On sait que le droit européen de l'évaluation des incidences requiert, au stade de la phase de «*scoping*» et de la phase d'instruction, la consultation des «*autorités susceptibles d'être concernées par le projet, en raison de leurs responsabilités spécifiques en matière d'environnement*»<sup>173</sup>. En matière de compensation, l'administration compétente pour la conservation de la nature ne doit cependant être systématiquement consultée que pour certains types de projets<sup>174</sup>. Pour le surplus, cela reste une faculté, qui est loin d'être toujours utilisée. Pour le Conseil d'État, l'avis du CWEDD rendu sur la qualité des évaluations suffit au regard des exigences du droit européen<sup>175</sup>. Cet organe ne nous paraît pas pouvoir constituer une telle autorité, dès lors qu'il est composé non d'experts, mais de représentants de groupes d'intérêt et de la société civile. A Bruxelles, les propositions de mesures com-

166. Voir art. 23, A. Gouv. fl. du 15 mai 2009 relatif à la protection et à la gestion des espèces (*M.B.*, 13 août 2009). Sur cette question, voy. Ch.-H. BORN, «La protection des espèces contre les détériorations et les perturbations causées par les plans et projets», in *La protection des espèces en dehors des zones protégées*, Ch.-H. BORN et F. HAUMONT (dir.), Actes du colloque de Mons du 26 novembre 2010, Bruxelles, Larcier, à paraître.

167. Voir, en matière de plans d'aménagement, les art. 33, § 2, al. 1<sup>er</sup> (RUE), 42, al. 2 et 42bis, al. 8, (plan de secteur) et 50, § 2 (PCA); pour les autres plans et programmes, voir l'art. D.56, § 2, du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement.

168. Art. 5.2, dir. 2011/92/UE (ex-85/337/CEE) (qui permet cependant aux États membres d'imposer un avis de l'autorité compétente sur le contenu de l'évaluation: cf. al. 2 de la même disposition) et art. D.67, § 3, dernier al., du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement.

169. Art. D.29-5 du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement.

170. On saluera à cet égard l'obligation faite au DNF de rendre un avis sur le caractère complet du volet Natura 2000 du formulaire de demande de permis d'environnement et de permis unique: A. Gouv. w. du 4 juillet 2002 arrétant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées, art. 3, al. 2.

171. C.J.C.E., 14 avril 2005, Commission c. Pays-Bas, C-441/03, pt. 28.

172. Art. D.70 du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement.

173. Art. 5.2 et 6.1, dir. 2011/92/UE (ex-85/337/CEE); art. 5.4 et 6.3, dir. 2001/42/CE.

174. Voir la liste des projets soumis à l'avis du DNF dans l'annexe de l'A. Gouv. w. du 4 juillet 2002 arrétant la liste des projets soumis à étude d'incidences et des installations et activités classées.

175. Avis du Conseil d'État, *Doc. parl. w.*, 309 (2001-2002) n° 1, p. 91.

pensatoires doivent être soumises par le gouvernement à la fois à l'administration régionale de l'environnement (IBGE) et au Conseil supérieur bruxellois de la conservation de la nature, ce qui est nettement plus cohérent<sup>176</sup>.

#### IV.4.2.3. La consultation de la Commission européenne

Étape supplémentaire dans la procédure, la directive «Habitats» exige de l'État membre qui recourt au mécanisme dérogatoire visé à l'article 6, § 4, de la directive «Habitats» qu'il «*informe la Commission des mesures compensatoires adoptées*», afin, selon la Commission, de lui «*permettre (...) d'évaluer comment les objectifs de conservation du site en question sont poursuivis en l'espèce*»<sup>177</sup>. Selon la Commission, «*les mesures compensatoires doivent être soumises à la Commission avant leur mise en œuvre et, en tout état de cause, avant la réalisation du plan ou du projet concerné, mais après son autorisation*» (souligné dans le texte), de manière à lui permettre d'exercer son contrôle<sup>178</sup>. Elle a établi un formulaire standard à cet effet<sup>179</sup>. La Commission a indiqué explicitement qu'il ne lui appartient pas «*de proposer des mesures compensatoires ou de les valider sur le plan scientifique*»<sup>180</sup>.

La directive exige en outre des États membres qu'ils sollicitent un avis de la Commission européenne lorsqu'un plan ou un projet qui doit être autorisé pour des raisons impératives d'intérêt public majeur non liées à la santé de l'homme, à la sécurité publique ou à des conséquences bénéfiques primordiales pour l'environnement menace un type d'habitat naturel ou une espèce prioritaire<sup>181</sup>. L'avis doit être demandé avant l'approbation du plan ou du projet<sup>182</sup>. Selon la Commission, il doit porter sur les différentes conditions imposées pour déroger au régime de protection, y compris sur les mesures compensatoires<sup>183</sup>. Les quelques avis publiés indiquent que la Commission suit, globalement, ce raisonnement. Comme tous les avis des institutions européennes, il n'a pas de portée

contraignante<sup>184</sup> et ne peut faire l'objet d'un recours devant la Cour de justice<sup>185</sup>. Une autorité peut donc s'écarter de l'avis en motivant sa décision. Une motivation insuffisante sur le plan technique pourrait cependant inciter la Commission à introduire une action en manquement pour non-respect des conditions de fond prévues par l'article 6, § 4, de la directive<sup>186</sup>.

#### IV.4.3. La participation du public

Lorsque la compensation s'envisage dans le cadre de procédures classiques de planification ou de délivrance de permis soumis à l'évaluation générale des incidences, celle-ci se voit soumise, du même coup, aux règles sur la participation du public en vigueur, fort bien commentées en doctrine<sup>187</sup>. *A priori*, dans la plupart des cas, les plans ou projets soumis à évaluation appropriée le seront également<sup>188</sup>. On relèvera toutefois que l'octroi des dérogations aux dispositions de protection des espèces, qui en elles-mêmes ne sont pas soumises à participation en vertu de la directive «Habitats»<sup>189</sup>, ne concerne pas toujours des projets soumis à permis et donc à participation<sup>190</sup>.

## V. La mise en œuvre des mesures compensatoires

Une fois les mesures compensatoires déterminées, elles doivent être mises en œuvre de façon effective. Cette phase cruciale de la compensation soulève un certain nombre de questions juridiques – relatives à la responsabilité (V.1) et aux conditions (V.2) de la mise en œuvre desdites mesures ainsi qu'à la pérennité des effets de la compensation (V.3)<sup>191</sup> – dont la solution déterminera largement l'efficacité des mesures prises.

### V.1. La responsabilité de la mise en œuvre des mesures compensatoires

Plusieurs approches peuvent être suivies dans l'attribution de la responsabilité de la mise en œuvre des

176. Art. 64, § 3, dernier al., ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012.

177. Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 21.

178. *Ibid.*, p. 22.

179. *Ibid.*, annexe.

180. *Ibid.*, p. 21.

181. Voir L. KRÄMER, «The European Commission's Opinions under Article 6 (4) of the Habitats Directive», *op. cit.*

182. Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 22.

183. *Ibid.*, p. 24.

184. Art. 288, dernier al., TFUE.

185. Art. 263, al. 1<sup>er</sup>, TFUE.

186. Commission Européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 24. L. KRÄMER fait remarquer que cette situation ne s'est jamais présentée à ce jour (2009).

187. Voir la thèse de M. DELNOY, *La participation du public en droit de l'environnement et de l'urbanisme*, Bruxelles, Larcier, 2007.

188. L'article 6, § 3, de la directive «Habitats» prévoit que l'autorité prend sa décision, en cas d'évaluation appropriée, «après avoir pris, le cas échéant, l'avis du public». La directive 2001/42/CE semble quant à elle exiger que tout plan ou programme soumis à évaluation appropriée soit également soumis à l'évaluation stratégique environnementale et donc à participation du public (art. 3, § 2, b). La Cour n'a par contre pas encore tranché l'épineuse question de savoir si un projet soumis à évaluation appropriée des incidences doit aussi d'office être soumis à l'évaluation générale des incidences.

189. Nous n'examinerons pas ici la question de savoir si ces dérogations sont visées par l'article 6 de la Convention d'Aarhus. On notera cependant que le Conseil d'État a jugé que ce type de dérogation est un acte qui modifie l'ordonnement juridique et est donc susceptible de recours, quand bien même les actes concernés seraient soumis à permis d'urbanisme par ailleurs (C.E., 12 novembre 2009, ASBL Terre Wallonne, n° 197.722).

190. La fusion des autorisations en droit flamand (art. 63, A. Gouv. fl. du 15 mai 2009) (*supra*) permet d'éviter cet écueil.

191. Certaines de ces questions sont communes aux mesures de réparation des dommages environnementaux ainsi qu'aux projets de restauration volontaire (projets LIFE+, INTERREG, etc.) et leur solution permettrait de régler une série de problèmes auxquels sont confrontés les acteurs de terrain.

mesures compensatoires. Le droit positif ne les explore pas nécessairement.

## V.1.1. Les approches possibles dans l'attribution de la responsabilité de la compensation

Selon une *première approche*, c'est soit l'auteur du plan, soit le titulaire du permis ou de la dérogation qui se voit attribuer, au travers de la décision finale d'approbation – notamment sous la forme de conditions dans le permis –, la responsabilité de la mise en œuvre concrète des mesures de compensation. Dans ces hypothèses, si la compensation n'est pas mise en œuvre et les parcelles gérées conformément à la décision, l'auteur du dommage engage sa responsabilité pénale, civile et, le cas échéant, environnementale. Ceci ne l'empêche pas *a priori* de sous-traiter la réalisation des mesures compensatoires, moyennant par exemple des accords de gestion avec des tiers. De tels accords ne le déchargent cependant pas, juridiquement, de ses responsabilités en tant que auteur du plan ou titulaire du permis ou de la dérogation concerné(e)<sup>192</sup>.

Selon une *deuxième approche*, on peut concevoir des systèmes compensatoires où le titulaire du permis assume financièrement le coût de la restauration, tout en transférant la responsabilité de mettre en œuvre les mesures compensatoires à un *tiers* – de droit public (par exemple la Région wallonne ou un établissement public *ad hoc*, sur le modèle du «conservatoire») ou privé (par exemple une ONG ou une fondation de type «trust» ou une banque privée de conservation (*conservation bank*) dans le cadre d'un marché d'unités de biodiversité). Cette option présente des avantages incontestables, en termes d'efficacité, d'efficience et de pérennité des mesures sur le long terme, pour autant toutefois que les responsabilités des repreneurs de l'obligation de compensation soient clairement établies et effectives.

## V.1.2. L'attribution des responsabilités de la compensation en droit positif

Qu'en est-il en droit européen et en droit wallon? En ce qui concerne Natura 2000, les articles 6, § 4, et 16 de la directive «Habitats» assignent à l'État membre le soin de définir, sous sa responsabilité dans l'ordre communautaire, les mesures compensatoires, sans indiquer qui doit, *in fine*, en assumer la responsabilité dans l'ordre interne. En droit wallon, l'article 29, § 2, de la loi sur la conservation de la nature, qui transpose l'article 6, § 4, de la directive, prévoit que c'est

«l'autorité compétente» qui «prend toute mesure compensatoire nécessaire» pour préserver la cohérence du réseau. En matière de protection des espèces, l'article 5, §§ 2 et 3, relatif à la procédure de dérogation aux dispositions de protection des espèces, prévoit uniquement que la dérogation ne peut mettre en danger la population de l'espèce concernée, sans autre précision. L'autorité dispose donc d'une certaine marge d'appréciation pour décider qui sera, *in fine*, responsable de la mise en œuvre de la compensation.

Cette souplesse du droit européen sur ce point permet, en soi, d'envisager un transfert de responsabilité dans le cadre de la mise en place d'un Fonds «nature» voire d'un marché d'unités de biodiversité pour ce type d'atteintes (*infra*, VI). La directive 2004/35/CE pose cependant un problème important à cet égard pour les dommages environnementaux qu'elle couvre. En effet, comment concilier un tel transfert de responsabilité avec l'obligation inconditionnelle de l'exploitant de réparer le dommage environnemental qu'il a causé, qui ne souffre pas d'exceptions dans ladite directive? Cela signifierait qu'en cas de non-respect des mesures compensatoires par le nouveau responsable, l'autorité compétente pourrait se retourner quand même contre l'exploitant... Cette situation pourrait constituer un obstacle à la mise en œuvre de mécanismes opérant un transfert de responsabilité comme dans le cas des marchés d'unités de biodiversité (*infra*, VI).

## V.2. Les conditions de la mise en œuvre des mesures compensatoires

La mise en œuvre concrète des mesures compensatoires peut impliquer la réalisation d'actes et travaux qui exigent, sinon l'élaboration d'un véritable plan de gestion à long terme (non examiné ici), à tout le moins l'octroi de diverses autorisations ou dérogations. Elle suppose aussi la maîtrise foncière des parcelles de compensation.

### V.2.1. Les autorisations nécessaires à la mise en œuvre des mesures compensatoires

Si des actes et travaux de restauration sont envisagés, il importe de vérifier si les permis et dérogations éventuellement requis(es) sont bien sollicités et respectés<sup>193</sup>. Ainsi, les travaux de déboisement de résineux en zone forestière pour recréer des milieux ouverts semi-naturels ou la modification sensible du relief du sol pour recréer une zone humide sont in-

192. La détermination des responsabilités dans l'adoption de mesures compensatoires n'est cependant pas toujours évidente. C'est notamment le cas lorsque plusieurs plans ou projets contribuent, par leurs effets cumulatifs, à la détérioration d'éléments de la biodiversité. En soi, il n'y a aucune raison d'exclure la compensation dans cette hypothèse, pour autant que la contribution de chaque plan ou projet puisse être raisonnablement établie et estimée sur des bases objectives. La Cour de justice l'a implicitement confirmé dans son arrêt *Alto Sil* déjà cité. Elle a en effet jugé que des activités minières impliquant, par leurs effets cumulatifs, des détériorations d'habitats et des perturbations d'espèces sur un site Natura 2000 violent l'article 6, § 2, de la directive, mais peuvent éventuellement être régularisées sur la base de l'article 6, § 4, lequel implique une compensation (C.J.U.E., 24 novembre 2011, Commission c. Espagne (*Alto Sil*), C-404/09).

193. Voir Fr. HAUMONT, «L'application des mesures compensatoires prévues par Natura 2000», *ERA Forum*, 2009, 10, pp. 611-624, spéc. p. 619.

contestablement soumis à permis d'urbanisme<sup>194</sup> ainsi qu'à évaluation des incidences. De même, le prélèvement et le transport de spécimens d'une population d'espèce protégée en vue de les transférer ou de recréer une population sont soumis à dérogation<sup>195</sup>. La réintroduction d'une espèce indigène est quant à elle soumise à évaluation et à autorisation spécifiques et doit faire l'objet d'une «*consultation appropriée du public concerné*»<sup>196</sup>.

Pour que la continuité écologique soit garantie, il faudrait idéalement que lesdits permis soient obtenus et mis en œuvre avant l'exécution du plan ou du projet dommageable, ce qui peut considérablement retarder le processus d'approbation dudit plan ou projet. Comme le relève Fr. Haumont dans son rapport introductif, il n'est pas réaliste ni proportionné d'exiger qu'ils le soient au moment de l'élaboration de l'avant-projet de plan ou de l'introduction de la demande du permis de base. Une disposition législative coordonnant les procédures et suspendant notamment l'exécution des plans et permis dans l'attente des autorisations nécessaires et de leur mise en œuvre devrait être prévue à cet effet, comme c'est le cas en droit bruxellois<sup>197</sup>. Il faut aussi régler la question de l'éventuel transfert de responsabilité si le permis requis n'est pas introduit par le maître d'ouvrage, comme cela pourrait être le cas en cas de transport ou de réintroduction d'espèces.

## V.2.2. La maîtrise foncière des sites de compensation

### V.2.2.1. Principe

La question de la maîtrise foncière se pose avec acuité lors du choix des sites devant accueillir les mesures compensatoires. Celui-ci doit en effet se fonder en priorité sur des critères scientifiques, les considérations d'ordre socio-économique ou foncier<sup>198</sup> ne pouvant entrer en ligne de compte que si plusieurs parcelles sont susceptibles de convenir du point de vue écologique. Le problème ainsi posé appelle une distinction importante.

Soit le plan ou le projet est le fait des autorités publiques elles-mêmes, auquel cas l'obstacle semble largement surmontable eu égard aux prérogatives foncières dont elles disposent. En effet, si le droit interne

le permet, les autorités pourront par exemple procéder à une expropriation comme la Commission le préconise<sup>199</sup>. Elles pourraient par ailleurs désigner comme site Natura 2000 ou intégrer dans un tel site des terrains dont elles sont propriétaires. Soit le projet est promu par des opérateurs privés, auquel cas il est fort probable que ceux-ci doivent acquérir des terrains ou conclure des contrats de gestion aux fins de la réalisation des mesures compensatoires. Dans ce cas, il n'existe aucune certitude quant à la question de savoir si le propriétaire d'un terrain particulièrement approprié acceptera de céder ou louer<sup>200</sup> son bien. Sauf habilitation spécifique, ceci rend impossible l'imposition de conditions imposant la compensation sur de telles parcelles dans le permis, les conditions ne pouvant se référer à un événement futur et incertain ou dépendant de l'intervention d'un tiers<sup>201</sup>. Et exiger de l'opérateur qu'il effectue les démarches et les dépenses nécessaires pour acquérir cette maîtrise foncière avant de savoir si son plan ou son projet sera approuvé serait incontestablement disproportionné.

Au vu de ces deux observations, plusieurs options peuvent être envisagées lorsque l'auteur du dommage n'a pas la maîtrise foncière des parcelles de compensation. La première consiste, pour les pouvoirs publics, à recourir aux instruments de politique foncière. La seconde consiste, pour le législateur, à organiser l'établissement de banques de conservation, dont nous parlerons ci-après (*infra*, VI).

### V.2.2.2. Instruments de politique foncière

Le régime de l'expropriation permet, moyennant une habilitation légale, d'acquérir rapidement, mais au prix fort, des parcelles de compensation, que le maître d'ouvrage soit un organe public ou privé. En Région wallonne, l'article 6*bis*, § 2, de la loi sur la conservation de la nature envisage expressément la possibilité d'exproprier des biens immobiliers en vue de réaliser les objectifs relatifs au régime juridique Natura 2000. Le droit bruxellois habilite spécifiquement le gouvernement à y recourir pour assurer l'effectivité des mesures de compensation<sup>202</sup>. Une réflexion devrait être lancée sur la possibilité de créer un organisme public dont la mission serait d'effectuer de telles acquisitions – sur le modèle du Conservatoire du littoral en France<sup>203</sup> – et de contrôler la correcte exécution et l'efficacité des mesures compensatoires. Ceci est au de-

194. Art. 84, § 1<sup>er</sup>, 8<sup>o</sup> et 9<sup>o</sup>, CWATUPE.

195. Art. 12, 13 et 16, dir. «Habitats»; art. 2 à 5, L. du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature.

196. Art. 22, a), dir. «Habitats» et art. 5*ter*, § 2, L. du 12 juillet 1973 sur la conservation de la nature. Cette disposition n'a pas fait l'objet d'un arrêté d'exécution à notre connaissance.

197. Le droit bruxellois habilite le gouvernement à «prendre toute mesure pour garantir l'effectivité des mesures compensatoires nécessaires, y compris: (...) – la suspension temporaire de la mise en œuvre du plan ou du permis tant que les mesures compensatoires ne sont pas effectives (...)» (art. 64, § 3, ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012).

198. En ce sens, Commission Européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 19.

199. Commission Européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 21.

200. La Commission plaide toutefois en faveur d'une acquisition du terrain plutôt que sa location (Commission Européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 14).

201. Cf. sur cette question: M. KESTEMONT, M. KAROLINSKI et F. DE MUYNCK, «Les conditions assortissant les permis – État des lieux», *op. cit.*, pp. 255-257.

202. Art. 64, § 4, ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012. Voir aussi art. 16.

203. <http://www.conservatoire-du-littoral.fr/front/process/Home.html>.

meurant vivement recommandé par la Commission<sup>204</sup>.

D'autres outils, comme le remembrement légal des biens ruraux ou le droit de préemption<sup>205</sup>, pourraient également être utilisés de façon à créer, anticipativement, des réserves foncières dans un but de compensation. Un mécanisme intéressant consiste également à imposer à l'auteur du dommage, au titre de charge d'urbanisme, de rétrocéder à titre gratuit la propriété des parcelles de compensation à la Région<sup>206</sup>.

*De lege lata*, les considérations développées ci-dessus restent cependant encore largement inappliquées à ce jour<sup>207</sup>.

### V.3. La pérennité des effets de la compensation

Condition *sine qua non* de la régularité du plan ou du permis approuvé, la pérennité des effets écologiques des mesures de restauration requiert, outre la maîtrise foncière (*supra*, V.2.2), d'assurer un suivi des effets des mesures, d'octroyer au site un statut de protection et de prévoir un contrôle et des sanctions appropriés.

#### V.3.1. Le suivi des sites de compensation

La première mesure importante à mettre en œuvre pour garantir l'efficacité de la compensation est d'assurer le suivi à long terme de ses effets sur le terrain, compte tenu du caractère complexe et souvent aléatoire de la restauration des écosystèmes<sup>208</sup>. Une adaptation des mesures devrait pouvoir être imposée si le suivi démontre leur inefficacité. La directive 2001/42/CEE oblige à cet égard les États membres, en son article 10, à procéder au suivi environnemental des plans et programmes, y compris les plans approuvés conformément à l'article 6, § 4, de la directive «Habitats», puisque ceux-ci entrent dans son champ d'application<sup>209</sup>. Cette disposition a été transposée en droit wallon<sup>210</sup>. En revanche, la législation concernant l'éva-

luation des projets ne contient aucune obligation à cet égard.

Pour sa part, l'article 6, § 4, de la directive «Habitats» ne fournit aucune indication quant au suivi environnemental des mesures compensatoires en cas d'atteinte aux habitats. L'avocat général Kokott, au sujet du contrôle des autorisations relatives à l'exécution d'activités sur un site Natura 2000, a cependant estimé que l'«*on ne peut pas exclure qu'une telle obligation de contrôle a posteriori puisse être fondée sur l'article 6, paragraphe 2, de la directive habitats et sur les obligations de protection correspondantes avant l'établissement de la liste communautaire*»<sup>211</sup>. L'obligation de notifier à la Commission les mesures compensatoires prises<sup>212</sup> pourrait aussi contribuer à cette exigence de suivi. La Commission suggère, pour sa part, de mettre en place «*des programmes de surveillance pour toute la durée de vie du projet*»<sup>213</sup>, ceci afin notamment de rectifier autant que de besoin certaines mesures<sup>214</sup> et, le cas échéant, de différer l'exécution du plan ou projet. Dans ses avis, l'institution exprime également son intention d'exercer un contrôle sur la mise en œuvre des mesures compensatoires<sup>215</sup>. Elle exige que des rapports détaillés sur l'exécution et le contrôle des mesures soient rédigés par les autorités compétentes qui puissent lui être transmis à sa demande<sup>216</sup>.

Par ailleurs, la Cour de justice a déduit de l'article 12, § 1<sup>er</sup>, de la directive «Habitats» des obligations de surveillance des espèces animales strictement protégées en vertu de l'annexe IV de cette même directive<sup>217</sup>, qui pourraient s'appliquer aussi aux mesures de compensation prises dans le cadre des dérogations concernant ces espèces. Il ressort de la pratique administrative wallonne relative au régime de protection des espèces que les autorités conditionnent l'octroi de la dérogation à un strict suivi environnemental<sup>218</sup>.

Actuellement, seul le Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environ-

204. Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 21. La nécessité de mettre en place des institutions et des mécanismes de régulation indépendants et objectifs est aujourd'hui reconnue par beaucoup. Voir, par exemple, B. CHEVASSUS-AU-LOUIS (dir.), *Approche économique de la biodiversité et des services liés aux écosystèmes*, Paris, La Documentation française, n° 18, 2009, p. 13.

205. Le droit flamand a développé cet outil: voir art. 37 à 40, décr. fl. du 21 octobre 1997 concernant la conservation de la nature et du milieu naturel. Le droit bruxellois ne prévoit pas d'habilitation en ce sens mais permet l'échange de biens à cette fin (art. 17, ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012). Sur le droit de préemption, voir A. NAVEAU, *Le droit de préemption au service de la protection de la nature*, Mémoire de Master complémentaire, 2011, 98 pp.

206. Art. 128, § 2, al. 3, CWATUPE. Cette disposition ne le permet cependant qu'à l'égard des «*espaces publics*». Le droit bruxellois l'autorise concernant les «*espaces verts publics*» (art. 100 et 112 CoBAT). Un élargissement aux parcelles de compensation, même non publiques, serait sans doute préférable pour être certain que l'habilitation est suffisante.

207. Il semblerait que le DNF suggère, à titre de mesures compensatoires, que l'auteur d'un projet souscrive au cahier des charges relatif aux mesures agri-environnementales (MAE). On peut toutefois raisonnablement douter de ce que les obligations découlant du cahier des charges sont conformes aux recommandations de la Commission.

208. Voir en ce sens la contribution de Ph. GOFFART dans cet ouvrage.

209. Art. 3, § 2, b), dir. 2001/42/CEE.

210. Voir art. D. 59 du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement. L'auteur du plan ou programme doit déterminer «*les principales mesures de suivi des incidences non négligeables sur l'environnement de la mise en œuvre du plan ou du programme, afin d'identifier notamment, à un stade précoce, les impacts négatifs imprévus et d'être en mesure d'engager les actions correctrices qu'il juge appropriées*».

211. Concl. Av. gén. KOKOTT sous C.J.C.E., 20 octobre 2005, Commission c. Royaume-Uni, C-6/04, pt. 55.

212. Art. 6, § 4, al. 1<sup>er</sup>, dir. «Habitats».

213. Commission Européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 21.

214. Cf. l'avis de la Commission du 6 novembre 2006 (projet de construction du port de Granadilla (Ténériffe)).

215. Voir à titre d'exemple, l'avis de la Commission du 24 avril 2003 (extension du port de Rotterdam).

216. Avis de la Commission du 5 mai 2009 (agrandissement de l'aéroport de Lübeck-Blankensee).

217. C.J.U.E., 11 janvier 2007, Commission c. Irlande, C-183/05, pt. 32.

218. Cf. pour un exemple: C.E., 12 novembre 2009, ASBL Terre Wallonne, n° 197.722, *Amén.*, 2010, p. 132.

nement prévoit la possibilité pour l'autorité, pour les projets de la catégorie B et C (soumis à étude d'incidences), d'assortir l'autorisation de la nécessité de mettre en place un comité d'accompagnement<sup>219</sup>. Pour les autres types de permis, les habilitations prévues ne semblent pas suffisantes au regard de la jurisprudence du Conseil d'État pour imposer des conditions de suivi dans les permis, comme l'illustre l'affaire *Van Laer*, relative à l'implantation d'éoliennes. La Haute juridiction a jugé à cette occasion qu'une condition imposant la mise en place d'un comité de suivi scientifique de la mortalité des chiroptères était imprécise<sup>220</sup>. Une habilitation légale expresse devrait donc être prévue, détaillant les mesures de suivi susceptibles d'être imposées, comme c'est le cas en droit bruxellois<sup>221</sup>.

Quant à l'adaptation des mesures compensatoires *a posteriori*, elle n'est envisageable que si une habilitation le prévoit. C'est le cas du décret sur le permis d'environnement qui permet un réexamen et une adaptation des conditions particulières imposées dans le cadre d'un permis d'environnement ou unique<sup>222</sup>.

### V.3.2. La protection des sites de compensation

La nécessité de garantir la pérennité des sites de compensation devrait conduire à leur conférer un statut de protection juridique sur le long terme. La seule maîtrise foncière du site ne peut suffire à le protéger contre les activités situées à l'extérieur du site. De même, des engagements purement volontaires, comme les mesures agroenvironnementales, n'offrent aucune garantie quant à la pérennité des parcelles de compensation.

Dans le cas de Natura 2000, la directive «Habitats» n'exige certes pas explicitement que les parcelles de compensation soient intégrées dans le réseau Natura 2000. Cependant, on ne voit pas comment assurer la cohérence globale du réseau à long terme si les parcelles de compensation ne sont pas protégées de la même façon que les parcelles détruites. La Commission interprète la directive en ce sens en tout cas<sup>223</sup>. Elle ajoute que si la désignation comme site Natura 2000 n'est pas immédiatement effective (compte tenu du délai nécessaire notamment pour suivre la procédure au niveau européen), une protection provisoire

doit être assurée<sup>224</sup>. Sur ce point, le droit bruxellois autorise explicitement le gouvernement à désigner comme site Natura 2000 les parcelles de compensation, sans toutefois l'y obliger<sup>225</sup>. Une telle désignation doit en tout état de cause respecter les règles applicables à la sélection et à la désignation des sites, la directive «Habitats» n'autorisant pas d'y déroger.

S'agissant des mesures compensatoires prises dans le cadre de dérogations au régime de protection des espèces, la protection est automatique puisque dès qu'une espèce protégée occupe régulièrement un site – comme site de reproduction ou aire de repos –, ce site constitue un habitat protégé<sup>226</sup>. En dehors de ces cas, aucune protection n'est prévue de façon systématique, ce qui n'exclut pas que l'autorité compétente décide d'imposer, au titre de compensation, la mise sous statut des parcelles concernées, comme c'est le cas, selon nous, en droit bruxellois<sup>227</sup>.

Si l'autorité envisage d'imposer des mesures de compensation à des tiers au projet, par le biais de servitudes légales d'utilité publique, la question de l'indemnisation de ces servitudes et du respect du «juste équilibre» requis par la Cour de Strasbourg dans les restrictions apportées au droit de propriété se pose alors. Cette situation s'est posée dans l'affaire du Deurgandok (extension du port d'Anvers)<sup>228</sup>, où le gouvernement flamand a révisé le plan de secteur pour affecter les terres de compensation en zones vertes sans l'accord des propriétaires et occupants, moyennant toutefois une indemnisation spécifique. Compte tenu de cette indemnisation, la Cour constitutionnelle a jugé qu'il n'y avait pas de préjudice grave et difficilement réparable susceptible de justifier la suspension du décret ratifiant le permis<sup>229</sup>.

### V.3.3. Le contrôle et la sanction du respect des mesures de compensation

Tout aussi importants sont les moyens de contrôle et de sanction prévus pour garantir l'effectivité du système. En soi, ceux-ci ne sont pas spécifiques aux mécanismes de compensation: ils relèvent de la législation de police en vertu de laquelle les mesures compensatoires ont été imposées. En matière de permis d'environnement, de protection de l'eau, des sols et de conservation de la nature, ce sont les articles

219. Art. D.29-25 du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement.

220. C.E., 20 septembre 2011, *Van Laer*, n° 215.210. Voir sur cette question: B. JADOT, «De la validité des autorisations prévoyant la constitution d'une commission d'accompagnement», *Amén.*, 1994, p. 196, obs. sous C.E., 23 juin 1994, *De Bus et Duchâtelet*, n° 48.186.

221. L'article 64, § 4, de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> mars 2012 habilite le gouvernement, dans le cadre de Natura 2000, à imposer «l'obligation pour le demandeur d'assurer un suivi de l'effectivité des mesures compensatoires».

222. Art. 64 et s., décr. du 11 mars 1999 relatif au permis d'environnement.

223. Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», janvier 2007, p. 19.

224. *Ibid.*, p. 20.

225. Voir art. 64, § 3, ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012.

226. Ladite protection ne sera cependant applicable qu'à dater du moment où l'espèce aura recolonisé le site, ce qui peut prendre du temps. Dans ce cas, une protection provisoire peut s'avérer nécessaire.

227. L'article 64, § 3, de l'ordonnance du 1<sup>er</sup> mars 2012 prévoit que le gouvernement peut «prendre toute mesure pour garantir l'effectivité des mesures compensatoires nécessaires».

228. Voir J.-F. NEURAY, «L'affaire dite du 'Deurgandok' ou la 'balance des intérêts' à la Cour d'arbitrage», *Amén.*, 2003/3, pp. 162 et s.

229. C.A., 26 juin 2002, n° 116/2002, pt. B.8.3.

D.138 et suivants du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement qui trouvent à s'appliquer, tandis que les dispositions similaires du CWATUPE s'appliquent aux infractions en matière de plans et d'autorisations d'urbanisme<sup>230</sup>. Tout l'arsenal de sanctions pénales, administratives et civiles est à la disposition de l'autorité selon le type d'infraction commise. Le mécanisme de la responsabilité environnementale est également susceptible de s'appliquer aux dommages environnementaux qui résultent de plans ou de projets mis en œuvre en violation des mesures compensatoires imposées. La question devient cependant plus compliquée si la responsabilité de la mise en œuvre des mesures compensatoires a été transférée à des tiers, comme cela pourrait être le cas si un marché d'unités de biodiversité était instauré. Seule une intervention du législateur pourrait régler adéquatement cette question.

## VI. Le financement de la compensation

L'effet correcteur des mécanismes de compensation sur les «défaillances du marché» dans la prise en compte des coûts liés à la perte de biodiversité ne peut s'envisager, en principe, que si l'auteur du dommage est obligé juridiquement de prendre en charge, financièrement, les coûts liés à la compensation, conformément au principe du pollueur-payeur<sup>231</sup>. Des nuances doivent cependant être faites lorsqu'un projet est motivé par des raisons d'intérêt public majeur. Plusieurs options sont envisageables pour le législateur.

### VI.1. Le financement direct par le demandeur du permis, moyennant garanties financières

L'un des moyens possibles d'assurer le financement des mesures est d'exiger qu'elles soient exécutées directement par le demandeur du permis lui-même, à ses frais. L'exigence de garanties financières de la part des demandeurs de permis permet dans une certaine mesure de donner des assurances à cet égard. En droit wallon, le CWATUPE autorise l'autorité compétente pour délivrer un permis d'urbanisme à imposer des charges d'urbanisme de type financier et d'assortir les charges d'urbanisme de garanties financières<sup>232</sup>. Les règles sur la responsabilité environnementale prévoient également la possibilité d'imposer des garanties similaires à l'exploitant responsable<sup>233</sup>. L'ordonnance bruxelloise sur la conservation de la nature

habilite de même le gouvernement à imposer de telles garanties<sup>234</sup>.

Si cette solution paraît logique au regard du principe du pollueur-payeur, on peut cependant s'interroger sur sa pertinence lorsqu'un plan ou un projet est justifié par des raisons impératives d'intérêt public majeur. Si ce plan ou projet est initié par une personne publique – par exemple une ligne TGV –, la question ne se pose pas puisque la compensation est assumée, *in fine*, par les contribuables. Mais lorsqu'un tel projet est initié par une personne privée – par exemple une activité économique essentielle pour l'emploi régional<sup>235</sup> –, d'aucuns pourraient considérer que le plan ou le projet profitant directement à la collectivité, les dommages qu'il cause devraient être assumés au moins en partie par celle-ci. La question de la qualification d'un tel soutien comme aide d'État se posera cependant dans cette hypothèse.

### VI.2. La création d'un Fonds organique «nature»

Une autre option de financement, susceptible de faciliter la compensation dans le chef des opérateurs, consiste dans la création d'un Fonds organique «nature», sous la forme d'un établissement public. De façon générale, l'objectif d'un tel fonds est de renforcer les sources de financement de la politique de conservation de la biodiversité, que le budget de l'État ne peut plus prendre seul en charge. En matière de compensation, ce Fonds pourrait récolter les sommes correspondant au coût de la mise en œuvre de la compensation versées par les demandeurs de permis pour ensuite les affecter directement à la mise en œuvre de projets de restauration. La responsabilité de la mise en œuvre de la compensation serait transférée soit au Fonds lui-même, soit à des gestionnaires spécialisés. La mesure ne peut cependant être considérée comme une forme de compensation écologique que si le Fonds consacre effectivement les sommes versées à la compensation des dommages causés par l'opérateur qui l'alimente et non à des projets de conservation sans rapport avec le dommage causé. Dès lors qu'ils pourraient être considérés comme des rétributions au sens de l'article 173 de la Constitution, ces versements devraient être en rapport avec les mesures concrètes qu'ils financent, comme l'exige le Conseil d'État à propos des charges d'urbanisme en numéraire<sup>236</sup>.

Un tel Fonds aurait plusieurs avantages du point de

230. En Région wallonne, le DNF, seule administration (avec le DEMNA) à disposer de l'expertise requise, est compétent pour contrôler le respect des mesures compensatoires décidées dans le cadre de la législation sur l'urbanisme (art. 450ter du CWATUPE), mais pas dans le cadre de la législation sur le permis d'environnement. L'effectivité des mesures risque malheureusement d'en pâtir, sauf à créer au sein du Département de la police et des contrôles (DPC) une cellule spécialisée en matière d'atteintes à la biodiversité.

231. En ce sens, Commission européenne, Document d'orientation concernant l'article 6, paragraphe 4, de la directive «Habitats», *op. cit.*, p. 21.

232. Art. 128, § 2, CWATUPE. Voir la contribution de J. van YPERSELE dans cet ouvrage.

233. Art. D.123, § 2, du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement.

234. Art. 64, § 3, ord. du 1<sup>er</sup> mars 2012.

235. Ainsi qu'on l'a dit, la Cour de justice a ainsi reconnu que l'exploitation privée de mines à ciel ouvert pouvait relever de considérations impératives d'intérêt public majeur: C.J.U.E., 24 novembre 2011, Commission c. Espagne (Alto Sil), C-404/09, pt. 109.

236. C.E., 15 juin 2009, UPSI et crts, n° 194.193.

vue de la mise en œuvre et du financement de la compensation. Il permettrait de faire supporter la charge financière de la dégradation de la biodiversité à ceux qui en sont responsables, tout en les exonérant de la responsabilité, fort lourde pour des non spécialistes au demeurant peu motivés, d'assumer à long terme la gestion écologique des sites à restaurer. Selon IEW, un tel Fonds permettrait aussi «*d'impliquer divers acteurs, dont éventuellement les financeurs, dans l'utilisation de ces fonds et donc d'en renforcer la légitimité*»<sup>237</sup>.

Juridiquement, l'instauration d'un tel Fonds nécessiterait *a priori* une intervention législative. On a vu plus haut que le transfert de responsabilité qu'elle implique – de l'exploitant vers le gestionnaire des terres de compensation – pourrait cependant poser un problème au regard des règles sur la responsabilité environnementale (*supra*, V.1). Pour autant que cette question soit réglée, le législateur wallon ne partirait pas de rien. Le Fonds pour la Protection de l'Environnement, instauré par l'article D.170 du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement, doit affecter ses recettes à plusieurs missions dont «*les mesures de compensation ou de réhabilitation*»<sup>238</sup>, sans autre précision. Il serait donc envisageable de créer au sein de ce Fonds une section spécifiquement consacrée à la biodiversité<sup>239</sup>. De nombreuses questions juridiques se posent cependant et mériteraient à elles seules une recherche à part entière. Il en est ainsi par exemple du statut et de la forme juridique du Fonds; de la participation des acteurs à sa gestion; de ses prérogatives d'acquisition; du transfert de responsabilité; de l'articulation avec les autres fonds existants<sup>240</sup>; de l'évaluation des sommes à verser dans le cadre de la compensation; des sources du financement; de la façon dont l'affectation des sommes est décidée; etc.<sup>241</sup>.

## VI.3. Les banques de conservation et les marchés d'unités de biodiversité

### VI.3.1. Concept et principes

Dans certains pays, le maître d'ouvrage sur lequel repose une obligation de compensation a le choix entre effectuer les projets de compensation lui-même ou faire appel à une tierce personne, qui entreprendra les mesures de compensation pour le maître d'ouvrage et prendra en charge la responsabilité légale de la réussite de ces mesures<sup>242</sup>. Cette possibilité est à l'origine des marchés d'unités de biodiversité<sup>243</sup> et des banques de conservation (*Mitigation banks*). L'impact résiduel à compenser est ainsi représenté par des unités de biodiversité, et fait l'objet d'une réelle transaction entre le maître d'ouvrage et la banque de compensation<sup>244</sup>.

A l'instar des mécanismes de quotas d'émissions de gaz à effet de serre et des systèmes de droits de développement transférables, il s'agit de mettre en place un nouveau marché lié aux obligations de compensation<sup>245</sup>. Un tel recours à des instruments de marché favorise l'intégration «*des objectifs de conservation dans les activités économiques de l'entreprise, contribuant ainsi à surmonter la réticence de l'entreprise*»<sup>246</sup>. Les marchés d'unités de biodiversité ou «*biodiversity banking*» peuvent être définis comme des «*marchés dans lesquels des entreprises, organismes ou établissements spécialisés (appelés banques de compensation) créent une offre de crédits par des actions ayant un effet positif sur la biodiversité et les vendent pour compenser des dommages inévitables que les maîtres d'ouvrage causent à la biodiversité (débits). Dans ces systèmes, les crédits peuvent être stockés et achetés à l'avance, sans lien ex-ante avec les débits qu'ils compensent*»<sup>247</sup>.

237. IEW, *Compte rendu général des tables-rondes des 15, 21 et 22 janvier 2009 sur la création d'un Fonds Nature: volet financement*, 2009, aimablement communiqué par L. DELVAUX (IEW).

238. Art. D.170, § 2, 1<sup>o</sup>, du Livre I<sup>er</sup> du Code de l'environnement.

239. Actuellement, le Fonds comporte deux sections, la section «incivilités environnementales» et la section «protection des eaux» (art. D.170, § 1<sup>er</sup>). Cette dernière pourrait déjà servir à financer des mesures de compensation pour les dommages causés aux écosystèmes aquatiques.

240. En Région wallonne, outre le Fonds de protection de l'environnement, on peut citer également le Fonds piscicole de Wallonie (art. 36 et s., L. du 1<sup>er</sup> juillet 1954 sur la pêche fluviale).

241. Voir les questions soulevées dans le cadre des tables rondes organisées par IEW sur le sujet en 2009 in IEW, *Compte rendu général des tables-rondes des 15, 21 et 22 janvier 2009 sur la création d'un Fonds Nature: volet financement*, 2009, *op. cit.*

242. P. BARLA, J. DOUCET et J.-D. SAPHORES, «Protection des habitats d'espèces menacées en terres privées: analyse d'instruments et de la politique Canadienne», Université de Laval, Québec, 26 février 1999, p. 7, <http://www.ecn.ulaval.ca/w3/recherche/cahiers/1999/9904.pdf>.

243. Certains parlent d'unités écologiques ou unités de compensation. Il n'y a pas de consensus sur la terminologie à adopter. En anglais, différents termes sont aussi utilisés et peuvent refléter différentes réalités. A titre d'exemple voici quelques dénominations de systèmes existants: *wetland mitigation banking*, *conservation banking*, *fish habitat banking* ou encore *biodiversity banking*.

244. P. THIEVENT et B. QUENOUILLE, «CDC Biodiversité. Un moyen de compensation pour maintenir la biodiversité», *Liaison Energie-Francophonie*, IEPF, septembre 2008, p. 56 [http://www.iepf.org/media/docs/publications/286\\_LEFsp-sept2008-Congr.mond.nature08.pdf](http://www.iepf.org/media/docs/publications/286_LEFsp-sept2008-Congr.mond.nature08.pdf).

245. R. PIRARD et E. BROUGHTON, «What's in a name? Market-based instruments for biodiversity», *Analyses* 03/2011, IDDRI, 2011, p. 33, [http://www.iddri.org/Publications/Collections/Analyses/AN\\_1103\\_MBI\\_broughton\\_pirard\\_FR.pdf](http://www.iddri.org/Publications/Collections/Analyses/AN_1103_MBI_broughton_pirard_FR.pdf).

246. F. TREBULLE, «Les fonctions de la responsabilité environnementale: réparer, prévenir, punir», in *La responsabilité environnementale: prévention, imputation, réparation*, C. Cans (dir.), Paris, Dalloz, 2009, p. 27. Sur les instruments de marché, voir aussi le Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement du 28 mars 2007: COM(2007) 140 final; voir ég. K. KATE, J. BISHOP et R. BAYON, *Biodiversity offsets: Views, experience, and the business case*, 2004, IUCN, Gland; R. PIRARD et E. BROUGHTON, *op. cit.*

247. EFTEC & IEEP, *The use of market-based instruments for biodiversity protection- the case of habitat banking*, *Technical report for European Commion DG Environnement*, London, February 2010, p. 9 (notre traduction).

## VI.3.2. Cadre juridique

Les marchés d'unités de biodiversité se sont principalement développés au niveau national ou local. Ceux-ci varient fortement d'un pays à l'autre, notamment eu égard à leurs objectifs, leur objet, le calcul des unités d'échange et leur caractère contraignant. Les pays anglo-saxons sont pionniers en la matière avec des systèmes relativement aboutis tels que le *Wetland Mitigation Banking* et le *Conservation Banking* aux États-Unis, le *Fish Habitat Banking* au Canada, ainsi que le *Biobanking* et le *Bushbroker* en Australie. En Europe, des banques de compensation commencent à émerger, hors cadre juridique. C'est ainsi le cas de la «CDC biodiversité» en France et des «pools de compensation» en Allemagne<sup>248</sup>.

Les marchés d'unités de biodiversité sont par contre peu, voire pas du tout, appréhendés par le droit international et ni par le droit européen. Des réflexions sur de tels systèmes sont en cours, notamment au sein de la Conférence des Parties à la Convention sur la Diversité Biologique<sup>249</sup> et de la Commission européenne<sup>250</sup>, mais il n'existe pas encore de cadre juridique contraignant. A cet égard, la Commission considère que les banques de compensation pourraient avoir de l'intérêt pour la mise en œuvre de l'article 6, § 1<sup>er</sup>, de la directive «Habitats». Par contre, elle considère à l'heure actuelle que les banques de compensation sont une option peu faisable dans le cadre de l'article 6, § 4, eu égard aux critères stricts liés à la protection de la cohérence du réseau<sup>251</sup>. C'est aussi l'avis des auteurs d'une étude consacrée à cette question, qui considère que la création d'un marché d'unités de biodiversité ne pourrait être efficace que pour compenser des pertes à la biodiversité peu protégée ou répandue<sup>252</sup>. On a vu en tout état de cause que la directive 2004/35/CE pourrait constituer un obstacle à un éventuel transfert de responsabilité dans le cadre de la création d'un tel marché (*supra*, V.1).

## VI.3.3. L'exemple du Wetland Mitigation Banking (USA)

### VI.3.3.1. Contexte

Le *Wetland mitigation banking* a été développé dans les années 90 dans le cadre de la loi sur la protection des terres humides (Clean Water Act, section 404) comme moyen de compensation à la destruction ou la perturbation de terres humides. Initialement, les permis environnementaux octroyés en vertu de la section 404 ne prévoyaient que des compensations *in situ* mais celles-ci se sont vite avérées inefficaces<sup>253</sup>. Pour pallier à ces problèmes, les autorités compétentes ont accepté que la compensation soit réalisée hors site via des banques de compensation, soit «des institutions privées ou mixtes, qui rassemblent l'ensemble des crédits de compensation (mitigation credits), détenus par des acteurs privés ou par l'État, afin de les vendre pour des futurs projets de développement portant atteinte à des zones humides»<sup>254</sup>.

La compensation est aujourd'hui régie par les directives de 2008<sup>255</sup>, qui stipulent «les indications à suivre pour la caractérisation écologique et fonctionnelle des sites de la compensation, ainsi que les droits et les obligations liées au système de crédits générés par l'opération financière de compensation»<sup>256</sup>. Ces nouvelles règles donnent désormais la préférence au *Wetland mitigation banking* par rapport aux compensations au cas par cas<sup>257</sup>.

### VI.3.3.2. Procédure administrative

Les banques de compensation sont soumises à une procédure administrative relativement lourde et à un contrôle constant des autorités publiques. Elles doivent obtenir l'approbation<sup>258</sup> d'un comité interinstitutionnel (*Mitigation Banking Review Team*)<sup>259</sup> sur «les modalités de l'action de restauration et création, le nombre de crédits à produire et sa vente et la délimitation géographique des possibles impacts concernés par ce système de bancarisation»<sup>260</sup>. Les autorités compétentes délivrant le permis environnemental au maître d'ouvrage déterminent quant à elles le nombre

248. Voir B. MADSEN, N. CARROLL et K. MOORE BRANDS, *State of Biodiversity Markets Report: Offset and Compensation Programs Worldwide*, 2010. Disponible sur [http://www.forest-trends.org/documents/files/doc\\_2388.pdf](http://www.forest-trends.org/documents/files/doc_2388.pdf).

249. CDB, décisions IX/11 et X/21, voir *supra*.

250. Livre vert sur les instruments fondés sur le marché en faveur de l'environnement et des objectifs politiques connexes, COM (2007) 140 final, 28 mars 2007, pt. 4.3.

251. Commission Européenne, Guidance document on Article 6(4) of the «Habitats Directive» 92/43/EE, janvier 2007, pp. 14 et 15.

252. Selon cette étude, le potentiel d'un marché d'unités de biodiversité pour l'implémentation de l'article 6, § 4 est «very small due to strict regulation of potential impacts» (EFTEC & IEEP, *The use of market-based instruments for biodiversity protection- the case of habitat banking*, op. cit., p. 13).

253. P. BARLA, J. DOUCET et J.-D. SAPHORES, op. cit., p. 7: les maîtres d'ouvrage n'avaient pas les compétences techniques requises pour mener à bien des projets de compensation et ceux-ci étaient souvent un échec. Au niveau administratif, l'examen au cas par cas des mesures de compensation pouvait être très lourd et coûteux pour les autorités compétentes.

254. H. SOYER, *La compensation écologique: États des lieux et recommandations*, Paris, IUCN France, 2011, p. 14, disponible sur [http://www.iucn.fr/IMG/pdf/Etude\\_Compensation\\_UICN\\_France.pdf](http://www.iucn.fr/IMG/pdf/Etude_Compensation_UICN_France.pdf).

255. Compensatory Mitigation Guidelines de 2008 (40 CFR 230).

256. S. HERNANDEZ, note de la D4E, Mécanismes de compensation pour la conservation de la diversité biologique: États des lieux et analyses pour sa viabilité en France (DOM-TOM inclus), note B2-05-067.

257. Compensatory Mitigation Guidelines, § 230.93(2) à (6).

258. Compensatory Mitigation Guidelines, § 230.98(d).

259. Mitigation Banking Review Team, § 230.98(b).

260. H. SOYER, op. cit., p. 14.

et le type de crédits requis pour compenser les impacts autorisés et approuvent la transaction avec la banque de compensation<sup>261</sup>.

Cette régulation omniprésente se justifie eut égard au rôle historique de l'État dans la protection de l'environnement et de par le caractère complexe des opérations de restauration de la biodiversité. «*La mise en place de mécanismes et d'organes de régulation s'impose d'autant plus lorsqu'il convient de veiller à la recherche d'un équilibre entre une libre concurrence à construire et d'autres principes hétérogènes au marché.*»<sup>262</sup>

### VI.3.3.3. Impératifs temporels

Le projet de compensation doit atteindre certains seuils de performance avant de pouvoir délivrer des crédits de compensation<sup>263</sup>, ceci afin de s'assurer que la création, la restauration ou l'amélioration des zones humides soit opérationnelle avant que les impacts négatifs sur l'environnement ne soient produits. C'est là un des avantages considérables du *Wetland mitigation banking* par rapport aux compensations *in situ*. Cependant, pour des projets de grande envergure nécessitant beaucoup de temps et d'investissements, les coûts seraient prohibitifs si les crédits ne pouvaient être vendus avant que le site ne soit effectif. C'est pourquoi, dans certains cas, le comité interinstitutionnel peut autoriser la libération d'une partie des crédits prévus avant que le projet n'ait atteint sa maturité<sup>264</sup>.

### VI.3.3.4. Evaluation et détermination des crédits de compensation

L'établissement d'une unité d'échange juste et équitable est indispensable à la réussite et au bon fonctionnement du marché. Si l'unité d'échange ne reflète pas correctement les objectifs environnementaux fixés, le marché risquerait de conduire à une dégradation de l'environnement et de ses services écosystémiques plutôt qu'à leur protection<sup>265</sup>.

Plusieurs unités d'échange peuvent être utilisées. Les régulations de 2008 prévoient non seulement des unités basées sur une équivalence fonctionnelle, mais

aussi sur la surface perdue (nombre d'acres) ou toute autre mesure appropriée<sup>266</sup>. Il en résulte une grande flexibilité<sup>267</sup> et de nombreuses méthodes d'évaluation se sont ainsi développées<sup>268</sup>. Cependant, en pratique, l'unité d'échange la plus utilisée par les banques de compensation est le nombre d'hectares. De loin la moins couteuse et la plus facile à appliquer, cette méthode ne remplit pas les objectifs de la compensation au niveau qualitatif, car elle ne prend justement pas en compte les fonctions écologiques et les services écosystémiques des zones humides<sup>269</sup>.

### VI.3.3.5. Transfert de responsabilité et gestion sur le long terme

Le *Wetland mitigation banking* opère un transfert de responsabilité entre le maître d'ouvrage et la banque de compensation. Celle-ci devient responsable des obligations légales de compensation du maître d'ouvrage (tant sur le plan technique que financier) et de la gestion à long terme du site<sup>270</sup>.

### VI.3.4. Evaluation

Le *habitat banking* comporte, selon plusieurs auteurs, une série d'avantages pour assurer la mise en œuvre de mesures de compensation, notamment aux niveaux temporel, économique et écologique<sup>271</sup>. Au niveau temporel, les projets de compensation sont développés en amont d'un éventuel impact négatif sur l'environnement, diminuant ainsi les pertes intermédiaires et réduisant les risques d'échec écologique<sup>272</sup>. Sur le plan économique, les marchés d'unités de compensation permettent d'augmenter les ressources financières pour la gestion de la biodiversité et représentent une nouvelle opportunité d'investissement pour les entreprises<sup>273</sup>. Cela permet aussi de faire des économies d'échelle et de réduire les coûts administratifs liés à la gestion des sites de compensation<sup>274</sup>. Au niveau écologique, des projets de compensation à grande échelle permettraient d'éviter la fragmentation des habitats, et seraient susceptibles d'être «*plus résiliants et donc plus viables d'un point de vue biologique*»<sup>275</sup>.

Un tel mécanisme ne pourrait cependant fonctionner à une vaste échelle que pour les atteintes à la biodiversité

261. P. BARLA, J. DOUCET et J.-D. SAPHORES, *op. cit.*, p. 7.

262. G.-J. MARTIN, «Le marché d'unités de biodiversité: questions de mise en œuvre», *R.J.E.*, 2008, p. 96.

263. Compensatory Mitigation Guidelines, § 230.92 et § 230.93(m).

264. Compensatory Mitigation Guidelines, § 230.98(o)(9). Voir aussi J. SALZMAN et J. B. RUHL, «Currencies and the commodification of environmental law», *Stanford Law review*, 2000, p. 664.

265. Voir J. SALZMAN et J. B. RUHL, «No Net Loss: Instrument Choice in Wetlands Protection», in J. Freeman and C. D. Kolstad, *Moving to Markets in Environmental Regulation: Lessons from Twenty Years of Experience*, OUP, 2007, p. 333.

266. Compensatory Mitigation Guidelines, § 230.98(o).

267. J. SALZMAN et J. B. RUHL, «Currencies and the commodification of environmental law», *op. cit.*, p. 658.

268. M. BEAN, R. KIHSLINGER et J. WILKINSON, *Design of U. S. Habitat Banking, systems to support the conservation of wildlife and at-risk species*, Environmental Law Institute, 2008, p. 45.

269. *Ibid.*, p. 46.

270. Compensatory Mitigation Guidelines, § 230.98(u).

271. H. SOYER, *op. cit.*, p. 19.

272. P. BARLA, J. DOUCET et J.-D. SAPHORES, *op. cit.*, pp. 8 et 9.

273. S. HERNANDEZ, *op. cit.*

274. P. BARLA, J. DOUCET et J.-D. SAPHORES, *op. cit.*, pp. 8 et 9.

275. *Ibid.*

sité «ordinaire», très nombreuses et donc susceptibles de créer une véritable demande. Dans le cas de Natura 2000, les décisions prévoyant une compensation sont très rares, comme le montre la rareté des avis de la Commission pris sur la base de l'article 6, § 4, de la directive Habitats<sup>276</sup>. En outre, le degré d'équivalence requis – très élevé, on l'a vu – entre les pertes et les gains rend illusoire la création de banques d'habitats pouvant offrir, au sein d'une même région biogéographique, des sites pour tous les types d'habitats et toutes les espèces pour lesquels des sites Natura 2000 doivent être désignés. Tout au plus pourrait-on imaginer un tel système pour les habitats naturels et d'espèces les mieux représentés au sein d'un État membre, comme c'est le cas de la hêtraie à luzule en Région wallonne.

Quand bien même il ne couvrirait que les atteintes à la biodiversité «ordinaire», un tel mécanisme n'est pas pour autant sans risque. Il présente de nombreuses difficultés de mise en œuvre, qui si elles ne sont pas correctement appréhendées, risquent de mener à une licence de destruction de la biodiversité. Un des principaux obstacles à la création d'un marché de crédits de compensation réside dans la difficulté d'établir une méthodologie d'évaluation et de déterminer une unité d'échange<sup>277</sup>. Les éléments de la biodiversité – fût-elle «ordinaire» –, ainsi que les services écologiques qu'elle fournit ne sont aisément fongibles, que ce soit au niveau temporel, spatial ou des types d'écosystèmes<sup>278</sup>. Une autre difficulté réside dans l'évaluation des performances écologiques et la détermination du gain net obtenu<sup>279</sup>. Enfin, les maîtres d'ouvrage «*n'étant pas directement impliqués dans la définition et la mise en œuvre des mesures compensatoires, un tel dispositif pourrait les inciter à accorder moins d'attention aux mesures d'évitement et de réduction des impacts au profit des mesures de compensation*»<sup>280</sup>.

Une possibilité pour contrer les risques que présentent les marchés d'unités de biodiversité est de fortement réguler le marché et de créer une autorité de régulation environnementale indépendante à cet effet<sup>281</sup>. Il est en effet indispensable de clairement définir les modalités du marché d'une part, et d'assurer un strict contrôle d'autre part. Il est aussi important de développer une méthodologie fiable de détermination des crédits d'échange qui prenne en compte les fonctions écologiques et les services écosystémiques. Circonscrire l'action des banques de compensation à une zone de service spécifique (zones de bassin, région biogéographique ou aire de répartition d'une espèce) pour-

rait aussi être une solution vis-à-vis de la non-fongibilité spatiale de la diversité biologique<sup>282</sup>. Enfin, il est impératif d'inscrire les marchés d'unités de biodiversité dans la hiérarchie – éviter-réduire-compenser – et d'intégrer des objectifs environnementaux clairs et précis dans ces marchés.

## Conclusion

L'une des réponses apportées par le droit à l'érosion continue de la biodiversité et à la nécessité d'internaliser le coût de cette perte dans les échanges consiste à exiger la compensation écologique des dommages causés à la biodiversité par les plans et projets. Le principe consiste à contrebalancer les impacts négatifs non évitables de la décision par des mesures de protection, d'amélioration ou de restauration de la biodiversité, de manière à éviter une «perte nette» pour la biodiversité («*no net loss*») et à assurer la continuité des fonctions écologiques endommagées. Pour autant qu'il soit strictement encadré, un tel mécanisme peut se justifier comme une réponse à l'exigence constitutionnelle d'assurer un équilibre entre les dimensions environnementale et socio-économique du développement durable dans les politiques publiques<sup>283</sup>.

Sans être encore érigée en un «principe» en droit interne, la compensation est prévue, en droit positif, lorsque des atteintes sont portées à certains éléments de la biodiversité «remarquable», à savoir notamment les sites Natura 2000 et les espèces strictement protégées au niveau européen. Certains mécanismes imposent également une compensation des atteintes à la biodiversité «ordinaire», par exemple en cas de déboisement. Bien que cela soit moins clair, le mécanisme de la responsabilité environnementale impose également la réparation des dommages environnementaux quand bien même ceux-ci seraient autorisés par un permis. Enfin, l'autorité peut également imposer au cas par cas des compensations, notamment au titre de conditions dans le permis.

En dépit de ses nombreux atouts sur le papier, un tel mécanisme s'avère extrêmement complexe à mettre en œuvre. Il est difficile d'en assurer à la fois l'efficacité, l'efficience et le caractère équitable. Le faible degré de «substituabilité» de la biodiversité «remarquable» rend la détermination des mesures compensatoires très délicate et requiert une expertise technique importante, souvent sans garantie de succès. Une foule

276. En ce sens, H. WOLDENDORP, «The implementation of Natura 2000 in Netherlands», Rapport non publié, 2012, p. 37.

277. M.-P. CAMPROUX-DUFFRENE, «La création d'un marché d'unités de biodiversité est-elle possible?», *R.J.E.*, 1/2009, pp. 69 et s.

278. J. SALZMAN et J. B. RUHL, «Currencies and the commodification of environmental law», *op. cit.*, p. 657.

279. S. HERNANDEZ, *op. cit.*

280. H. SOYER, *op. cit.*, p. 19.

281. G.-J. MARTIN, *op. cit.*, p. 98.

282. H. SOYER, *op. cit.*, p. 19.

283. Art. 7bis, Const.

d'obstacles, d'ordre technique, administratif, foncier ou financier, peut entraver la mise en œuvre des mesures ainsi fixées. Le suivi est souvent mal encadré. Leur pérennité est difficile à assurer sur le très long terme, alors que l'absence de perte nette pour la biodiversité dépend précisément de telles garanties. Sur-tout, la compensation peut être perçue, par les opérateurs voire par l'autorité elle-même, comme la reconnaissance d'un «droit de détruire» en vertu duquel l'engagement à compenser justifierait n'importe quelle atteinte à la biodiversité.

Ces risques peuvent être réduits par un encadrement juridique strict – qui fait défaut aujourd'hui –, fixant les motifs d'intérêt général supérieur susceptibles de justifier les atteintes à la biodiversité, la hiérarchie des mesures visant à réduire l'impact du plan ou du projet, les types et l'étendue des dommages à compenser, le contenu des mesures compensatoires, la procédure pour les fixer, les moyens de les mettre en œuvre – planification, permis, suivi, procédures d'adaptation, contrôle et sanctions, etc. – et, enfin, leurs modes de financement. Sur ce dernier point, des solutions innovantes devraient être envisagées, comme la création d'un Fonds organique «nature». La création d'un marché d'unités de biodiversité, comme il en existe notamment aux USA et en Australie, demande cependant une réflexion très approfondie, compte tenu des risques que représentent de tels systèmes pour la biodiversité si l'encadrement juridique du marché est mal conçu. Sur le plan scientifique, des recherches en écologie de la restauration ainsi que l'inventaire des sites potentiellement restaurables doivent être engagés de façon à fournir aux autorités et aux auteurs d'évaluation des incidences les informations techniques appropriées pour fixer des mesures réellement compensatoires.

En tout état de cause, un régime de compensation écologique ne pourrait s'envisager que dans le cadre d'une politique plus large de préservation de la biodiversité, fondée sur les concepts de réseau écologique et de services environnementaux. La mesure de l'impact des activités humaines sur la biodiversité et la détermination des mesures compensatoires ne sont possibles que si, au préalable, les éléments importants de la biodiversité et les services qu'ils rendent ont été identifiés et font l'objet d'une protection proportionnelle à leur importance. Sur ce plan, force est de constater qu'en dehors de Natura 2000, le droit wallon reste encore balbutiant. La récente ordonnance bruxelloise sur la conservation de la nature, qui prévoit la mise en place d'un «réseau écologique bruxellois», semble plus prometteuse, à l'instar du projet de «Trame verte et bleue» en France.

S'il est loin de constituer une panacée, l'instauration d'un régime strictement encadré de compensation écologique n'en est pas moins urgent. Même si une perte nette de biodiversité ne pourra pas être évitée dans nombre de cas, compte tenu des limites inhérentes au principe même de la compensation, le rythme de cette érosion pourrait être considérablement freiné à l'échelle globale.

Indubitablement, la réflexion sur la nécessité de compenser les dommages causés à la biodiversité nous amène, en définitive, à reconsidérer notre attitude face à notre utilisation des ressources naturelles et à ses conséquences pour la collectivité. Bien plus qu'une considération technique, elle pose tout simplement la question des valeurs que nous entendons reconnaître à la biodiversité, fruit d'une évolution de plusieurs milliards d'années et support de notre prospérité.